IL

DIGESTO ITALIANO

VOLUME VII

PARTE TERZA

IL

DIGESTO ITALIANO

ENCICLOPEDIA

METODICA E ALFABETICA

DI

LEGISLAZIONE, DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

DIRITTO CIVILE, COMMERCIALE, PENALE, GIUDIZIARIO
COSTITUZIONALE, AMMINISTRATIVO, INTERNAZIONALE PUBBLICO E PRIVATO
ECCLESIASTICO, MILITARE, MARITTIMO

STORIA DEL DIRITTO — DIRITTO ROMANO — LEGISLAZIONE COMPARATA

DIRETTA DA

LUIGI LUCCHINI

VOLUME VII

PARTE TERZA

TORINO
UNIONE TIP.-EDITRICE TORINESE
28, CORSO RAFFAELLO, 28
MILANO - ROMA - NAPOLI
1896-1899

affari diversi deve essere considerata come costituente un solo incarico, il rifiuto di accettazione per la trattazione di alcuni, porta il rifiuto di accettazione anche per la trattazione degli altri.

Non qualunque persona alla quale sia offerta una commissione, si presume consenta ad accettar l'incarico se non la rifiuta, chè l'art. 381, 1ª p., cod. comm. esplicitamente dichiara che tale presunzione si verifica solo pei commercianti. Sicchè, se la proposta venisse fatta ad un non commerciante, il suo silenzio non sarebbe presunzione di accettazione dell'incarico.

Va da sè che, acciò vi possa essere la presunzione di consenso da parte del commissionario alla proposta, deve esser pervenuta a lui la lettera od il telegramma col quale la proposta è stata fatta, e la prova dell'arrivo deve essere data dal proponente, perchè è lui che allega quel fatto che fa presumere l'avvenuta formazione del contratto. Oltre a ciò, colui al quale è pervenuta la proposta non deve essere impedito da forza maggiore di far noto al proponente il suo rifiuto; ma questa prova deve essere data da lui non già dal proponente, dal momento che l'art. 351, 1ª p. codice comm. gli impone una obbligazione, e colui che pretende di esser liberato da una obbligazione deve provare il fatto che ha prodotta l'estinzione dell'obbligo.

Acciò non vi sia la presunzione di consenso, colui al quale la proposta è stata fatta null'altro deve provare se non che da parte sua fu fatto ciò che era necessario nel più breve termine possibile per far conoscere il suo rifiuto al proponente usando del mezzo designatogli dal proponente stesso, od in mancanza di designazione del mezzo che secondo le consuetudini commerciali in quel caso deve essere usato. Se poi la lettera od il telegramma per fatto indipendente dalla sua volontà, e senza che vi sia intervenuta negligenza da parte sua, non è giunto al proponente egli di nulla deve rispondere; quando egli usando della diligenza di un regolato commerciante ha fatto quanto stava in lui acciò il suo rifiuto fosse nel più breve termine possibile conosciuto dal proponente, egli ha adempiuto l'obbligazione che dalla legge gli è imposta onde non far sorgere la presunzione di consenso.

11. 3° *Un oggetto determinato che possa formar materia di convenzione.* — Questo oggetto è l'incarico dato al commissionario della trattazione di affari del committente. Da uno deve esser dato l'incarico di trattare un affare proprio, e dall'altro deve essere accettato tale incarico, perchè il commissionario esegue un incarico, non fa col committente il contratto al quale il committente vuole addivenire, per poi far col terzo un contratto per conto proprio (1).

Non qualunque trattazione di affari può essere oggetto del contratto di commissione, ma la trattazione dell'affare deve avere le qualità di atto di commercio (2). Non importa poi che l'atto sia commerciale per una e non sia commerciale per l'altra delle parti, o non sia commerciale per nessuna di loro e sia commerciale pel terzo col quale tratta il commissionario; dal momento che se un atto è commerciale per una sola delle parti tutti i contraenti sono per ragione di esso soggetti alle leggi commerciali (3), contratto di commissione vi è tanto quando la trattazione dell'affare è atto di commercio pel committente e non pel commissionario, quanto quando è atto di commercio pel commissionario e non pel committente; quanto quando non è atto di commercio per nessuno di loro, ma è atto di commercio pel terzo (4): in ognuno di questi casi vi è l'affare commerciale, e però vi è il contratto di commissione.

La Cassazione di Napoli, 18 luglio 1874, *Quinteri* c. *Cosenza* (*Annali*, 1874, 450), decideva che, se qualcuno incarichi un commerciante di vendere una data merce, e nel tempo stesso gli dà mandato di impiegare il prezzo nella compera di titoli del debito pubblico, il commerciante tratta un affare commerciale vendendo la merce, ma eseguisce un mandato puramente civile nella compera dei titoli del debito pubblico (5). Questa decisione non può essere ap-

(1) Cass. Napoli, 13 aprile 1869, *Romano* c. *Labonini* (*Gazz. Procuratore* IV, 232).

(2) Vidari Op. cit. 3. Vedi Cass. Torino, 17 agosto 1873, *Mangani* c. *Gini* (*Giur. Tor.* 1873, 389); Trib. Comm. di Messina, *Brenot* c. *Calindo* (*Temi Zanclea* 1873, 37); Cass. Napoli, 11 luglio 1874, *Quinteri* c. *Cosenza* (*Ann.* 1874, 450). Fu giudicato: se il committente è un commerciante, e se l'oggetto della commissione sta nel fornire mezzi al committente per l'esercizio di un tale commercio, nè si tratta di commissione accidentale, il commissionario fa, senza dubbio, atto di commercio: App. Trani, 14 febbraio 1881, *Pirandello* c. *Dal Vischio* (*Riv. di Giur.* Trani, 1881, 394).

(3) Art. 54 cod. comm.

(4) È contrario a questo principio il Tribunale di Napoli, 8 aprile 1882, *Galiano* c. *Lo Forte* (*Eco Gen.* 1882, 280), che decise la commissione essere un mandato che diventa commerciale quando chi lo assume ne faccia l'abituale sua professione in materia commerciale.

I sistemi legislativi che si trovano seguiti relativamente alla applicazione della legge commerciale alla commissione sono tre. Il primo consiste nell'assoluto silenzio della legge sul proposito, e però nel lasciare regolato il contratto di commissione dalle norme generali relative agli atti di commercio; sistema che si trova seguito dal cod. francese art. 91, dalla legge francese 23 maggio 1863, art. 91, dalla legge belga 1° maggio 1872 art. 12, dal cod. spagnuolo art. 116, dal codice olandese art. 76, dal codice di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, art. 325; sistema che era segnato dal codice italiano del 1865 art. 68, ed è seguito dal codice vigente art. 380. Il secondo sistema consiste nel voler, poichè sieno applicabili le discipline giuridiche del commercio, che la commissione si svolga fra commercianti, ed è seguito dal codice portoghese, art. 40, e dal codice brasiliano art. 165. Il terzo sistema è quello di voler che le disposizioni relative alle commissioni sieno applicabili solo a colui che per professione conclude atti di commercio in proprio nome e per conto altrui; ed è questo sistema seguito in apparenza dal codice germanico art. 360 cap. I; senonchè disponendo l'art. 378 del codice stesso che le discipline poste pei commissionarii si applichino anche quando un commerciante, il cui ordinario commercio non consiste in affari di commissione, conchiude un singolo atto di commercio in proprio nome, ma per conto del committente, viene nel fatto ad avere accolto il primo sistema. Il primo sistema è il più razionale. La qualità in una persona di commerciante, non è per nessun contratto di essenza acciò il contratto stesso sia commerciale; un contratto è commerciale o per sè stesso, o per lo scopo che ambedue ed anche uno solo dei contraenti si prefigge. La qualità in una persona di commerciante farà presumere lo scopo commerciale anche per contratti che di per sè stessi non sono atti di commercio; questo è il solo effetto che può portare la qualità della persona in ordine alla caratteristica di commerciale da riconoscersi all'atto da essa compiuto. Vi può esser dunque ragione per esigere onde qualificare un contratto come contratto di commissione che l'affare che deve essere trattato sia un affare commerciale, ma non vi è alcuna ragione per esigere anche che le persone che concorrono nel contratto o nella esecuzione dello stesso sieno commercianti.

(5) La decisione è così motivata: « Considerando che per le citate abolite leggi di eccezione, le compre e vendite delle partite

provata; anche nell'acquisto dei titoli, nella specie decisa dalla Corte di cassazione di Napoli, vi era la trattazione di affare commerciale, vi era l'esecuzione di un contratto di commissione. Tanto pel codice del 1865, art. 3, n. 3, quanto pel codice vigente, art. 4, si reputano atti di commercio generalmente i contratti e l'obbligazioni dei commercianti, se non hanno carattere civile, e questo carattere civile non lo aveva un atto di un commerciante del quale questi, come commerciante, era stato incaricato.

La trattazione di qualunque affare commerciale per l'una o per l'altra delle parti, sebbene più di solito la commissione abbia per oggetto la trattazione di affari di compera e di vendita, può essere oggetto del contratto di commissione: alla voce **Cambiale** (1) si è veduto che oggetto di un contratto di commissione può esser anche l'emissione di una lettera di cambio. È fatta però eccezione per la trattazione degli affari di trasporto: in questo caso il contratto è contratto di trasporto non già di commissione (2). Che se la trattazione dell'affare di trasporto fosse un momento della trattazione di un altro incarico, come p. e. si verificherebbe nel caso di commissionario, che, comprate delle merci pel committente, gliele spedisce, anche la trattazione dell'affare di trasporto sarebbe oggetto del contratto di commissione.

Non qualunque trattazione di affare commerciale per altri forma oggetto del contratto di commissione, ma la trattazione deve avvenire da parte del commissionario per conto del committente, ed in nome proprio (3), deve cioè avvenire in maniera che il commissionario pur mantenendo nei suoi

---

iscritte nel Gran Libro del debito pubblico siano indubbiamente dichiarate atti di commercio, ma pel nuovo codice italiano questa disposizione è stata soppressa, visto che questa maniera di negozi si compie giornalmente da un numero straordinario di persone, le quali non brigano punto dell'alea e delle vicende del commercio. Però, se può bene intervenire che un commerciante compra o venda della rendita inscritta sul Gran Libro, senza fare un atto di commercio, e questo può propriamente accadere o quando impiega un risparmio della sua famiglia, o quando uscendo dagli ordinari obbietti del suo commercio compie un atto di pura amicizia. E se per questa ragione un proprietario di lontana provincia si giova della opera di una ditta commerciale per trafficar nella seta di una sua filanda, e poscia per un fatto tutto estraneo ed indipendente da questi negozii, le dà incarico di comperare e vendere delle partite di rendita inscritta sul Gran Libro, è troppo evidente che con questa seconda operazione non si compie, mica, un atto di commercio, perciocchè la ditta fa quello che il privato cittadino farebbe da per sè stesso se si trovasse sul luogo. Nè si può dire che cotesta compera di rendita sia il complemento delle precedenti operazioni commerciali, cioè a dire della vendita della seta, perchè permutata la merce in danaro, questo non prende una qualifica sua speciale che appalesi l'origine primitiva, e quindi non può conservare alcun legame colla precedente operazione intieramente compiuta ».

(1) N. 47.

(2) Art. 388 cod. comm.. Pel codice di commercio del 1865 il tit. IV del libro I, che si occupava dei commissionari, si divideva in tre capi: dei commissionari in genere, dei commissionari di trasporto per terra e per acqua, del vetturale; sicchè ciò che concerne il contratto di commissione era posto assieme a ciò che concerne il contratto di trasporto. Questo ordinamento era evidentemente difettoso, perchè si confondevano contratti di loro natura distinti; si confondeva il contratto di commissione, che, pur avendo elementi del contratto di locazione d'opera, ha in prevalenza elementi del mandato, col contratto di trasporto che è una locazione d'opera. Ma commissione non vi sarebbe che quando qualcuno si incaricasse di far eseguire in proprio nome da altri un trasporto; senonchè nella economia moderna, in via normale, chi vuole far eseguire un trasporto, di solito, tratta direttamente col vettore; l'incarico di far trasportare da altri la cosa non viene dato che in quei casi nei quali il vettore, col quale trattò direttamente lo speditore, non può eseguire il trasporto che fino ad un punto determinato, e per far giungere la cosa a destinazione, vi è d'uopo dell'opera di altro vettore. Ma in questi casi, nella economia moderna, mediante i servizi cumulativi fra le imprese di trasporto, è quasi sempre lo stesso vettore che si incarica di far la consegna della cosa al vettore successivo, in modo che col vettore col quale si tratta direttamente, viene stipulato un contratto complesso di locazione d'opera per ciò che dal vettore deve essere fatto, di commissione per ciò che deve essere fatto dai vettori successivi. Dal momento però che scopo delle parti si è l'esecuzione di un trasporto, nel contratto complesso ora descritto sono in prevalenza, sui caratteri del contratto di commissione, i caratteri del contratto di trasporto, e però quale contratto di trasporto deve essere considerato. Una volta che indiscutibilmente il contratto di trasporto ha una individualità giuridica distinta dal contratto di commissione, una volta che nella economia moderna, in via normale, non avvi fra il vettore e lo speditore alcun intermediario, un ordinamento legislativo corretto non può porre assieme ciò che concerne il trasporto con ciò che concerne la commissione, regolando colle norme del contratto di trasporto anche quei rari casi nei quali avvi l'intervento dell'intermediario, non offrendo ciò alcun inconveniente. Ed il codice del 1882, correggendo il codice del 1865, di ciò che concerne il trasporto ha fatto materia distinta da ciò che concerne la commissione.

(3) Art. 380, 1ª p., cod. comm. L'App. di Torino, 9 dic. 1871, *Andizzoia* c. *Peluffo* (*Ann.*, 1872, 280), così decideva:

« Ritenuto che l'oggetto dei due giudizi ... sarebbe in sostanza quello di vedere se il Pietro Peluffo debba rispondere al Giuseppe Andizzoia del prezzo dei 200 quintali di grano da esso venduti sul finire dell'agosto 1889 alla ragione di negozio Borsetti e compagni di Genova, d'ordine e per conto dello stesso Andizzoia.

« Attesochè per la risoluzione di una simile questione essendo indispensabile di accertarsi innanzi tutto della qualità in cui il Peluffo si sarebbe intromesso nella vendita di cui si tratta onde poterne dedurre la specie ed il grado di responsabilità che lo stesso Peluffo ha potuto incontrare e verso coloro cui vendeva il grano, e verso il suo committente Andizzoia, gioverà premettere che, sebbene nella mediazione e nella commissione, genericamente parlando, non si faccia che compiere ad un mandato, pur tuttavia la legge, e sopratutto le consuetudini commerciali, pongono un gran divario tra il mediatore, il commissionario ed il semplice mandatario, sia per le speciali condizioni a cui il primo andrebbe soggetto, e per le operazioni alle quali gli è permesso di addivenire, sia per la diversità dei diritti che ciascuno di essi potrebbe far valere, e degli obblighi a cui andrebbe sottoposto in conseguenza dell'assunto incarico e del modo col quale ne avrebbe dato compimento.

« Ora, tenendo per norma cotesta distinzione, e facendo la debita applicazione della legge e delle consuetudini commerciali che vi si riferiscono, non sarà difficile il persuadersi come la qualità di pubblico mediatore sia invano invocata, nel concreto, dal Pietro Peluffo allo scopo di rendere a sè favorevole il disposto dell'art. 54 del codice di commercio, secondo cui i pubblici mediatori non potrebbero rendersi garanti della esecuzione dei contratti fatti col loro ministero, avvegnachè il Peluffo non seppe in alcun modo giustificare di essersi uniformato al prescritto dell'art. 32 del codice di commercio per essere ammesso ad esercitare l'ufficio del mediatore.

« Con maggior fondamento invece si pretenderebbe dal Giuseppe Andizzoia che il Pietro Peluffo abbia assunto verso di lui la qualità di un vero commissionario e non di semplice mandatario, ovvero di consegnatario, inquantochè se contrattò colla ragione del negozio Borsetti e compagni d'ordine e per conto del suo committente Andizzoia, ciò però egli fece in suo proprio nome dirimpetto alla compratrice del grano, e per tal guisa il suo operato era appunto quello previsto dall'art. 68 del codice di commercio, e ne

rapporti col committente la qualità di mandatario, nei suoi rapporti col terzo assuma la qualità di diretto contraente di questi.

12. 4° *Una causa lecita per obbligarsi.* — Tale causa sta nei reciproci diritti e doveri che fra committente e commissionario sorgono in seguito al contratto di commissione.

13. La Cassazione di Napoli (1) ritenne che requisito essenziale della commissione sia anche il salario o provvigione dovuta al commissionario (2). Questo principio era vero pel codice del 1865 (3), ed è vero pel codice portoghese (4), che nel definire il nome « commissionario » fanno menzione della provvigione, ma non è vero per le legislazioni che non hanno una espressa disposizione sul proposito. Pel vigente codice di commercio, dal momento che fra committente e commissionario esistono gli stessi diritti e doveri come fra mandante e mandatario (5), e dal momento che il mandato commerciale non si presume mai gratuito (6), non vi può esser dubbio che, nel silenzio delle parti, non si presumerà che il commissionario sia per prestare opera gratuita pel committente (7). Ma dal considerare effetto del contratto di commissione, nel silenzio delle parti, il diritto del commissionario alla provvigione, e l'obbligo del committente di pagargliela, al considerare la provvigione come requisito essenziale del contratto, ci corre; perchè, se è requisito essenziale, e le parti hanno convenuto che nessuna provvigione sia dovuta, il contratto non sarebbe più contratto di commissione, ma un contratto diverso, nel mentre, se è semplice effetto del contratto, che non si produce quando le parti hanno diversamente stabilito, il contratto, quantunque il commissionario abbia rinunziato alla provvigione, è sempre contratto di commissione, e si producono tutti gli altri effetti che alla commissione sono propri. Ed è facile persuadersi che la provvigione non può essere considerata come requisito essenziale (8). Anzitutto per questa soluzione milita una ragione di analogia. Nel contratto di cui l'art. 1744 codice civile, che, come si è veduto, per nient'altro differisce dal contratto di commissione che per la natura civile, invece di commerciale, dell'affare la cui trattazione è oggetto del contratto, a termine dell'art. 1739 codice civile si presume la gratuità, se non vi è patto in contrario; non vi sarebbe alcuna ragione perchè, ciò che non è requisito essenziale del contratto di cui l'art. 1744, dovesse esser requisito essenziale pel contratto di commissione. In secondo luogo è da far attenzione che la provvigione non è nemmeno requisito essenziale del mandato commerciale, perchè, ai termini dell'art. 349, cap., codice commercio, il mandato commerciale non si presume gratuito, ma è libero alle parti di convenire la gratuità senza che però il mandato commerciale degeneri in altro contratto. Infine è da osservare che se il legislatore avesse voluto che della essenza del contratto fosse la provvigione, lo avrebbe detto nell'art. 380, 1ª p., codice commerciale, facendo della provvigione uno degli oggetti del contratto; ma nell'art. 380 afferma l'esistenza nella commissione di un solo oggetto, la trattazione, cioè, dell'affare commerciale. Ed è naturale che sia così. La ragione per la quale la commissione ha una individualità giuridica propria, distinta da quella di altri istituti giuridici, si è il particolare atteggiamento, che nei rapporti col terzo assumono il committente per cui conto, e non nel cui nome, si tratta l'affare, ed il commissionario nel cui nome, e non per cui conto, l'affare viene trattato. In questo particolare atteggiamento che committente e commissionario assumono, non ha alcuna influenza la circostanza che il primo debba o no corrispondere al secondo un compenso per l'opera prestata, e se tale compenso non ha alcuna influenza, il non essere stato convenuto non può far degenerare la commissione in altro rapporto giuridico. Si tenga dunque per fermo che, sia o no convenuta la provvigione, se vi sono gli elementi enunciati nella definizione data al n. 8, vi è sempre il contratto di commissione (9).

14. Per l'esistenza del contratto di commissione è indifferente che committente e commissionario risiedano nella stessa piazza, o risiedano in piazze diverse (10): anche nel caso di committente e commissionario residenti nella stessa piazza può esservi interesse nel primo di far figurare il secondo come diretto contraente di colui col quale l'affare venne concluso, o per mantenere il segreto sulle persone per cui conto l'affare viene trattato, o per non entrare in rapporti diretti col terzo; e però si deve ammettere che anche fra persone residenti nella stessa piazza può intervenire un contratto di commissione. Una volta che l'essenza della commissione sta nella trattazione dell'affare in proprio nome e per conto altrui, la circostanza che committente e commissionario risiedano nella stessa piazza, o risiedano in piazze diverse, è una circostanza affatto accidentale che nessun principio giuridico esige sia tenuta in conto onde riconoscere ad un contratto le qualità di contratto di commissione. Non vi potrebbero essere che semplici motivi di convenienza per esigere che committente e commissionario risiedano in piazze diverse, ma anche tali motivi di convenienza non esistono; anzi, come si è veduto, la convenienza esige che sia riconosciuto come contratto di commissione anche quello intervenuto fra persone che risiedono nella stessa piazza.

---

derivavano quindi le conseguenze accennate nei successivi art. 69 e 70 del codice stesso, a cui infatti si uniformarono le medesime contraenti, come ampiamente lo dimostrerebbe la epistolare corrispondenza in causa prodotta, e dalla quale si evince che per l'adempimento del contratto seguito coll'opera del Peluffo, nè il committente Andizzoia, nè la ragione di negozio Borsetti, compratrice del grano, non facevano direttamente l'un contro l'altra valere alcun dritto, ma entrambi, nel loro interesse, rivolgevano allo stesso Peluffo i loro reclami e le loro sollecitazioni ».

Vedi anche Cass. Torino, 17 aprile 1873, *Magani* c. *Gini* (*Giur. It.*, 1873, 289); Trib. comm. di Messina, *Brenot* c. *Calindo* (*Temi Zanc.*, 1873, 37); Cass. Napoli, 18 luglio 1874, *Quinteri* c. *Cosenza* (*Ann.*, 1874, 450).

(1) 18 luglio 1874, *Quinteri* c. *Cosenza* (*Ann.* 1874, 450).

(2) Questo principio si trova affermato anche dal Trib. di commercio di Messina, 15 luglio 1873, *Brenot.* c. *Calindo* (*Temi Zanclea* 1873, 37) e dall'App. di Genova, 18 giugno 1877, *Raggio* c. *Ditta Maks* (*Eco gen.* 1877, 526).

(3) Art. 68.

(4) Art. 39.

(5) Art. 380 cap. codice commerciale.

(6) Art. 349 cap. codice commerciale.

(7) Delamarre e Le Poitvin Op. cit., II, 671; Vidari, Op. cit., 3.

(8) Vidari, Op. cit., 113.

(9) Nello stesso senso vedi Delamarre e Le Poitvin, Op. cit. II, n. 69. La Cass. di Torino, 10 febbraio 1888, *Bollo* c. *Reymond* (*Giur.* Torino 1888, 377) ha giudicato che nulla osta che per patto speciale si stabilisca che al commissionario non sia dovuto alcun compenso per l'opera sua.

(10) Vidari, Op. cit., 113. App. Genova, 22 marzo 1886, *Fallimento Saredo* c. *Ditta Paganello* (*Eco gen.* 1886, 154.

15. Non è dell'essenza del contratto di commissione che lo stesso abbia per oggetto la trattazione di unico affare; la commissione può aver per oggetto tanto la trattazione di affare singolo, quanto la trattazione di una intiera operazione commerciale composta d'affari diversi (1), quanto la trattazione di differenti operazioni, siano o no le stesse individualmente determinate (2). Nei casi nei quali viene dato incarico per la trattazione di più affari, è necessario esaminare se avvi un solo contratto, o tanti contratti distinti quanti sono gli affari che devono essere trattati, indagine di fatto che deve essere istituita caso per caso. È certo però che non basta che la commissione sia data per più affari collo stesso atto, per affermare che avvi una sola invece di più commissioni; il nessun legame fra i diversi affari può essere così evidente da non lasciar luogo a dubbi sulla esistenza di più, anzichè di una sola commissione. Viceversa, è anche certo che non basta che con più atti vengano dati incarichi diversi per affermare che vi sono più commissioni invece di una sola, il legame fra i diversi incarichi può esser così evidente da non lasciar luogo a dubbio sulla esistenza di una tale commissione. Tutto sta nel constatare l'esistenza o la non esistenza fra le diverse operazioni commesse di un legame tale da farle considerare come parti di un tutto, o come individualità distinte; se il legame esiste vi sarà un solo contratto di commissione, se non esiste vi saranno tanti contratti quante sono le operazioni commesse.

16. La validità del contratto di commissione non dipende da alcun rigore di forma; il contratto può essere concluso tanto verbalmente quanto per iscritto (3); la mancanza dell'atto scritto non può recare in tema di commissione alcun inconveniente, perchè, trattando il commissionario coi terzi in proprio nome, i terzi non hanno alcun bisogno di conoscere di quali facoltà il commissionario può usare nel trattare l'affare, e non potendo originarsi alcun inconveniente non vi è ragione che la legge vincoli la libertà di azione delle parti, costringendo queste a consentire, od a far risultare il loro consenso con forme diverse da quelle che si esigono in generale pei contratti commerciali. A nessun rigor di forma è soggetto il contratto di commissione, anche se la commissione fu data per la trattazione di affari a termine, anche solo differenziali; nei rapporti fra committente e commissionario, trattandosi di affari di borsa a termine, anche solo differenziali, non è punto necessario l'uso dei foglietti bollati (4).

Il principio che la validità del contratto di commissione

(1) App. Trani, 13 dicembre 1877, *Giustiniani* c. *Bagli (Riv. Giur.* Trani, 1877, 129)

(2) Contra codice di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, art. 355; Delamarre e Le Poitvin, Op. cit. II, pag. 40 e seg. Nell'art. 400 del progetto preliminare era detto che « la commissione ha per oggetto una o più operazioni di commercio individualmente determinate. » Le Corti di appello di Genova e Milano proponevano che, invece di *individualmente*, si dicesse *singolarmente*. La Camera di commercio di Mantova proponeva che si sopprimesse la parola *individualmente* come superflua e dannosa. La Camera di commercio di Milano osservava che il concetto dell'art. 400 sarebbe risultato più chiaro, ove si omettesse la frase *individualmente determinata*, perchè, se non si saprebbe concepire la commissione di esercitare il commercio in genere, tuttavia il prescrivere che ogni operazione sia individualmente determinata può dar luogo ad eventuali contestazioni, e ad ogni modo l'omettere quella frase non può portare alcun inconveniente. La Camera di commercio di Roma non reputava necessario di stabilire che le operazioni costituenti l'oggetto della commissione debbano essere individualmente determinate perchè sebbene non dubitasse che l'oggetto della commissione, come quello di ogni altro contratto debba essere determinato, reputava che il pretendere di più non fosse nè opportuno, nè prudente *(Osservazioni e pareri*, ecc., pag. 535). Ed infatti nè nel progetto definitivo, nè nel codice, l'espressione *individualmente determinata* fu ripetuta. E con ragione. Un produttore può convenire con un commerciante di consegnare a questo i suoi prodotti, di mano in mano che li viene ad ottenere, acciò li venda a nome proprio ma per conto del produttore stesso: la giurisprudenza dà un esempio di questo contratto nella decisione della Corte di appello di Venezia 2 agosto 1881, *Casa di pena alla Giudecca* c. *Crepas (Temi Ven.*, 1882, 134); qui non si hanno operazioni individualmente determinate, ma nessuno può dubitare che non ci sia un contratto di commissione. Vedi sul proposito Vidari, Op. cit., 117.

(3) Vidari, Op. cit. 5; Trib. di comm. di Messina, *Brenot* c. *Calindo (Temi Zanc.*, 1873, 37). Il codice spagnuolo art. 41, 117, ed il codice portoghese art. 791 dichiarano ciò espressamente.

(4) Cass. Torino, 4 maggio 1892, *Melzi* c. *Ditta Bianchi (Giur. It.*, 1892, 1164); App. Milano, 16 maggio 1894, *Vitta* c. *D'Italia (Ann.* 1894, 231); App. Genova, 27 ottobre 1894, *Pratolongo* c. *Machiels (Legge*, 1894, 804); App. Roma, 31 ottobre 1894, *Grillo* c. *De Lorenzis (Temi Rom.*, 1894, 454). L'App. di Genova, 17 maggio 1894, *Scartazzini* c. *Giammello (Foro It.*, 1894, I. 1052), statuì: « Se dunque niente sta ad escludere che i rapporti contrattuali posti in essere colle due convenzioni fossero quelli che sorgono dal contratto di commissiome, sarà vero altrettanto che più non sia a parlarsi di mancanza di foglietti bollati in un negozio giuridico, in cui la veste dell'attrice era quella di commissionario e non di diretto contraente, non essendo qui d'uopo richiamare la vulgata massima di giurisprudenza escludente la necessità dei foglietti bollati quando i contratti differenziali sieno stati conclusi per la interposta persona di un commissionario, e quando è questo che ripete dal suo committente la somma spesa in esecuzione del demandatogli incarico ». — Però la Cass. di Roma, 19 aprile 1890, *Corpi* c. *Fothergill Hartas (Foro It.*, 1890, I. 521), così decideva: « Nè vale da ultimo il considerare che nella specie l'azione viene esercitata da un mediatore, da un mandatario o commissionario del convenuto, e non da colui o da coloro con cui la convenzione dalla quale l'obbligazione deriva sarebbe stata conclusa, perchè la sanzione del divieto colpisse ugualmente l'atto vietato in sè medesimo quanto il mandato scientemente dato ed accettato, che all'atto medesimo si riferisce »; e però concludeva per la nullità del contratto fra committenti e commissionari, quando non si era fatto uso dei foglietti bollati. Nello stesso senso della decisione della Cass. di Roma or ora riportata, vedi App. Venezia, 12 dicembre 1889, *Freund* c. *Galante (Temi Ven.*, 1890, 513); App. Genova, 22 dicembre 1892, *Pontremoli* c. *Fuckel (Temi Gen.*, 1893, 113).

Quest'ultima giurisprudenza non può essere accolta. Non può essere negato alla legge 13 settembre 1876 nei contratti di borsa il carattere di legge finanziaria; l'uso dei foglietti bollati, cioè le forme speciali del contratto di borsa a termine, non sono volute a scopo civile ma a scopo puramente fiscale. Infatti a scopo civile non sono prescritte dalla legge forme determinate per gli atti che o per far acquistare la certezza della realtà e della serietà del consenso dalle parti prestate, o per evitare i pericoli che possono derivare dalla libertà riconosciuta alle parti di usare di tutti i mezzi possibili di prova onde dimostrare l'esistenza dell'atto, od infine per far certa l'esistenza dell'atto in confronto di coloro che non vi sono intervenuti. Nessuno di questi scopi vuol raggiungere la legge 13 settembre 1876; tanto è ciò vero che per la validità del contratto a termine o per la sua prova, non solo non si esige l'intervento di pubblico mediatore (confr. art. 2, cap. I, legge stessa), ma non si esige nemmeno la sottoscrizione delle parti nei foglietti. Lo scopo di quella legge risulta dalla prima parte dell'art. 1, ove esplicitamente è detto che si sottopongono quei contratti alla tassa

non dipenda da alcun rigore di forma, soffre eccezione per ciò che concerne la commissione di compre e di vendite di immobili; siccome per le compere e le vendite di immobili, anche se le stesse costituiscono atti di commercio, hanno vigore le disposizioni dell'art. 1314 codice civile (1), e siccome per l'art. 1314 codice civile per l'esistenza giuridica di tutti quei contratti che hanno per oggetto le compere e le vendite di beni immobili è necessario l'atto pubblico e la scrittura privata, così anche pella commissione relativa a tali compre-vendite sarà necessario, per l'esistenza giuridica del contratto, l'atto pubblico o la scrittura privata. E ciò in forza del principio che il mandato agli atti solenni deve essere dato nelle stesse forme colle quali deve essere rivestito l'atto che il mandatario deve porre in essere: sia la forma solenne voluta per assicurarsi della realtà e della serietà del consenso, sia voluta per rendere indubbia l'esistenza dell'atto nei rapporti delle parti fra loro e coi terzi, la necessità che il mandato sia dato nella forma solenne voluta per l'atto che il mandatario deve porre in essere è evidente. Il mandante il suo consenso all'atto lo dà nella dazione del mandato; è in questo momento che deve constare della realtà e della serietà del suo consenso per constatare le quali la forma solenne è comandata. Il consenso di colui che interviene all'atto non per conto proprio, non è sufficiente a dare giuridica esistenza all'atto relativamente alla persona per cui conto l'intervento ha luogo, se non vi è stato l'incarico o la ratifica; il mandato o la ratifica sono complemento necessario di quel consenso che viene dato da colui che non interviene per proprio conto; se la forma solenne è voluta per rendere indubbia l'esistenza dell'atto nei rapporti delle parti fra loro e coi terzi, il complemento necessario del consenso in colui che interviene non per proprio conto, deve rivestire le stesse forme che deve rivestire il consenso all'atto.

17. Male si comprenderebbe ciò che veramente è il contratto di commissione, se, dopo aver esposto ciò che concerne l'intima natura di quel contratto, non venissero esposte anche le differenze che vi sono fra il contratto stesso ed altri rapporti giuridici che con esso hanno analogia: è questo il momento di esporre tali differenze.

Se teoricamente è possibile dettar canoni assoluti per distinguere la offerta e la accettazione di una commissione, dalla offerta e dalla accettazione di un contratto diretto, essendovi nelle prime l'incarico dato ed accettato acciò la trattazione dell'affare avvenga per conto del committente ed a nome del commissionario, mentre nella seconda ognuna delle parti tratta in nome e per conto proprio; nella pratica, non è sempre facile il decidere se l'uno o l'altro rapporto giuridico è stato formato, e nello stesso tempo non è possibile dettar principî aprioristici, a base dei quali decidere se vi è l'uno o l'altro rapporto giuridico, tutto dipendendo dalla indagine su quanto dalle parti è stato voluto: solo caso per caso è possibile determinare se le parti hanno voluto devenire ad un contratto di commissione o ad un contratto diretto (2). E sul proposito trovasi giudicato:

1° Riveste i caratteri di commissione e non di compra-

---

di bollo, ed i foglietti di cui l'art. 2 ad altre non servono che a far pagare la tassa. Atteso ciò non è giuridicamente possibile, senza una esplicita disposizione di legge, sottoporre lo stesso atto, cioè il contratto a termine, ad un duplice pagamento di tassa, sottoporlo al pagamento della tassa quando apparisce come mandato a compiere l'atto, sottoporlo a tassa quando è esecuzione del mandato. Se qualche dubbio vi potesse essere sul proposito il testo unico delle leggi sulle tasse di registro si incarica di toglierlo. Per l'articolo 32 del detto testo unico solo il mandato irrevocabile e contenente la dispensa dall'obbligo di render conto, si considera come atto translativo e si tassa per gli effetti che produce, ed anche questo mandato dal n. 5 della tariffa è sottoposto ad una tassa proporzionale diversa da quella alla quale è soggetto l'atto di alienazione; pegli altri mandati sono stabilite dai n. 82, 83, 84 della tariffa tasse speciali appunto perchè se il mandato fosse tassato al modo stesso dall'atto che il mandatario deve porre in essere e venisse tassato nella stessa guisa anche l'atto che dal mandatario viene compiuto, l'atto verrebbe tassato due volte pel medesimo fatto giuridico. Se tali sono i principii del diritto fiscale italiano in materia di tasse sugli affari, la conseguenza che se ne deve trarre si è che il contratto di commissione per contratti di borsa a termine, che null'altro è se non che un mandato di trattare gli affari stessi, non deve esser fatto nei foglietti bollati nei quali deve esser fatto il contratto che dal commissionario a suo tempo verrà posto in essere.

(1) Art. 44, cap., codice commercio.

(2) Vedi un caso in cui si è ritenuto trattarsi di commissione e non di contratto diretto nella sentenza dell'App. di Genova, 17 marzo 1894, *Scartazzini* c. *Giammello* (*Foro It.*, 1894, I. 1052), così motivata:

« Attesochè il collegio patrocinante la causa del Giammello per sostenere la giustizia della sentenza abbia di molto allargata la cerchia delle controversie, avvertendo *a)* che il rapporto dei contendenti non fu quello derivante da un contratto di commissione, ma l'effetto di una convenzione direttamente interceduta fra loro...

« Atteso nel proposito che per l'art. 386 cod. comm. non è disdetto al commissionario di somministrare egli stesso al prezzo corrente, come venditore, la cosa che viene incaricato di comperare per conto del suo mandante, nè di ritenere per proprio conto al prezzo corrente, e come compratore, la cosa che dovrebbe vendere quando dal committente abbia ricevuto l'incarico o la commissione pura e semplice di compra-vendita di cambiali, obbligazioni dello Stato od altri effetti o merci che hanno un prezzo di borsa ed ivi negoziabili. E questa che in genere è la funzione economica e giuridica della commissione, comporta che il commissionario, come persona intermedia, possa agire vendendo o comprando in proprio nome, e non sia obbligato a palesare il nome di coloro nell'interesse dei quali tratta affari; in quanto che se egli agisce in conto, non agisce in nome e colla rappresentanza dei medesimi.

« È quindi insignificante che nei foglietti bollati dei quali si è fatta la produzione si contengano le espressioni rilevate dal Giammello quasi fossero il suggello di una vendita o di una compera diretta, e più ancora che una cosa insignificante, è un convellere il significato tecnico della parola, il voler dare ad intendere che i pubblici mediatori ed i commissionari siano tutta una cosa per questo soltanto, che essi pur sono persone intermedie nella gestione degli affari a cui portano la propria opera per conto del loro committente. L'art. 3 della legge 13 settembre 1876 parla infatti dei pubblici mediatori, e non dei commissionari, li contempla come possibili e non come necessari intervenienti nei contratti differenziali, e a persuadersene basta la semplice lettura dell'articolo stesso od al più il suo confronto con l'articolo che immediatamente lo precede. Cosa del resto cotesta che non deve riuscire nuova a chi abbia studiato la genesi della legge medesima, dei suoi scopi, uno dei quali fu appunto quello di togliere di mezzo la necessità di far intervenire nei contratti differenziali i pubblici mediatori, secondo che portava la precedente legge del 14 giugno 1874.

« Sarebbe forse stato un indizio di rapporti di venditore e compratore, e non di commissionario e committente, se il contratto del 2 novembre e quello del 25 stesso mese non fossero stati alligati a condizione che avessero resa arbitra la Scartazzini della convenienza di vendere e rispettivamente di comperare nel giorno che le fosse meglio convenuto, ed al prezzo che meglio fosse tor-

vendita diretta, l'ordine dato ad una ditta estera di acquistare una determinata merce, tanto più quando la medesima ditta risponde di aver acquistato da terzi per conto del committente (1).

2° Fra una ditta che spedisce ed un'altra che riceve in deposito per un certo tempo la merce da vendere al prezzo indicato nella fattura, con determinata provvigione, e col patto di rimetter dopo il tempo stabilito il prezzo di tutta la merce, o di quella esitata, con facoltà di restituire il rimanente, non intercede una vendita con condizione di assaggio a termine fisso, bensì un contratto di commissione, secondo l'art. 380 codice commerciale (2).

3° Non si cambia la commissione in vendita, per non aver il commissionario manifestato il nome del venditore e designato il bastimento che porta la merce, se risulta che il commissionario comprò per conto del committente (3).

nato al suo conto, non potendo coesistere una facoltà di questa indole e natura col concetto di un mandato da eseguirsi, come già era nella teoria della scuola italiana dei tempi di Baldi, del Taschini e dello Scaccia. Ma anche questo concetto esula dai fatti in disamina; come è dato conoscere dai prezzi attribuiti ai titoli nel primo dei due contratti, e dal patto di vendere al *meglio del giorno* in quello del 25 novembre. Ed è appena accessibile ad un preparatorio accenno l'altro obbietto che dai prodotti foglietti non appaia essersi portata in apposita colonna la provvigionale di commissione, quando avrebbe dovuto bastare al Giammello il patto del cinque e mezzo per cent per le *Banche nazionali* ed il sei per cento per le *Banche toscane* di credito, che nei foglietti veniva segnato in più del prezzo dei titoli di credito rispettivi, e si obbligava di pagare ».

(1) App. Venezia, 25 luglio 1875, *Celin* c. *Falk (Eco Trib.*, 1875, 1049). La decisione è così motivata:

« Considerato che l'appellante colla sua prima conclusione richiese la risoluzione del contratto di compera-vendita di 3 botti di spirito di vino, conchiuso da esso colla Ditta Falk di Marsiglia, ed intenderebbe fondare la sua azione specialmente al disposto dell'art. 355 del cod. di comm. germanico, col quale armonizzerebbe l'art. 97 del cod. di comm. italiano.

« Considerato che, per conoscere se ed in quanto siano applicabili nel caso concreto le suddette disposizioni di legge, giova anzitutto stabilire se un vero contratto di compra-vendita fosse fra le parti convenuto, onde più precisamente interpretare le intenzioni dei contraenti (art. 1131 cod. civ. it.)

« Considerato che la Ditta Falk e C. riceveva la lettera 13 novembre 1873 da Girolamo Celin nella quale le conferiva la *commissione* di 3 botti spirito di vino da spedirsi col vapore *Danovaro* pel 19 detto mese.

« Considerato che la stessa ditta con lettera dello stesso giorno 19 rispondeva al telegramma Celin, pure di quel giorno, gli dichiarava, come in seguito all'*ordine* avuto dallo stesso Celin *avesse acquistato* per di lui conto 3 botti di spirito di vino, colla indicazione del prezzo relativo.

« Considerato che dovendosi desumere i rapporti contrattuali dai documenti suddetti, in essi non verrebbero sistemati gli estremi di una compra-vendita, con cui uno si obbliga a dare una cosa e l'altro a pagarla (art. 1447 cod. civ.) colle conseguenze di diritto avvertite dal successivo art. 1448, mentre riesce intuitivo, che la Ditta Falk non contrattasse la vendita di merce propria, ma si prestasse alla esecuzione di un ordine impartitole dal Celin, acquistando da terzi per di lui conto la merce commessa, per l'importo della quale giusta il citato telegramma, era rimesso alla ditta Falk il provvedere col miglior cambio possibile.

« Considerato per ciò che il vero contratto interceduto fra le parti era disciplinato dalle disposizioni sul mandato in genere, ed in ispecie dai rapporti fra committente e commissionario. »

(2) Cass. Firenze, 3 dicembre 1891, *Hofer* c. *Finzi* e *Bianchelli (Temi Ven.*, 1892, 62). La decisione è così motivata:

« Attesochè resulta dagli atti e dalla sentenza impugnata che la ditta Hofer di Genova dietro precedenti accordi con la ditta Finzi e Bianchelli spedì in deposito al di lei emporio in Firenze una cassa contenente 200 scatole di bende frigorifere Baeschlin per accreditarle in commercio con le solite pubblicazioni in tre giornali (nominativamente indicati) una volta la settimana, e per venderle a lire 6 la scatola con lo sconto e provvigione del 30 per cento, col patto espresso, che *passati tre mesi dall'invio* (scaduti il 12 giugno) la ditta Finzi doveva soddisfare l'ammontare delle fatture rimessele contemporaneamente alla merce, nella somma indicata di lire 848 e dare in seguito altre ordinazioni fino allo stesso prezzo onde restituire le scatole non vendute, regolando quelle vendute. Che nel 15 settembre Hofer scrive a Finzi che *sperava volesse rinnovare il deposito*, ed avuto da lui risposta essere stata scarsa la vendita della merce, ed essere pronto a conteggiare quella venduta, reclamò il pagamento della somma annotata nella fattura; ma avendo il Finzi rimesso un vaglia di lire 147, *prezzo delle bende finora vendute per vostro conto*, enunciando le rimanenze depositate negli uffici di Roma e Firenze, Hofer trasse una cambiale a vista, il cui rifiuto provocò la domanda giuridica alla quale Finzi oppose di non aver altro obbligo che di pagare la merce esitata, dichiarandosi pronto a restituire il resto del deposito.

« Attesochè sia evidente che per decidere la insorta controversia, erroneamente si applicarono le norme proprie della vendita sottoposta alla condizione sospensiva dell'assaggio, ritenendola verificata per l'inazione della ditta Finzi a manifestare con un atto esterno la volontà di non comprare la merce e di non volerne pagare la valuta nel termine e nella somma indicata nella trasmessa *fattura*. Il contratto interceduto fra le due ditte non era di compra-vendita, nè di commissione ai termini dell'art. 380 cod. comm. per accreditare e vendere con la pattuita provvigione una mercanzia spedita e ricevuta in deposito, secondo le consuetudini delle agenzie o empori commerciali. L'obbligazione della ditta Finzi era alternativa, o di rappresentare il prezzo della merce ricevuta in deposito o di restituirla in tutto od in parte *passati tre mesi dalla spedizione*, rimettendo il prezzo di quella venduta. Nè si può ammettere che, accettata la fattura nella quale la somma a debito della ditta Finzi la ritiene valuta della merce, si deva considerare compratrice per non avere rifiutata detta fattura nè rinnovata la merce decorsi i tre mesi relativi al deposito ed all'obbligo di darne conto. La fattura non era di per sè documento costitutivo del contratto, ma ne supponeva uno preesistente da regolare, il quale non poteva essere tacitamente ratificato, perchè, quando la fattura non corrisponde ai patti prestabiliti, è necessaria l'accettazione espressa, e in difetto si deve valutare la prova contraria assunta dal preteso compratore, mentre la fattura anche tacitamente accettata non può modificare i patti precedenti, nè alterare a termini della obbligazione in modo da trasformare in vendita un mandato od una commissione commerciale, distinti e regolati dagli art. 349 e 380 del cod. di comm. Quindi così la sentenza propugnata riaffermando il concetto della vendita, escludendo così la commissione a vendere a nome proprio della ditta Finzi per conto della ditta Hofer, riferendosi ai termini della fattura ed al fatto di non averla la ditta Finzi rifiutata, e non aver rinviata la merce decorsi tre mesi dalla spedizione, perchè se di regola la fattura accettata presuppone la vendita, l'esistenza del contratto che può essere anche di pegno e deposito, e non soltanto di vendita, è indipendente dai termini della fattura. Con ragione perciò la ditta ricevente oppose *ab initio* di essere soltanto obbligata a dar conto della mercanzia ricevuta in deposito, secondo i patti precedenti non inseriti nella fattura, e fintantochè il ricorso sostenga trattarsi di una obbligazione di vendere merci a nome proprio per conto altrui con la provvigione del 30 per cento esclusiva dal contratto di compra-vendita, mentre il termine non fisso apposto alla resa dei conti del deposito con le parole *passati tre mesi*, non aveva prodotto alcuna decadenza e molto meno trasformato il contratto di commissione a vendere in compra della mercanzia depositata. »

(3) App. Genova, 4 maggio 1875, *Raggio e Fallimento Forti* c. *Dall'Orso (Giur. It.*, 1875, 788).

4° Riveste la natura del contratto di commissione l'incarico dato ad una casa di Londra da un fabbricatore italiano di conterie, il quale abbia assunto una fornitura in lontane regioni, al prezzo fissato da quei compratori; nè muta il carattere di tale contratto la circostanza che due terzi di fattura venissero mediante accettazioni cambiarie, dietro i seguiti accordi, anticipati dalla casa commissionaria, la quale doveva poi rivalersi e compensarsi col saldo percepito dai compratori (1).

5° Il fatto che taluno eserciti il commercio di commissione non esclude che egli possa eziandio in tale o tale altra contrattazione essere il venditore diretto della merce; e che esso sia stato piuttosto venditore diretto che commissionario può desumersi dalla circostanza di non essersi accreditato nel conto di veruna somma per provvigione, o diritto di commissione (2).

6° In una contrattazione per corrispondenza telegrafica, l'avviso di sospendere fino a nuovo ordine l'acquisto della merce rileva manifestamente la commissione ed esclude la compra-vendita (3).

Un indizio da tenersi in conto per decidere se si tratta di commissione o di contratto diretto può essere anche la circostanza che il commerciante faccia o non faccia commercio di quelle merci della cui compra o della cui vendita è stato richiesto; perchè, se il commerciante fa commercio delle merci stesse, vi è una certa probabilità che tanto colui che fece l'offerta quanto colui che l'accettò abbiano voluto entrare in rapporti diretti e non già nei rapporti che derivano dalla dazione e dalla accettazione di mandato (4); ma, si ripete, in questa materia è tutta questione di fatto l'indagine su ciò che da ambedue le parti è stato voluto, e per tale indagine principî assoluti non possono essere dettati.

18. Pel codice del 1865 (5) era commissionario tanto chi agiva in nome proprio, quanto chi agiva in nome altrui, solchè l'art. 71 dichiarava che « qualora il commissionario agisca in nome del committente, i suoi diritti e doveri sono determinati dal codice civile nel titolo del mandato. » Una disposizione eguale a quella dell'art. 71 del codice del 1865 si trova anche nel codice portoghese (6) e nel codice francese (7), ciocchè fece ritenere a Delamarre e Le Poitvin (8) che vi siano due specie di commissionari, quelli che trattano in nome proprio e quelli che trattano in nome altrui (9). Pel codice del 1865 e pelle altre legislazioni ora indicate, non è dunque nettamente segnata la differenza fra mandato e commissione, fra mandatario e commissionario. Non è così pel vigente codice di commercio. Tanto nel contratto di commissione quanto nel mandato vi è l'incarico dato da una persona ad un'altra di trattare un affare per conto della prima, e guardati sotto tale aspetto i due contratti sono tanto affini che l'art. 380 cap. del vigente codice di commercio stabilisce, come si è già avuto occasione di far notare, che fra committente e commissionario esistono gli stessi diritti e doveri che esistono fra mandante e mandatario. I due contratti però si differenziano relativamente al modo col quale l'incaricato si obbliga ad eseguire l'incarico avuto, perchè nel mentre nel mandato colui che ha ricevuto l'incarico si obbliga ad agire nel nome di colui che lo diede (10) in modo che incaricante ed incaricato si identificano rispetto al terzo, si impersonano in una sola personalità giuridica, che apparisce essere la personalità di colui che ha dato l'incarico; nella commissione, in quella vece, l'incaricato si obbliga ad agire in nome proprio, incaricato ed incaricante si identificano nei rapporti fra loro, ma nei rapporti col terzo l'incaricante sparisce, e non resta che l'incaricato, il commissionario (11): il mandato commerciale ha per oggetto la trattazione di affari commerciali per conto ed in nome del mandante (12), la commissione ha per oggetto la trattazione di affari commerciali per conto del committente a nome del commissio-

(1) App. Venezia, 15 febbraio 1875, *Zecchin* c. *Pollexfer (Eco Trib.*, 1875, 587).

(2) L'App. Firenze, 21 marzo 1870, *Capei* c. *Julien (Ann.*, 1870, 2, 19), così motivava la decisione:

« Attesochè... la qualità nel Julien di commissionario del Lazzari era semplicemente asserita. Risultava è vero da un certificato del presidente della Camera di commercio di Parigi, in data del 10 ottobre 1868, che Julien esercitò in Parigi il commercio di commissione, ma ciò non escludeva che riguardo agli articoli spediti al Lazzari egli avesse agito piuttosto come venditore diretto, che come commissionario. E questo concetto veniva grandemente rafforzato dal vedere che esso Julien, non solo nel conto inviato al Lazzari, ma neppure in quello da lui medesimo prodotto negli atti, si era accreditato di somma alcuna per diritto di provvigione.

(3) App. Aquila, 13 settembre 1887, *Ditta Cibrario* c. *Monello (Foro Abruzz.*, 1887, 159).

(4) Vedi App. Torino, 6 aprile 1885, *Canevaro* c. *Gallina (Giur. Tor.*, 1885, 357).

(5) Art. 68, 71.

(6) Art. 45.

(7) Art. 92. Vedi anche legge francese 23 maggio 1863, articolo 94, cap. I; legge belga 5 maggio 1872, art. 13; legge olandese 14 luglio 1874, art. 79.

(8) Op. cit. II, pag. 45 e seg.

(9) Vedi *Relazione alla Camera dei deputati sul progetto di codice di commercio*, pag. 40.

(10) Art. 349 I p. codice commerciale.

(11) Vidari, Op. cit. 115; Cass. Torino, 30 giugno 1881, *Sala* c. *Smoeker (Ann.*, 1881, 281). L'App. di Napoli, 2 marzo 1873, *Maresca* c. *Battisti (Ann.*, 1873, 302) però così sentenziava:

« Che per meglio conoscere la differenza fondamentale tra il mandato commerciale e la commissione, la dottrina inspirandosi ai principii direttivi del diritto, esige nel contratto di commissione il concorso di talune essenziali circostanze caratteristiche, che invano si possono ricercare nel mandato.

« Ed invero non si può sconvenire che il commissionario contratta per conto altrui ma in di lui nome; egli obbliga sè stesso e non il committente, dappoichè, pel doppio bisogno della celerità e del segreto, la legge ha stabilito questi agenti intermediari che si chiamano commissionari, onde colle loro operazioni influenzare al buon successo del negozio, ed alla prosperità commerciale. Può anche il commissionario obbligare il committente secondo che occulti o riveli il nome di lui, ed in questo caso non vi è alcuna differenza, se non solo nei rapporti dei terzi coi quali l'affare è contrattato. Che l'opera del commissionario, compiuto l'affare, sia compensata col diritto di provvigione. Deve infine riguardare una impresa od una operazione essenzialmente commerciale limitata nel tempo e nei suoi effetti. Insomma la commissione differisce dal mandato non perchè il commissionario agisce nel proprio nome, ma ciò che è della essenza del contratto di commissione si è che l'operazione da compiere dee presentare uno scopo tutto commerciale, e da ciò la differenza per gli effetti giuridici tra mandatario e commissionario ». Decisione erronea anche di fronte al codice del 1865, pel quale, come si è veduto più sopra, quando il commissionario agiva in nome del committente, di commissionario non manteneva che il nome, dal momento che per l'art. 71 di quel codice i diritti e le obbligazioni del commissionario che agiva in nome del committente erano determinati dal codice civile nel titolo del mandato, titolo che regolava tanto il mandato civile quanto il mandato commerciale.

(12) Art. 349, I p., codice commerciale.

nario (1). Sicchè non basta il semplice incarico di trattare un affare per conto altrui, acciò si possa ammettere l'esistenza della commissione invece del mandato (2), ma è d'uopo che l'incarico sia dato acciò l'affare sia trattato per conto di chi lo diede ed a nome dell'incaricato (3), è d'uopo che qualche circostanza stabilisca l'esistenza di un tale elemento specifico (4), chè altrimenti la commissione deve essere esclusa, e deve essere ammesso, in quella vece, il mandato (5). Sul proposito trovasi giudicato:

1° Quantunque nella polizza di carico si enunzi che caricasi per un destinatario indicato per nome, cognome, pure, se dalle lettere di corrispondenza fra le parti ricavasi che il caricatore conosceva il vero interessato per ordine del quale la merce si caricava, e che egli anzi volle essere assicurato se il committente, pur esso indicato per nome e cognome, gli avesse dato ordine di pagare il prezzo, il destinatario non agisce come commissionario ma come mandatario, epperò il caricatore non ha azione contro di lui (6).

2° Quando chi stipula un contratto d'incarico altrui è dedito al commercio di commissione, quando l'incaricato vende obbligando sè stesso, ed il compratore per sopravvenuto inadempimento del contratto si è rivolto all'incaricato come a suo diretto contraente, si hanno dati sufficienti per ritenere trattarsi di una commissione anzichè di un semplice mandato (7).

3° Per decidere se nell'incarico dato di acquistare una merce in altre piazze per conto di chi dà l'incarico, esista o no una commissione, è necessario che una qualche circostanza di fatto stabilisca l'elemento specifico per cui la commissione si differenzia dal mandato (8).

Il decidere se le parti abbiano voluto che l'incaricato trattasse per conto ed in nome dell'incaricato, od abbiano voluto invece che trattasse per conto dell'incaricante ed a nome proprio dipende da una indagine di volontà, indagine puramente di fatto.

Dall'art. 28 delle consuetudini della piazza di Milano, compilate da quella Camera di commercio, risulta che nella piazza di Milano non vi sono veri commissionari per il commercio di coloniali e medicinali; le case di fuori, per la vendita di questi articoli in Milano, si valgono dell'opera di agenti o rappresentanti, e, trattandosi di un ordine di acquistarli in piazza, la merce viene di solito fatturata direttamente dal venditore al compratore, nel qual caso il rappresentante od agente viene considerato come mediatore. Questa consuetudine varrà a far escludere il contratto di commissione, ed a far ritenere il mandato o la mediazione, se da altri elementi non risulta una diversa volontà delle parti; ma se vi sono elementi che dimostrano essere stata volontà delle parti di devenire ad un contratto di commissione, questo contratto, ad onta della consuetudine, deve essere ritenuto esistente; la consuetudine, or ora accennata, della piazza di Milano, è una consuetudine interpretativa, e le consuetudini interpretative non valgono di fronte alla volontà delle parti contraria alle consuetudini stesse (9).

19. La commissione si distingue dal contratto estimatorio, perchè, nel mentre nel contratto estimatorio è di essenza la consegna delle cose da vendere, e non è di essenza che il contratto sia fatto a nome di colui che esegue la vendita; la consegna delle cose da vendere non è di essenza del contratto di commissione, ed è di essenza di questo contratto

(1) Art. 380, I p., codice commerciale. Vedi Cass. Torino, 17 aprile 1873, *Magani* c. *Gini (Giur. Torin.*, 1873, 389). E l'Appello di Venezia, 2 agosto 1881, *Casa di pena alla Giudecca* c. *Crepas* (*Temi Ven.*, 1882, 134), così scriveva: «Attesochè fra la Crepas e la Casa di pena sieno per tal modo sorti i rapporti che sono proprii del contratto di commissione, e non quelli di semplice mandato. Imperocchè ognuno sa che i due contratti di commissione e di mandato hanno questo fra loro di comune, che in ambedue l'affare viene trattato per incarico di altri; ma in ciò sono differenti, che il commissionario agisce in nome proprio od in nome di una ragione sociale, che non può essere quella del committente; mentre all'incontro il mandatario tratta l'affare esclusivamente in nome e per conto del suo mandante. »

(2) App. Genova, 15 giugno 1888, *Angelini* c. *Fabbrica candele di Mira (Eco gen.*, 1888, 186); App. Casale, 9 luglio 1889, *Susani* c. *Mantovani (Giur. Cas.*, 1889, 378).

(3) In applicazione di questo principio fu giudicato che un negoziante di bestiame che incarica un suo garzone di comperar bovini per suo conto ed in suo nome e ne dirige la compera, conchiude un mandato commerciale, e non una commissione. Trib. Bologna, 7 dicembre 1888, *Levoni* c. *Carboni (Filangieri*, 1889, 152).

(4) App. Venezia, 5 dicembre 1890, *Burgisser* c. *Chemello e Toccafondi (Temi Ven.*, 1891, 28).

(5) App. Genova, 15 giugno 1888, *Angelini* c. *Fabbrica candele di Mira (Eco Gen.*, 1888, 186).

(6) Trib. Catania, 16 luglio 1881, *Belassai* c. *Granata* (*Giur.*, Catania, 1882, 109).

(7) App. Genova, 30 luglio 1886, *Minuto Rossi* c. *Balestra* (*Eco gen.*, 1886, 289).

(8) App. Venezia 5 dicembre 1890, *Burgisser* c. *Chemello e Toccafondi* (*Temi Ven.*, 1891, 28). La decisione è così motivata:

« Considerato in diritto che è saliente per la decisione della presente causa l'induzione se Vittorio Toccafondi nel trattare con Giuseppe Chemello in Mantice nel gennaio 1890 per l'acquisto di tremila pezze di treccie di paglia, agisse quale semplice mandatario incaricato dalla ditta A. Burgisser di Firenze (come lo stesso Toccafondi ed il venditore Chemello hanno sostenuto) o se invece (come sostiene la parte appellante) il Toccafondi agisce in qualità di commissionario, e cioè incaricato da Burgisser di acquistare quella merce bensì per di lei conto, ma in nome proprio di esso Toccafondi, in guisa che tra il venditore Chemello e la ditta, non venisse dipendentemente dalla vendita stretto alcun rapporto giuridico.

« In tale riguardo, ove si ponga mente che tanto il mandato commerciale che la commissione si fondano su di un incarico, ma che la commissione ha un elemento speciale che nel mandato non esiste, quello cioè della divisione dei rapporti giuridici tra committente e commissionario da una parte, e tra commissionario e terzo contraente dall'altra, è forza ammettere che, quando taluno dà ad altri incarico di acquistare o di vendere merci quale commissionario, deve esservi nella espressione dell'incarico od in alcuna altra circostanza che accompagni l'affare, un qualche elemento di fatto che stabilisca in modo certo, giusto quanto è di uso nel commercio, che trattasi di una commissione e non di un semplice mandato. È pur manifesto che colui che sostiene essersi trattato di vera commissione, anzichè di semplice mandato, deve darne le prove, stabilendo in causa uno di quei fatti che commercialmente non lasciano dubitare che veramente di commissione siasi trattato. Così avverrebbe ad esempio se si provasse che la persona a cui fu dato l'incarico è una casa che per suo istituto esclusivamente si occupa di commissioni di questi affari di cui si tratta; così se si fosse pattuita la provvigione specifica *nello star del credere*, così, se verbalmente o per lettera o per telegramma sono state accennate nominativamente al contratto di commissione, o se infine fosse stata menzionata la esclusività dei rapporti che si volesse mantenere tra l'incaricante e lo incaricato ».

(9) Vedi **Consuetudini ed usi locali**, n. 26.

che la vendita sia eseguita per conto del committente ed a nome di colui che la esegue (1). Può invece di uno stesso contratto sussistere la commissione ed il contratto estimatorio, ciocchè avviene quando fra committente e commissionario si stipuli che il secondo sia obbligato a corrispondere al primo un prezzo preventivamente determinato facendo suo il maggior ricavo che sia da conseguire in seguito alla vendita, e che vi sia la consegna della cosa e la condizione che il commissionario esegua la vendita in proprio nome.

20. Il contratto di commissione si differenzia dal contratto di mediazione, perchè, nel mentre nel primo il commissionario tratta l'affare in nome proprio e per conto del committente, pel contratto di mediazione, in quella vece, il mediatore null'altro fa se non che porre le parti in relazione fra loro, e cercare che esse conchiudano il contratto. Senonchè, nella pratica, a ciò non si limita l'ufficio del mediatore, perchè questi spesso riceve l'incarico di trattare l'affare in proprio nome, e per conto di colui dal quale l'incarico è dato, ed egli in esecuzione di tale incarico non manifesta ad uno dei contraenti il nome dell'altro. In questo caso nessuna differenza intrinseca esistendo fra il contratto che passa fra il mediatore e colui che diede l'incarico, ed il contratto di commissione, parrebbe che di null'altro che di un contratto di commissione si potesse discorrere; in quella vece la legge, all'art. 31 del codice di commercio, prevede questo atteggiamento che può essere preso dal mediatore, e lo prevede come atto distinto dalla commissione (2): è d'uopo dunque concludere che, a termini del vigente codice di commercio, i due contratti sono distinti.

E siccome fra i due contratti non vi sono differenze intrinseche, così non si potrà trovare la differenza che nella professione di colui che tratta l'affare in nome proprio e per conto altrui; se questi per professione abituale fa atti di mediazione, e non risulta che le parti abbiano voluto devenire ad un contratto di commissione, vi sarà il contratto di mediazione; in caso contrario vi sarà quello di commissione.

21. Una persona incaricata della gestione di affari pubblici o privati, può venire incaricata di trattare un affare commerciale per conto di colui dal quale ha ricevuto l'incarico precedente, e a nome proprio. In questo caso può nascere dubbio se l'incarico nuovo costituisca una commissione a sè stante, oppure sia una istruzione per l'adempimento degli incarichi che precedentemente erano stati dati. Alla Cassazione di Napoli (3) si presentò il caso seguente: nel 1764 un console dell'ex-regno di Napoli aveva ricevuto incarico dal Governo che lo aveva istituito, di acquistare dei grani onde provvedere ad una carestia, e sorse questione se al console stesso per l'affare conchiuso competesse o no la provvigione. La Cassazione decideva che non poteva essere respinta l'azione ad ottenere una provvigione, quando, per la consuetudine del tempo, e per la specialità della causa, appariva, che egli trattò l'affare indipendentemente dalle sue funzioni, come privato cittadino.

È d'uopo generalizzare il principio accolto dalla Cassazione di Napoli, per applicarlo, principalmente, nei casi di esistenza di un mandato generale, del quale chi trattò l'affare era investito; e riconoscere che, se l'incarico nuovo entra in qualsiasi modo nell'incarico generale o speciale precedentemente conferito, si è nel caso di istruzione per l'adempimento a quest'ultimo incarico, se nulla ha a che fare coll'incarico stesso, si è nel caso di contratto a sè stante.

22. Quando la provvigione consiste in una quota-parte degli utili che si dovranno poi ricavare da una determinata operazione, la commissione presenta qualche analogia colla associazione in partecipazione, ma da questa si distingue, perchè nella commissione committente e commissionario non formano, nemmeno rispetto ad essi, un ente collettivo distinto dalle loro persone, ente collettivo che, rispetto alle persone degli associati, vi è nella associazione in partecipazione: vi sarebbe commissione, e non associazione in partecipazione, anche se per reciproco accordo al commissionario spettasse il di più che si fosse per ricavare, oltre un determinato prezzo (4).

I rapporti derivanti dal contratto di commissione possono però intrecciarsi coi rapporti derivanti dalle associazioni in partecipazione; il socio occulto, cioè, può assumere la veste di commissionario della associazione; e però fu rettamente giudicato che il commissionario, che ha chiesto ed ottenuto, fermo stando il suo diritto di commissione, una partecipazione negli affari che a sua opera vengono dalla associazione conchiusi, ha diritto, quale associato in partecipazione, alle quote di utili, e deve sottostare alle proporzionate quote di perdite che dal concluso affare derivano (5).

23. Quando vi è incarico di compiere l'affare per conto di colui che dà l'incarico ed in nome proprio, vi è la commissione; sicchè non è vero conto corrente, ma commissione l'incarico che da un commerciante si dà ad un altro per incassare una data somma, la quale poscia è passata nel conto rispettivo (6). Il contratto di commissione può coesistere col contratto di conto corrente ed intrecciarsi i rapporti derivanti dai due contratti, ogniqualvolta i crediti ed i debiti rispettivi del committente e del commissionario vengono portati nel conto; i due contratti però hanno esistenza giuridica distinta (7).

24. Per stabilire quale sia il luogo dove il contratto di commissione diviene perfetto, è d'uopo distinguere il caso in cui il contratto si perfeziona senza uopo di accettazione espressa da parte del commissionario, dal caso in cui tale accettazione è necessaria. Nel primo caso il contratto si perfeziona nel luogo dove il commissionario riceve la proposta: in questo caso il fatto di essere commerciante è una proposta presunta di essere per accettare una commissione che

(1) Vedi Glück, *Pand.* XIX, 3, § 1065 e seg., e la nota dell'avvocato Greco (Milano, Vallardi, 1890).

(2) Vedi la voce **Sensali**, I. L'App. di Bologna, 15 febbraio 1884, *Monari* e *Alberesi* c. *Giordano* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1884, 53), ha invece deciso che il mediatore, incaricato dell'acquisto di una partita di grano, che non indica preventivamente il nome del compratore compie un vero e proprio contratto di commissione; ma questa decisione di fronte all'art. 31 codice commerciale si dimostra erronea.

Si potrà dubitare della bontà della legge che di atti i quali hanno gli stessi elementi giuridici fa atti distinti, ma, una volta che la legge vi è, ed è chiara, è inutile qualunque discussione sulla sua bontà.

(3) 20 febbraio 1881, *Honduras* c. *Calabrese* (*Gazz. Proc.*, XVI, 215).

(4) App. Venezia, 2 agosto 1882, *Casa di pena alla Giudecca* c. *Crepas* (*Temi Ven.*, 1882, 134).

(5) App. Firenze, 15 dicembre 1884, *Lemmi* c. *Società commerciale di Parigi in liquidazione* (*Ann.*, 1885, 105).

(6) App. Genova, 23 aprile 1892, *Ragazzino* c. *Paganini Villani* (*Giurista*, 1892, 196).

(7) Conf. art. 346 cod. comm.

non venga rifiutata nel più breve termine possibile, e la proposta fatta dal committente si considera come una accettazione generica dei propri servizi, che ogni commerciante fa al pubblico (1). Ma, quando è necessaria una accettazione del commissionario, il contratto si perfeziona nel luogo ove giunge la notizia della accettazione del commissionario alle proposte del committente; in questo caso, per volontà di chi dà l'incarico, non si considera esistente la presunta proposta di essere per accettare una commissione che non venga rifiutata nel più breve termine possibile; la proposta che da lui parte è il primo atto che attende nella accettazione di colui al quale è stata fatta, ciò che è necessario alla perfezione del contratto, ed allora torna applicabile il principio dell'art. 36, prima parte, codice di commercio, che il contratto bilaterale fra persone lontane si perfeziona nel luogo ove giunge la notizia della accettazione della proposta.

Principî diversi alle due serie di casi vanno anche applicati per ciò che concerne la revoca della proposta, perchè, nel mentre, quando l'accettazione della proposta non è necessaria, la revoca della proposta non è operativa se non quando giunge a colui al quale la trattazione dell'affare è stata proposta prima o contemporaneamente alla proposta stessa; quando l'accettazione è necessaria, la revoca è operativa fino a quando l'accettazione della proposta non è giunta a notizia del proponente (2).

Come si vedrà a suo luogo, per effetto della commissione sorgono fra le parti varie obbligazioni; ora, siccome ognuna di queste obbligazioni può dover essere eseguita in luogo diverso, così non si può stabilire un principio assoluto relativamente al luogo ove il contratto di commissione deve essere eseguito.

25. Dai principî or ora posti ne viene che le forme del contratto di commissione sono regolate dalla legge e dagli usi del luogo ove giunge la proposta, nel caso in cui il contratto si perfeziona senza uopo di accettazione espressa, dalle leggi e dagli usi del luogo ove giunge l'accettazione, nel caso in cui l'accettazione è necessaria; è questo il principio affermato nell'art. 58 codice commerciale. L'articolo 58 stesso però dispone che è salva l'eccezione stabilita nell'art. 9 delle disposizioni preliminari del codice civile per coloro che sono soggetti ad una stessa legge nazionale, cioè che è in facoltà dei contraenti di seguire la forma della loro legge nazionale se questa è comune a tutte le parti. Questo inciso dell'art. 58 ha bisogno di qualche illustrazione. Siccome in materia di commercio hanno forza di legge tanto le leggi propriamente dette quanto le consuetudini, così, acciò l'art. 9 tit. prel. codice civile possa ricevere applicazione, è necessario che le persone, nazionali o straniere, sieno soggette non solo alla stessa legge ma anche alla stessa consuetudine. Sicchè è in facoltà delle parti di seguire le forme delle loro leggi o consuetudini, quando queste siano comuni a tutte le parti; dalla sola legge o consuetudine vigente nel luogo ove il contratto diviene perfetto, sono regolate le forme del contratto, anche quando le persone, pur appartenendo alla stessa nazione, appartengono a luoghi dello stesso Stato ove vigono leggi o consuetudini diverse.

Dai principî stessi ne viene che i requisiti essenziali e gli effetti del contratto di commissione sono regolati dalla legge del luogo ove è giunta la proposta se di accettazione non vi è d'uopo, o dove è giunta l'accettazione se questa era necessaria (3). Ma anche per ciò l'art. 58 codice di commercio dispone che è salva la eccezione stabilita nell'art. 9 tit. prel. codice civile per coloro che sono soggetti ad una stessa legge nazionale, cioè, che la sostanza e gli effetti del contratto si reputano regolati dalla legge nazionale dei contraenti se essi appartengono ad una stessa nazione. Sicchè, se i contraenti nazionali o stranieri sono soggetti ad una stessa legge o consuetudine, i requisiti essenziali e gli effetti del contratto si reputano regolati dalla legge o dalla consuetudine alle quali committente e commissionario sono soggetti (4).

La commissione riceve esecuzione nei luoghi ove devono essere eseguite le obbligazioni ad una o ad altra delle parti addossate in forza del contratto; sono le leggi e gli usi vigenti in ogni singolo luogo ove l'obbligazione viene eseguita che regolano la singola obbligazione che in quel luogo deve ricevere esecuzione (5); ed il cittadino italiano che assume speculazioni commerciali fuori di Italia, non può sottrarsi alla osservanza delle leggi e degli usi commerciali vigenti nel luogo ove il contratto deve essere eseguito (6).

26. Legalmente formato il contratto di commissione, come qualsiasi altro contratto, è legge fra committente e commissionario, e non può ricevere mutazioni che o per mutuo consenso o per cause autorizzate dalla legge (7). Di qui ne viene che il contratto di commissione non si cambia in mandato o perchè il commissionario abbia fatto conoscere al terzo il nome del committente o abbia fatto spedire a questo dal terzo la merce (8), ovvero per le indagini che abbia fatto il terzo sulla persona del committente. Non varrebbe

(1) L'App. di Genova, 27 maggio 1877, *Banca commissionaria c. Bruni* (*Eco gen.*, 1877, 639), decise che nel contratto di commissione i consensi si ritengono riuniti ove risiede il commissionario che accetta la commissione e dove si fa la promessa della merce.

(2) Conf. art. 36 cap. II cod. comm.

(3) Art. 58 codice comm.

(4) L'art. 9 tit. prel. cod. civ. prevede il caso in cui si tratta di persone straniere, perchè trattandosi di nazionali, in via ordinaria, è una sola la legge che regola i loro rapporti. Ma in materia di commercio valgono non solo le leggi ma anche le consuetudini, e queste ultime possono essere diverse nelle diverse parti del regno. Di conseguenza quel disposto di legge deve essere accomodato al caso in cui un contratto sia in un luogo regolato da consuetudini diverse da quelle che lo regolano in altro luogo del regno, e nel conflitto delle consuetudini applicarsi quegli stessi principii che vanno applicati nel caso di conflitto di leggi — Vedi la voce **Consuetudini ed usi locali.**

(5) Ibidem.

(6) App. Venezia, 15 febbraio 1875, *Zecchin* c. *Pollexfen* (*Eco Trib.*, 1875, 587).

(7) Art. 1123 codice civile.

(8) App. Genova, 4 maggio 1875, *Raggio c Fallimento Forte* c. *Dall'Orso* (*Giur. It.*, 1878, 788); 22 gennaio 1886, *Fritz* c. *Galiano* (*Eco gen.*, 1886, 38).

La Cass. di Firenze 27 nov. 1892, *Pacini* c. *Pianigianni*, (*Temi Veneta*, 1893, 68), così decideva: « Attesochè per altro il secondo motivo di ricorso si presenta pienamente fondato. Ed invero l'attore Pacini con la citazione introduttiva del giudizio, riassunta dalla sentenza del pretore, sostiene che la cartolina postale 3 marzo 1881 presentava gli estremi giuridici della commissione commerciale, e che perciò in vista di essa il Pianigianni aveva esercitato la veste giuridica di commissionario, ed era rimasto obbligato in propric verso di esso Pacini che aveva con lui soltanto contrattato. Per contrario il Pianigianni con la sua risposta qualificava quella cartolina come una semplice informazione e commendatizia,

nemmeno a far cangiare la commissione in un mandato l'intesa fra commissionario e terzo che il primo dovesse agire non già come commissionario ma come mandatario, dal momento che, se il commissionario ha ricevuto incarico di trattare l'affare nel proprio nome e per conto del committente, non ha punto ricevuto incarico di rappresentare palesemente il committente stesso, ed il mandato non può sorgere che in seguito all'accordo fra mandante e mandatario, giammai dall'accordo tra mandatario e terzo. Ove il commissionario abbia ecceduto i limiti della commissione, ed il committente ne abbia poi approvato l'operato, perseverano fra le parti i rapporti di commissione, nè la commissione si muta in compra-vendita diretta (1), perchè effetto della ratifica quello si è di legalizzare l'eccesso nel mandato, non di novare i rapporti che fra mandante e mandatario in seguito al mandato sono sorti.

27. A giudicare dalle contestazioni relative al contratto di commissione, è competente l'Autorità giudiziaria del luogo di domicilio del commissionario, ed in cui la commissione deve essere eseguita (2), salvo al commissionario il diritto di agire avanti l'Autorità di domicilio o di residenza del committente: la contestazione è di natura commerciale (3).

Come per qualunque altro rapporto giuridico, anche per il contratto di commissione, colui che intende fondare sullo stesso delle domande deve provare che il rapporto esiste, deve provare cioè tutti quegli estremi di fatto che sono ne-

e ne deduceva la conseguenza di diritto, che esso Pianigianni non era rimasto obbligato in proprio. Con la sentenza non si è neppure proposta la questione se la cartolina dovesse qualificarsi giuridicamente come commissione commerciale, come sosteneva il Pacini attore, o come informazione e semplice commendatizia, come deduceva il Pianigianni.

« La sentenza per escludere la obbligazione del Pianigianni si fondò in sostanza sopra due ragioni, dicendo che non si sapeva comprendere come dovesse ritenersi obbligato al pagamento del prezzo il Pianigianni, che nessun obbligo aveva assunto come acquirente, perchè il genere veniva ad altri spedito. Il quale ragionamento si fonda evidentemente sull'erroneo principio di diritto, cioè che non possa trattarsi di commissione commerciale nè di obbligazione del commissionario, quando il terzo ha spedito la merce al committente principale e non al commissionario che l'ha contrattata col terzo medesimo. Il qual principio di diritto è indubbiamente erroneo per la dottrina e la giurisprudenza, per la quale non è vietato al commissionario di far conoscere il nome del committente principale, e neppure la commissione commerciale si converte in altro contratto se per intelligenza fra il commissionario ed il terzo la merce viene spedita dal terzo direttamente al committente principale. Basta che il commissionario firmi il contratto o l'atto in nome proprio senza qualificarsi come mandatario, perchè rimanga obbligato in proprio, e non si possa parlare di mandato. »

(1) App. Genova, 24 agosto 1877, *Fratelli Tubino* c. *Banca Industriale (Eco gen.*, 1877, 38).

(2) L'App. di Genova, 10 giugno 1895, *Valesin* c. *Di Bartolo (Foro It.* 1895, 1, 851), così ragiona:

« Attesochè, trattandosi di commissione occorre vedere se il commissionario possa sperimentare l'azione derivante da questo contratto nel foro del suo domicilio, a termini del capoverso dell'articolo 91, ovvero debba proporla avanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui il committente ha domicilio o residenza a termini del precedente art. 90.

« Attesochè nel cap. dell'art. 91 è disposto che nelle materie commerciali l'azione personale e l'azione reale sui beni mobili possono anche proporsi davanti l'Autorità giudiziaria del luogo ove fu fatta la promessa o la consegna della merce, o in cui deve eseguirsi l'obbligazione, sebbene il convenuto non sia citato in persona propria. Ora nessun dubbio che nella fattispecie si tratta di materia commerciale, che l'azione presente del Valesin è personale, e che l'obbligazione da esso assunta è stata eseguita in Genova, dove pure sarebbe stato perfezionato il contratto di commissione, giusta la lettera ed i telegrammi negli atti prodotti e di sopra menzionati. Conseguentemente deve ritenersi che il Valesin abbia legalmente proposta la sua azione davanti il tribunale di questa città.

« Vero è che nel capoverso del suddetto art. 91 si parla del luogo in cui fu fatta la promessa e la consegna della merce, e ciò farebbe supporre che questa eccezionale competenza territoriale fosse riservata per l'azione derivante da contratto di compra-vendita, ma è pure accennato il luogo dove deve eseguirsi la obbligazione, ed una obbligazione può derivare anche da altro contratto che non sia compra-vendita, e quindi dal contratto di commissione; epperciò neppure sarebbe da invocarsi la massima *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*. D'altronde, se questa eccezionale competenza è un beneficio accordato agli affari commerciali, non si comprenderebbe come non ne potesse fruire il commissionario verso il proprio committente. La ragione della legge è la stessa, ed è risaputo che la creazione dell'istituto giuridico della commissione è stata imposta dalla espansione sempre crescente del commercio, e dalla impossibilità in cui si trovano i commercianti di essere sempre presenti là dove vi è un buon affare da compiere; quindi si sente il bisogno di un commissionario il quale agisca in suo nome coi terzi, ma per conto del proprio committente. Ora, in tanta moltiplicità di commissioni eseguite anche per conto di varii committenti, sarebbe troppo incomoda al commercio la massima *actor sequitur forum rei;* e si è aggiunto in vista di questa sentita necessità che anche pel committente è ammessa la eccezionale competenza di cui nel capoverso dell'art. 91 sopra citato.

« A conforto di questa tesi può invocarsi l'art. 363 codice commerciale secondo il quale per l'esercizio dell'azione reale privilegiata del mandatario, e quindi anche del commissionario, è competente l'autorità giudiziaria nel luogo di loro domicilio. Ora lo stesso deve ritenersi per l'esercizio di una semplice azione di credito, giacchè tanto l'una quanto l'altra hanno identico scopo, cioè il pagamento della provvigione ed il rimborso delle spese anticipate, e quest'ultima può esercitarsi per completare il pagamento o rimborso non intieramente soddisfatti nell'esercizio della prima; e sempre in appoggio di detta tesi infine devesi anche ricordare, che tante volte il commissionario compra per suo conto e poi vende al proprio committente titoli di credito, e ciò non gli toglie il diritto di avere la provvisione (art. 316 codice commerciale). Ora egli è manifesto che in questo caso nella persona del commissionario resta compenetrata anche quella del creditore; epperò si verificherebbe quale è accennato nell'alinea del sopracitato art. 91 ».

Nello stesso senso vedi Cass. Napoli, 13 aprile 1869, *Romano* c. *Labonini* (*Gazz. G.*, 1869, 1, 479); App. Genova, 15 luglio 1872, *Tramella e comp.* c. *Rubini e comp.*, (*Giur. It.*, 1875, 2, 389), e 27 novembre 1866, *Cuvellier* c. *Corradi* (*Gazz. G.*, 1866, 382); App. Trani, 14 febbraio 1881, *Tirandelli* c. *Vischio* (*Rivista Giur.* Trani, 1881, 394); Trib. Catania, 22 aprile 1882, *Trewhell* c. *Sabino* (*Foro Cat.*, 1882, 64).

(3) La Cass. Torino, 17 marzo 1873, *Magani* c. *Gini* (*An.*, 1873, 227), così giudicava:

« Attesochè la Corte di appello ha per gli atti ritenuto in linea di fatto che il convenuto Magani facesse atto di vendita per conto altrui ed in nome proprio; che ciò facesse per abituale professione, e che bensì per conto del Gini ma in nome proprio abbia pur anco venduto l'avena speditagli dal Gini da Venezia a Casarsa.

« Attesochè per tali premesse incensurabili in sede di Cassazione, viene necessaria la giuridica conseguenza che il Magani non possa riguardarsi quale un mandatario ordinario o come se locato avesse la propria opera, ma bensì riguardare si dovesse quale un vero commissionario nel senso dell'art. 68 cod. comm., e che come tale era stato perciò bene citato dinnanzi il tribunale di commercio pel pagamento della merce (art. 723, n. 1, del citato codice), e ciò anche nel caso che la commissione data al Magani non fosse per avventura atto di commercio anche al riguardo del Gini ».

cessari acciò ad un rapporto giuridico si possa dare il nome di contratto di commissione (1), ed in quanto ai mezzi di prova si applicano le norme generali relative alle prove dei contratti commerciali. L'indagare cosa le parti abbiano voluto è indagine di fatto di esclusiva competenza del giudice del merito; ma affermato che cosa dalle parti è stato voluto, l'indagare se ciò costituisca un contratto di commissione od altro rapporto giuridico, è indagine di diritto, e la decisione che sul proposito fosse per dare il giudice del merito sarebbe soggetta al controllo della Corte di cassazione (2).

28. Con riserva di studiare a luogo opportuno quali delle disposizioni date dalla legge al caso del mandato siano applicabili alla commissione, prima di imprendere l'esame degli effetti proprî al contratto di commissione è d'uopo esaminare l'ipotesi in cui la commissione sia conferita a più persone. Nel capo relativo alla commissione non avvi alcun accenno a questo caso; pel principio della applicabilità alla commissione di quelle regole del mandato commerciale che non sono esclusivamente proprie a questo istituto giuridico, nel caso in esame torna applicabile l'art. 364, 1ª p. e cap. I, codice di commercio; se più commissionari sono designati nello stesso atto, e non è dichiarato che debbano operare congiuntamente, essi si reputano incaricati a operare l'uno in mancanza dell'altro secondo l'ordine nel quale il loro nome è indicato nell'atto di nomina; e se è dichiarato che i commissionari debbano operare congiuntamente e la commissione non viene accettata da tutti, quelli che accettano si presumono autorizzati ad eseguirla, qualora costituiscano la maggioranza dei nominati.

Capo III. — Effetti del contratto — Obbligazioni del commissionario.

29. Effetti del contratto. — 30. Obbligazioni del commissionario. — 31. Ricevimento di merci. — 32. Anticipazioni sulle merci. — 33. Ricevimento di titoli. — 34. Proprietà delle merci e dei titoli, conseguenze nel caso di fallimento. — 35. Ricevimento di danaro, distrazione delle somme ricevute, suoi effetti. — 36. Effetti della distrazione di merci o valori. — 37. Obbligo di denunziare i fatti che possono influire sulle decisioni del committente. — 38. Obblighi nella esecuzione dell'incarico e misura delle responsabilità. — 39. Termine entro il quale l'incarico deve essere eseguito. — 40. Anticipazioni ed operazioni a fido. — 41. Osservanza delle istruzioni. — 42. Obbligo di procurare il maggior possibile vantaggio al committente. — 43. Obbligo di mantenere il segreto sul nome del committente. — 44. Obbligazioni relative alla scelta delle persone colle quali trattare l'affare. — 45. Non è tenuto del di là del contratto. — 46. Obbligo di dare l'avviso concluso l'affare. — 47. Obblighi relativi all'esecuzione del contratto concluso col terzo. Non diviene proprietario di ciò che riceve dal terzo o che questi deve. Conseguenze di ciò. — 48. Irresponsabilità del commissionario per l'esecuzione da parte del terzo delle sue obbligazioni. — 49. Quando vi è tale responsabilità; convenzione dello *star del credere*. — 50. Documenti che deve esigere dal terzo ed annotazioni che deve fare nei propri libri. — 51. Obbligo della resa di conto e della trasmissione al committente di ciò che è proprietà di questi. Non è obbligato ad assicurare. — 52. Le cautele prese dal committente per garentire i suoi diritti non autorizzano il commissionario a non adempiere le sue obbligazioni. — 53. Prova dello adempimento. — 54. Solidarietà fra più commissionari. — 55. Effetti del non adempimento da parte del commissionario delle sue obbligazioni; effetti generali; risarcimento dei danni; esercizio dei diritti di cui l'articolo 1165 codice civile. — 56. Effetti dell'inadempimento in casi particolari; mancanza di alcune indicazioni nell'avviso. — 57. Operazioni con violazione od eccesso di mandato; facoltà nel committente di ratificarle. — 58. Non avvenuta ratifica; vendita ad un prezzo inferiore al prefisso. — 59. Stipulazione a carico del committente di corrispettivi superiori ai prefissi; compera ad un prezzo superiore al prefisso. — 60. Diversità nella qualità della cosa. — 61. Operazioni a fido non autorizzate. — 62. Altre violazioni ed eccessi. Non spedizione o consegna delle somme appartenenti al committente. — 63. Nei casi non enunciati nei numeri 54 e seguenti si può far luogo solo all'esercizio dei diritti di cui l'art. 1165 codice civile.

29. Il contratto di commissione interviene fra committente e commissionario, ma la sua esecuzione esige che sorgano dei rapporti con terze persone, con coloro cioè colle quali il commissionario tratta l'affare in nome proprio e per conto del committente: effetti del contratto di commissione sono dunque tanto i rapporti giuridici che in seguito al contratto sorgono fra committente e commissionario, quanto i rapporti che sorgono fra queste due persone ed i terzi in seguito alla esecuzione che dal commissionario è data al contratto. Di tutti questi diversi rapporti è dunque necessario occuparsi, acciò riesca completo lo studio di ciò che concerne il contratto di commissione; ed onde studiare i rapporti stessi, dapprima è duopo occuparsi dei rapporti fra committente e commissionario, e poscia dei rapporti fra ognuna di queste persone ed i terzi.

Se la commissione è un contratto col quale fra committente e commissionario viene costituito un vincolo giuridico, gli effetti, che dal contratto di commissione derivano, devono necessariamente esser dei doveri del commissionario verso il committente, dei doveri del committente verso il commissionario, dei diritti del committente verso il commissionario, dei diritti del commissionario verso il committente. Ma diritto e dovere sono termini correlativi, e però non si può discorrere di diritto competente ad una persona senza implicitamente discorrere dei doveri competenti all'altra persona; di conseguenza, quando si parla di obbligazioni del commissionario, implicitamente si parla di diritti del committente, quando si parla di diritti del commissionario, implicitamente si parla di doveri del committente. Lo studio dei rapporti fra committente e commissionario dunque resta esaurito quando si parla delle obbligazioni e dei diritti di quest'ultimo; ed è ciò che verrà fatto in questo capo e nel capo seguente.

Vedi anche App. Palermo, 9 dicembre 1881, *Bartolo* c. *Magliocco*. (*Ann.*, 1882, 71).

(1) Vedi App. Venezia, 5 dicembre 1890, *Burgisser* c. *Chemello* e *Toccafondi*, (*Temi Ven.*, 1891, 28).

(2) La Cass. Napoli, 18 luglio 1874, *Quinteri* c. *Cosenza* (*Annali*, 1874, 2, 450), così giudicava:

« Ma qui gioverebbe obbiettare che, se la Corte di appello ha in fatto osservato che trattavasi appunto di commissione fra i signori Quinteri e la ditta Cosenza, non possa questo Supremo Collegio, dimentico della sua alta missione riesaminare da capo la contesa e formarsi un convincimento diverso da quello dei giudici del merito, perciocchè il vedere se sian commissione o mandato puramente civile costituisce una mera questione di diritto, trattandosi di formare gli elementi costitutivi dell'uno o dell'altro contratto secondo le diverse legislazioni civile e commerciale, e quindi dichiarava sotto quale categoria debbasi comprendere il contratto speciale conchiuso fra i signori Quinteri e la ditta Cosenza ».

Il principio generale posto dalla legge relativamente ai diritti e doveri del committente e del commissionario nei rapporti fra loro è quello contenuto nell'art. 380, capoverso, codice di commercio e del quale si è già avuto occasione di far parola; i diritti e doveri fra committente e commissionario sono quelli che esistono tra mandante e mandatario colle modificazioni indicate negli art. 382 e seguenti codice stesso, colle modificazioni, cioè, che necessariamente devono subire le disposizioni legislative relative al mandato, in seguito alle specialità che in confronto del semplice mandato presenta la commissione; e lo studio che si va ad intraprendere consiste appunto nel seguire lo svolgimento del contratto nelle sue varie fasi e fare applicazione delle norme giuridiche relative ai singoli fatti che si presentano.

30. Guardata dall'aspetto delle obbligazioni del commissionario, l'esecuzione del contratto di commissione ha tre momenti: ciò che può intervenire fra committente e commissionario per la trattazione dell'affare, la trattazione dell'affare, il porre il committente in condizione di trarre profitto dall'affare trattato. Per ciascuno di tali momenti vi sono speciali obbligazioni del commissionario verso il committente.

Per l'indole dell'affare che deve essere trattato, o per le convenzioni intervenute fra committente e commissionario, o per l'esecuzione da parte del committente della obbligazione a lui addossata dall'art. 360 codice commerciale (1), può avvenire che il commissionario riceva qualche cosa dal committente; riceve, cioè, merce, titoli di credito o danaro.

31. Se, come si è veduto, la commissione è un mandato; se il mandatario è tenuto a far quello che il mandante avrebbe fatto; quando il commissionario riceve la merce deve fare quello che avrebbe fatto il committente al ricevimento della merce stessa. E però, se le merci che il commissionario riceve, al momento del ricevimento, presentano segni visibili di danni sofferti durante il trasporto, il commissionario deve fare tutti gli atti necessari a preservare i diritti del committente verso il vettore, altrimenti è responsabile delle cose ricevute (2). Ma a base di quali dati si dovrà determinare lo stato della merce della quale il commissionario deve rispondere? Il commissionario deve rispondere della merce secondo la descrizione contenuta nella lettera di avviso o di vettura o nella polizza di carico (3), perchè, siccome questi documenti sono efficaci a stabilire la presunzione relativa alla natura e condizione della merce consegnata al vettore, e dovrebbe questi rispondere delle differenze riscontrate all'arrivo delle merci stesse in base ai detti documenti, così deve essere efficace a stabilire la presunzione sulla natura e sulla condizione della merce che viene consegnata al commissionario. Perchè delle due l'una: o il commissionario ha ricevuto la merce nello stato quale risulta dai documenti, ed allora, come si vedrà in seguito, deve dare giustificazione dei danni che la merce ha risentiti; o ha ricevuto la merce in uno stato diverso da quello che risulti dalla descrizione contenuta nella lettera di avviso o di vettura, ovvero nella polizza di carico, ed allora deve anche rispondere della differenza, per non aver fatto gli atti necessari a preservare i diritti del committente verso il vettore. Però il commissionario che riceve la merce avariata senza proteste e senza reclami è come se avesse ricevuta la merce nello stato risultante dalla lettera di vettura o dalla polizza di carico (4). Questa obbligazione del commissionario è diretta a salvaguardare i diritti del committente verso il vettore od il capitano, sicchè, se nessun diritto potesse esser fatto valere contro queste persone, non si potrebbe discorrere di obbligazioni del commissionario a far gli atti necessari alla preservazione di diritti che non esistono. Di qui la conseguenza che mancherebbe di fondamento l'azione di indennità contro il commissionario incaricato di ricevere la merce per avere egli omesso di far proteste o reclami relativamente alla deficienza di peso della merce stessa, quando la lettera di vettura o la polizza di carico esentasse da responsabilità il vettore od il capitano per questo titolo (5).

Nell'art. 410, prima parte, del progetto preliminare, veniva fatto obbligo al commissionario di far constare in forma legale la causa del danno e l'entità di esso, e pel caso di omissione veniva stabilito che egli era responsabile degli oggetti secondo le disposizioni contenute nella lettera di vettura o nella polizza di carico, *esclusa ogni altra prova*. La Camera di commercio di Lodi osservava che la prova ordinaria non dovesse escludersi che in caso di manifesta malafede, e quelle di Milano e di Savona osservavano che era rigore eccessivo il pretendere che l'accertamento dei danni dovesse sempre seguire nella forma legale, cioè mediante perizia (6). Fu in seguito a tali osservazioni che l'inciso *esclusa ogni*

(1) « Il mandante è tenuto a somministrare al mandatario i mezzi necessari all'esecuzione del mandato se non vi è convenzione contraria ». Di questo articolo ci si occuperà discorrendo dei diritti del commissionario.

(2) Art. 352 cod. comm.

(3) Art. 352 cod. comm. it., art. 84 cod. del 1865, 149 codice spagnuolo, 172 cod. brasiliano; 355, cap. II, cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay; 365 cap. II cod. germanico.

(4) App. Catania, 1° luglio 1872, *Merletta c. Scuto* (*Giuris. It.*, 1872, 441).

(5) La Cass. di Firenze, 23 giugno 1893, *Levi c. Varisco* (*Temi Ven.*, 1893, 122), così decideva:

« Attesochè col primo mezzo si censura la sentenza perchè, dopo aver ammesso in fatto che Varisco agendo come commissionario per conto del Levi nel ricevimento di due partite di solfato di rame trasportate per la via di mare a Venezia dalla Compagnia Cunard, mancò di eseguire quanto gli era imposto dalle istruzioni speciali del mandante, nonchè dalle consuetudini commerciali e dalla legge, cioè di fare reclami e proteste relativamente al calo del peso della merce, ha poi esonerato il Varisco da ogni responsabilità per tale omissione.

« Questa censura manca di fondamento. Se la sentenza denunciata ha respinto l'azione riconvenzionale proposta da Levi contro Varisco per risarcimento del danno che diceva aver sofferto in conseguenza dell'accennata omissione di reclami e proteste, e cioè perchè la sua negligenza lo aveva posto nella impossibilità di esperire utilmente le azioni che gli competevano contro il vettore, di questo rigetto ha dato una ragione fondata sopra un giudizio di fatto censurabile, e non viziata da verun errore giuridico, inquantochè ritenuto che per patto speciale risultante dalla relativa polizza di carico, la Compagnia Cunard fosse esente da ogni responsabilità quanto al peso della merce, e quindi che nessuna azione competesse a Levi contro il vettore per quel titolo, da ciò ha logicamente inferito che siccome quando pure Varisco avesse eseguito quanto gli era imposto dalle istruzioni del mandante, la posizione giuridica del Levi di fronte alla Compagnia Cunard sarebbe stata sempre la stessa, così dovevasi concludere non avere egli risentito alcun pregiudizio dalla ommissione del Varisco, e conseguentemente esser priva di base la pretesa di essere da lui indennizzato ».

(6) *Osservazioni e pareri*, ecc., pag. 551.

altra prova fu omesso nel progetto definitivo e nel codice. Di qui ne deriva che l'art. 352 deve essere inteso nel senso che, in forza dell'articolo stesso, altro non ci sia che una presunzione sulle condizioni nelle quali si trovava la merce al momento in cui dal commissionario è stata ricevuta (1), presunzione che cede di fronte ad una prova contraria. E ciò è una conseguenza del sistema seguito dal legislatore italiano in materia di constatazione dei vizî della merce ricevuta. Pel disposto dell'art. 71, cap., cod. comm. il compratore che ha ricevuto una merce non perde il diritto di far valere le ragioni che gli competono pei vizî della merce ricevuta, solo perchè non si sia giovato del disposto della prima parte dell'articolo stesso; la medesima cosa a termini dell'art. 415 codice commerciale si avvera nei rapporti fra il ricevitore ed il vettore; non vi è ragione per fare al commissionario una posizione diversa da quella di ogni e qualsiasi ricevitore di merci. Questa prova contraria deve essere data ai termini dell'art. 71, capo III, codice di commercio, perchè anche in questo caso colui che riceve la merce aveva nella legge tracciato un procedimento spiccio e che dava la prova sicura dei fatti che lo esoneravano da responsabilità: il commissionario è tenuto a provare rigorosamente l'identità ed i vizî della merce che da lui è stata ricevuta. Non è però colla dazione di queste prove che il commissionario si esenta da ogni responsabilità verso il committente: si esenta da responsabilità se pel fatto di non aver proceduto alla constatazione della condizione della merce non si è prodotta l'estinzione di alcun diritto del committente verso il vettore od il capitano; chè se si fosse prodotta l'estinzione di diritti, siccome l'obbligazione del commissionario è appunto diretta a preservare i diritti del committente verso il vettore, egli dovrebbe rispondere del pregiudizio risentito dal committente in seguito all'inadempimento della obbligazione.

L'art. 352 codice di commercio non si occupa che del caso in cui la merce presenta segni visibili di danni sofferti durante il trasporto. Ma l'art. 415, capoverso, riconosce al destinatario della merce il diritto di agire verso il vettore, anche dopo ricevute senza riserva le cose trasportate e pagato il porto, per la perdita parziale o per l'avaria non riconoscibile al momento della riconsegna, ma sottomette lo esercizio di tale diritto alla prova che la perdita o l'avaria è avvenuta nell'intervallo fra la consegna e la riconsegna, ed alla condizione che la domanda di verificazione sia proposta appena scoperto il danno e non più tardi di sette giorni dopo il ricevimento. Sebbene il caso di merci che non presentano segni visibili di danni davanti il trasporto esca dai termini letterali dell'art. 352 codice di commercio, pure è intuitivo che la verificazione delle merci entro sette giorni dal ricevimento e la proposizione della domanda di verificazione appena scoperta la perdita parziale o l'avaria sono obbligazioni del committente del cui inadempimento egli sarebbe tenuto a rispondere. A parte la ragione di analogia che comanderebbe l'estensione al caso in esame della disposizione dell'art. 352, sta il fatto che tali obbligazioni del commissionario si deducono dal principio generale che egli verso il vettore deve fare tutto ciò che avrebbe fatto il committente. Il committente, conscio delle disposizioni della legge che sottoponevano a condizioni il diritto di agire contro il vettore per la perdita parziale o per l'avaria della merce non riconoscibile al momento del ricevimento, si sarebbe contenuto in modo che le condizioni non mancassero: quello che il committente da regolato commerciante avrebbe fatto, il commissionario ha l'obbligo di farlo.

Nel ricevimento della merce il commissionario deve attenersi a quelle speciali istruzioni che dal committente gli fossero state date, ed è responsabile per l'inosservanza delle istruzioni stesse. E però il commissionario, che in presenza delle prescrizioni fattegli dal committente di non dichiarare alla dogana il vino speditogli per l'importazione, se non ha la certezza che la merce sarà ritenuta dalla dogana vino, invece di avvertire il committente che questa certezza non vi è, nè si può avere, fa luogo senz'altro alla dichiarazione, donde la conseguenza che la dogana, qualificando il liquore bevanda alcoolica, impone alla merce un gravissimo dazio, deve rispondere verso il committente per la inesecuzione delle istruzioni avute (2). Il commissionario deve anche

(1) Vidari, Op. c., 13.

(2) L'App. Venezia 11, marzo 1889, *Riedmiller* c. *Weiss* (*Temi Ven.*, 1889, 409), così decideva:

« Considerato che è di ragione e di legge che il mittente (articolo 396 cod. comm.) ha il diritto per qualsiasi motivo di sospendere il trasporto e di ordinare la restituzione delle cose trasportate, e che il mandatario (art. 383) è obbligato a render noti al mandante tutti i fatti che possono determinarlo a rivocare od a modificare il mandato.

« Ciò premesso, o l'incarico quale fu dato dalla ditta Riedmiller alla ditta Weiss era possibile ed essa doveva eseguirlo appuntino: od era (come infatti apparisce dal dispaccio ministeriale 15 marzo 1887 rimesso alla ditta Weiss) di impossibile esecuzione, perchè la dogana non si portava a giudizio di esperimento su campioni a comodo dei privati; ed in tal caso, era dovere della ditta mandataria di avvertirne la mandante (e ciò poteva farsi nel termine dei 3 giorni concessi dal regolamento doganale per far la dichiarazione; e poteva farsi tanto per telegramma che per lettera, ed anche invocando all'occorrenza la proroga di detto termine nel citato articolo contemplata), notiziando in tal modo la ditta Riedmiller che l'incarico, come era stato dato, era di impossibile attuazione, e che la ditta Weiss non aveva quindi il mezzo di acquistare la richiesta *certezza* che la partita dei vini bianchi sarebbe daziata a lire 4 al quintale; i quali fatti erano certamente tali da poter determinare la ditta Riedmiller a revocare od a modificare il mandato, e ad ordinare senz'altro il rinvio delle botti di vino bianco a Trieste, e quindi dovevano senza eccezione esserle riferiti. Ma a tale partita la ditta Weiss non si è attenuta, ed invece, colla sola incerta garanzia di una perizia privata, che asserisce di aver fatto eseguire, si azzardò di dichiarare per l'entrata l'intiera partita delle 10 botti. Tale contegno della ditta fratelli Weiss era contrario ed alle norme di condotta segnate dall'art. 353 del cod. di commercio, ed alla volontà esplicita e precisa della ditta mandante, che non fosse presentata la partita se ci fosse il menomo dubbio che non fosse daziata a lire 4. Ed il fatto dei rigori doganali, della sicura contestazione, delle incertezze del giudizio peritale erano tali da ingenerare anche un dubbio gravissimo. Da ciò risulta che la ditta Weiss coll'ommettere di avvertire la ditta Reidmiller della impossibilità di esecuzione del mandato per riguardo alla consegna dei campioni, fu negligente e civile il disposto dell'art. 353 del cod. di comm.; e col dichiarare per entrata la merce quando sussisteva il dubbio sulla entità del dazio che sarebbe stato applicato, violò il mandato ricevuto, il quale ordinava la sospensione della presentazione, quando « ci fosse il menomo dubbio » che « il vino non fosse ammesso al dazio di lire 4 ». Conseguenza ineluttabile di ciò è che a' termini dell'art. 356 del codice suddetto sia la ditta Weiss tenuta a sottostare agli effetti della negligenza avuta e dell'arbitrio commesso. Nè a tale conseguenza può sottrarsi la ditta fratelli Weiss pel fatto che una privata perizia avesse stabilito trattarsi di vino, e che precedenti spedizioni fossero state daziate a lire 4; perchè tutto ciò non escludeva la possibilità di un contrario apprezzamento da parte della regia dogana che mostravasi anzi severissima; e la ditta Riedmiller avesse autorizzato il daziato soltanto ove non vi fosse il menomo dubbio ».

sottoporre la merce che riceve a quelle procedure doganali e sanitarie che le leggi ed i regolamenti prescrivono, sotto pena di rispondere personalmente delle contravvenzioni nelle quali si incorresse per la mancata osservanza delle leggi e dei regolamenti (1).

Ricevuta la merce, il commissionario deve tenerla distinta dalle cose sue e da quelle che appartengono ad altri committenti (2) e deve custodirla lasciando inalterati i marchi ed i segni distintivi di fabbrica o di commercio, che le merci stesse, al caso, avessero (3). A termini dell'art. 354 è responsabile dei danni dai quali le merci fossero colpite e che non derivano da caso fortuito (4), da forza maggiore, da vizî delle cose stesse o dalla loro natura (5). Sicchè non è il caso di questionare sul grado di diligenza che dal commissionario deve essere prestata nella custodia delle merci ricevute, se deve prestare una diligenza esattissima, o la diligenza d'un regolato commerciante, o la diligenza che adopera nella custodia delle cose proprie: l'art. 354 determina in quali casi il commissionario non è responsabile; in tutti gli altri casi è responsabile provenga il danno dal fatto suo, o dal fatto delle persone delle quali in qualsiasi guisa si serve, o delle quali deve rispondere a termini delle norme generali relative alle responsabilità. Pel codice spagnuolo (6), in tutti i casi nei quali il commissionario è chiamato a rispondere dei danni risentiti dalla merce, il valore della merce si determina secondo il prezzo che la stessa faceva, nel giorno in cui il danno fu recato. Nel codice italiano non vi è alcuna disposizione eguale a quella dell'art. 150 del codice spagnuolo, ed in mancanza di un preciso disposto di legge è d'uopo ricorrere alle norme generali. Ora, per i principî generali relativamente al danno risarcibile, vale il principio che colui che ha il diritto di ottenere l'indennizzo, ha il diritto di ottenere lo equivalente di ciò a cui ammonta il pregiudizio che egli risente: questo pregiudizio può essere maggiore o minore di quello che egli può risentire, preso per punto di partenza del risarcimento il valore che la merce aveva al momento del danno; non può dunque esser preso questo valore come punto di partenza per determinare l'indennizzo. Meglio è affermare che in ogni singolo caso il magistrato determinerà a quanto ammonta il danno, tenuto conto di tutte le circostanze che saranno portate a sua cognizione dalle parti, senza esser punto tenuto a partire da uno piuttosto che da altro principio aprioristico, ed essendo solo intento al fine di porre il danneggiato in quella condizione patrimoniale nella quale si sarebbe ritrovato se il danneggiamento non si fosse verificato.

Spetta al commissionario dar le prove dell'evento che lo esonera da responsabilità, perchè è il commissionario che allega di esser liberato dalla obbligazione che a lui era addossata, e data la prova, il danno deve essere sopportato dal committente; ma questa prova sarebbe inutile nel caso in cui egli fosse in mora alla consegna della merce, qualora egli non provi anche che la perdita o l'avaria della merce sarebbe ugualmente avvenuta anche se egli non fosse incorso nella mora (7).

Sia pure il danno alla merce avvenuto per uno di quei fatti pei quali il commissionario non è responsabile, non per questo il commissionario cessa dall'avere delle obbligazioni. Perchè siccome egli deve agire come avrebbe agito il committente da regolato commerciante, e siccome il committente da regolato commerciante avrebbe cercato di attenuare quanto più era possibile le conseguenze del danno, così il commissionario deve ancora lui cercare di attenuare le conseguenze stesse, vendendo, anche ove ve ne fosse l'uopo, le merci danneggiate (8), se questo fosse il mezzo opportuno per attenuare il danno. Ma se il committente prevedendo il danneggiamento della merce del quale il commissionario non dovesse rispondere, avesse dato al commissionario istruzioni sul modo nel quale egli dovesse in tal caso comportarsi, il commissionario dovrebbe attenersi alle istruzioni ricevute, ammenochè le stesse non fossero di impossibile esecuzione, o si fosse in tale stato di cose non preveduto dal committente, in presenza del quale un regolato commerciante agirebbe in modo diverso da quello che nelle istruzioni fu tracciato.

Il ricevimento della cosa da parte del commissionario avviene al fine di eseguire l'incarico che a lui fu dato, e che egli si è assunto, col contratto di commissione; di qui la conseguenza che il commissionario non può servirsi delle cose ricevute senza l'espresso o presunto consenso del committente (9), ma deve adoprarle esclusivamente al fine che il committente col contratto di commissione intese raggiungere.

32. Il capitale rappresentato dalla merce spedita dal committente al commissionario è un capitale inoperoso fino a che la merce non sia stata venduta. Fino a che si tratta di produttore non commerciante può essere che non vi sia un interesse immediato ad avere a propria disposizione tutto o parte del capitale stesso; ma, se si tratta di produttore commerciante, o anche solo di commerciante, ognuno comprende che l'immobilizzazione temporanea del capitale rappresentato dalla merce spesso può impedire al produttore di accudire con maggior lena alla produzione e al commerciante di imprendere novelle operazioni, che potrebbero venire intraprese, se si avessero disponibili i capitali necessarî all'intento. Di qui l'interesse del committente a ottenere dal commissionario delle anticipazioni sulla merce a questi spedita.

Questo interesse del committente non può però essere dal

(1) Codice spagnuolo, art. 133, codice portoghese, art. 63, codice di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, art. 348. Il progetto preliminare di codice di commercio italiano, art. 414, conteneva espressa disposizione in proposito, che non venne inserita nè nel progetto definitivo, nè nel codice, perchè il principio si deduce dai principii generali relativi al contratto di commissione.

(2) Art. 382, 1 p., codice commerciale.

(3) Art. 3, legge 30 aprile 1868, n° 4577, 152, codice spagnuolo, 73 codice portoghese, 358, codice di Buenos-Ayres e dell'Uruguay; Vidari, Op. cit., 132.

(4) L'art. 353 del testo approvato dal Parlamento accennava alla sola *forza maggiore*, ma l'ultima Commissione, come risulta dal processo verbale n° 73, allo scopo di mettere in armonia la dizione dell'articolo con quelle degli altri articoli dello stesso codice (art. 427, 434) e con quella del codice civile (art. 1126, 1621), volle espressamente aggiunte le parole *caso fortuito*. L'art. 367 del codice germanico è invece così redatto: « Il commissionario è responsabile per la perdita e per l'avaria della mercanzia, mentre si trovava in sua custodia, se non prova che la perdita o l'avaria sia stata prodotta da circostanze che non si potevano evitare colla diligenza propria di un regolato commerciante ».

(5) Art. 146, 150 codice spagnuolo, 170 codice brasiliano, 351 codice di Buenos-Ayres e dell'Uruguay.

(6) Art. 150.

(7) Art. 1298, cap. 1, codice civile; Vidari, Op. cit., 14.

(8) Vidari, l. cit.

(9) Cfr. art. 1846 codice civile e 358 codice commerciale.

legislatore tenuto in tanto conto, da fare delle anticipazioni sulla merce una obbligazione particolare, propria del contratto di commissione; posto che di essenza del contratto di commissione è l'obbligazione che assume il commissionario di trattare un affare in proprio nome per conto del committente, l'anticipazione sulla merce dal committente spedita non diviene che un accidente del contratto stesso; il commissionario in forza del solo contratto di commissione non è obbligato a fare anticipazioni al committente (1). Può darsi però che una tale obbligazione vi sia; quando le parti hanno espressamente convenuto che l'anticipazione debba esser fatta, non vi può esser dubbio sulla esistenza da parte del commissionario della obbligazione di fare quella anticipazione alla quale egli si è obbligato. Ma anche senza espressa convenzione, se è uso commerciale che il commissionario faccia al committente delle anticipazioni sulle merci speditegli, non vi può esser dubbio sulla esistenza nel commissionario della obbligazione di anticipare quelle somme che secondo l'uso si anticipano, quando in modo espresso nella accettazione della commissione non abbia dichiarato di non volersi conformare all'uso.

33. Può avvenire che il committente spedisca al commissionario titoli di credito.

Se ciò avviene, è obbligo del commissionario di fare tutti gli atti necessari sia, se del caso, per la realizzazione dei titoli, sia per salvaguardare i diritti del committente. E però deve, se ve n'è d'uopo, provvedere a farli accettare, ad elevare i necessari protesti, a richiedere la cauzione, nei casi nei quali il possesso del titolo dà diritto di richiederla, a riscuotere gli interessi e le altre corresponsioni che al possessore del titolo fossero dovuti, ed è responsabile del pregiudizio che il committente venisse a risentire in seguito alla trascuranza nel compiere gli atti necessari (2).

Basta che il committente provi che il commissionario ha da lui ricevuto titoli, pei quali un regolato commerciante avrebbe proceduto ad atti, perchè il commissionario sia tenuto a provare, onde esentarsi da responsabilità, che gli atti furono compiuti; ma, se il committente fonda le sue domande sull'avvenuto compimento da parte del commissionario degli atti, egli deve provare che gli atti furono effettivamente compiuti. In questo caso non è pel ricevimento dei titoli che il committente sostiene esser sorti in lui dei diritti, ma pel fatto degli atti compiuti; è dunque un fatto nuovo che egli allega, e di tal fatto egli deve dar le prove. Ma, per dare tale prova, egli può servirsi di qualunque mezzo ammesso dalla legge commerciale; e però, se il committente basa le sue domande sulla avvenuta riscossione da parte del commissionario della lettera di cambio dal commissionario stesso ricevuta, è tenuto a provare l'avvenuta riscossione, ma per dare tale prova può servirsi di qualunque mezzo legale, e non è punto necessario che produca la lettera di cambio dal commissionario quitanzata (3), dal momento che, dovendo essere la cambiale quitanzata presso colui che fece il pagamento, l'esercizio, da parte del committente, di un suo diritto, sarebbe rimesso all'arbitrio di un terzo estraneo ai rapporti che passano fra committente e commissionario.

34. Salvi gli effetti che si originano a termini degli art. 707, 1242 codice civile, 57, 287, 1ª parte, codice commerciale verso i terzi dal possesso che il commissionario abbia delle cose dal committente rimessegli e dei crediti, dal momento che nei suoi rapporti col committente, il commissionario non è che un mandatario, il commissionario non diviene proprietario della merce, crediti, titoli dal committente rimessigli e che egli si trovi a detenere per effetto del contratto di commissione; la proprietà delle cose resta sempre presso il committente. Di qui ne viene che nel caso di fallimento del commissionario il committente può rivendicare le rimesse in cambiali od altri titoli di credito non ancora pagati e che sono posseduti in natura dal fallito nel giorno della sentenza dichiarativa di fallimento; dal momento che esistendo il contratto di commissione, queste rimesse non possono essere state fatte dal proprietario che con semplice mandato di fare la riscossione e di custodire il valore per suo conto, o con destinazione da parte del proprietario ai pagamenti necessari per l'esecuzione della commissione (4); dal momento, cioè, che in materia di commissione necessariamente esistono le condizioni dall'articolo 802 cod. commerciale volute acciò si possa far luogo alla rivendicazione. Ne viene anche che il committente può rivendicare, se posseduta in natura in tutto od in parte nel giorno della sentenza dichiarativa di fallimento, la merce che ha consegnata a titolo di deposito per essere venduta per conto del committente stesso (5). Indipendentemente dal fallimento del commissionario, il committente può rivendicare, nei casi in cui ciò è ammesso a termini del diritto comune, le merci e i titoli che il commissionario abbia trasferiti ai terzi.

35. Se il commissionario ha ricevuto danaro od ha realizzato i titoli di credito ricevuti, od in forza dei titoli stessi ha riscosso somme, deve impiegare ciò che ha ricevuto nella esecuzione dell'incarico conformemente a quanto fu nel contratto stabilito. Di qui però non ne viene che il commissionario sia sempre ed in qualunque caso un semplice depositario del danaro ricevuto e sia verso il committente debitore di cosa certa (6). Indubbiamente, se il commissionario ha ricevuto il danaro coll'obbligo di tenerlo distinto dalle altre cose sue per impiegarlo nella esecuzione dell'incarico di mano in mano che se ne veniva a presentare l'occasione, e il commissionario si è conformato all'obbligo

(1) Cassaz. Napoli, 13 aprile 1869, *Romano* c. *Labonini* (*Gazzetta Proc.*, IV, 232); Cass. Roma, 26 febbraio 1877, *Ditta Borridi* c. *Cavalieri* (*Legge*, 1877, 705).

(2) Fu giudicato che il commissionario quale mandatario salariato è tenuto con rigore ai danni verso il committente per l'inesecuzione dell'incarico per esso assunto. Trattandosi però di cambiali a vista, ma tratte sopra un governo, onde le accetti e le paghi, quando lo creda opportuno, secondo le condizioni del proprio erario, il portatore non ha obbligo di presentarle per l'accettazione nei termini dell'art. 246 del codice di commercio del 1865 (art. 261 codice vig.) e di levare protesti a termini degli art. 206, 239, 248, 259 cod. stesso (art. 267, 296, 303 cod. vig.). Così il commissionario all'ordine del quale il committente ha tratto tale lettera di cambio, senza valore fornito, e solo perchè ne curi il pagamento verso il governo debitore, non incorre responsabilità per l'inosservanza degli obblighi di cui i citati articoli, ma deve solo curare l'accettazione ed il pagamento colla diligenza d'un buon padre di famiglia (Cassaz. di Firenze, 9 dicembre 1873, *Cardelli* c. *Giovannini*: *Legge* 1874, 605). Vedi anche App. Genova, 23 giugno 1874, *Vandoni* c. *Traversi* (*Giur. ital.*, 1874, 358).

(3) App. di Genova, 23 giugno 1874, *Vandoni* contro *Traversi* (*Giur. it.*, 1874, 358).

(4) Art. 802 cod. comm.

(5) Art. 803 I p. cod. comm. — Vedi **Fallimento**, n. 96.

(6) Vedi Vidari, Op. cit. 124.

assunto, il commissionario stesso è un semplice depositario, debitore di cosa certa, ma d'altro lato certamente non è uso del commercio che ciò avvenga. In commercio il danaro dato o ricevuto da un commerciante è portato in conto dare od avere; chi lo riceve, anche se lo riceve per farne un uso determinato, lo riceve a titolo di deposito irregolare, non è debitore di cosa certa (1) ma è debitore soltanto di somma, salvo non vi sia un espresso patto in contrario. L'art. 409, prima parte, del progetto preliminare conformemente agli art. 131 codice spagnuolo, 60 codice portoghese, 181 codice brasiliano, 375 codice di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, disponeva che « il commissionario è responsabile del danaro che detiene *di proprietà* del committente anche in caso di perdita o di danno derivante da caso fortuito o da forza maggiore, se non vi è convenzione contraria ». Ma contro le parole *di proprietà del committente* venivano elevate assennate osservazioni dalle Corti d'appello e dalle Camere di commercio. Le più autorevoli di tali osservazioni sono quelle della Corte d'appello di Brescia e della Camera di commercio di Milano (2). La prima osservava che dipende dai singoli casi il determinare se il commissionario sia debitore di cose in genere o semplice detentore di danaro di proprietà del committente; e la seconda osservava che l'articolo non era giuridicamente esatto, perchè non si saprebbe concepire il caso di una persona che detenga denari di altrui proprietà se non quando si tratta di deposito regolare; in tutti gli altri casi la persona che riceve per un titolo qualsiasi una somma di denaro, e quindi anche in dipendenza di un mandato, diventa per ciò stesso debitrice della somma corrispondente. E quelle autorità che non chiedevano la soppressione dell'articolo domandavano che le parole *di proprietà* fossero sostituite dalle altre *per conto, che esige per conto, in dipendenza della commissione*. L'articolo che vi era nel progetto preliminare non figurò nè nel progetto definitivo nè nel codice, e però questa materia fu lasciata alle norme generali: il commissionario sarà depositario regolare del denaro se per patto espresso fu costituito depositario regolare, se non vi fu patto espresso sarà depositario irregolare ed in questo caso il pericolo della somma ricevuta sarà a carico del commissionario non già del committente, e la sua responsabilità non viene meno anche se, avendo tenuto distinto il denaro ricevuto da o per conto del committente, egli venga del denaro stesso derubato (3).

Pell'art. 358 cod. comm. il commissionario che distrae dal fine prescritto le somme ricevute per conto del committente è debitore degli interessi (4). Nel caso di deposito regolare havvi distrazione tutte le volte che il commissionario adopera il denaro del committente per scopi diversi da quelli che gli furono stabiliti senza far distinzione fra il caso in cui il danaro del committente fu adoperato a profitto del committente stesso, ma per scopo diverso da quello prefisso, o fu adoperato a profitto del commissionario o di un terzo (5). Ma nel caso di deposito irregolare di questo uso delle cose materialmente ricevute in fini diversi da quelli stabiliti, non se ne può discorrere: in questo caso il commissionario diviene proprietario delle cose ricevute e non è che semplice debitore di somme. Ne viene da ciò che nel caso di deposito irregolare che come si è detto è il caso normale che si verifica nella pratica, non si possa parlare di *distrazione?* Ciò sarebbe un errore! Il committente dà al commissionario il denaro perchè possa fare quanto è necessario ad eseguire l'incarico: il commissionario è tenuto quando si presenti l'occasione ad esborsare il denaro ricevuto: se presentandosi l'eventualità di disporre delle somme ricevute per l'esecuzione dell'incarico non dispone delle somme stesse, la posizione del commissionario è eguale a quella che nel caso di deposito regolare si verifica colla devoluzione delle cose materialmente ricevute in fine diverso da quello stabilito, il committente non può godere di quei benefici che egli si riprometteva ottenere dando al commissionario i mezzi necessari acciò l'incarico venisse adempiuto; vi ha dunque la distrazione di cui parla l'art. 358 del codice di commercio.

Il mandatario civile è tenuto all'interesse delle somme che ha impiegato a proprio uso dalla data del fattone impiego (6); pell'art. 358 codice di commercio in quella vece il commissionario è tenuto all'interesse delle somme distratte dal giorno in cui le ha ricevute. La ragione di questa differenza sta nella qualità di irregolare che ordinariamente ha il deposito commerciale di danaro. Col ricevimento delle somme il mandatario commerciale le fa proprie, non è debitore delle cose, ma delle somme ricevute. Il fatto di non disporre delle somme ricevute al presentarsi della eventualità nella quale la disposizione era necessaria, retrotrae i suoi effetti al momento in cui la somma è stata ricevuta, al momento in cui il commissionario l'ha fatta propria. Questa ragione della legge stabilisce il limite di applicabilità dell'art. 358 codice commerciale; questa disposizione di legge è applicabile ognoraquando havvi deposito irregolare, ma se in quella vece si trattasse di deposito regolare sarebbe d'uopo fare applicazione del principio di cui all'articolo 1780 codice civile.

Perchè il commissionario abbia l'obbligo di pagare l'interesse sulla somma ricevuta e distratta dal momento in cui la ha ricevuta, è d'uopo che consti in quale momento il ricevimento abbia avuto luogo; se non consta quale sia stato questo momento, manca uno degli estremi di fatto necessari per determinare il quantitativo della obbligazione del commissionario, e di conseguenza non sarà tenuto agli interessi che dal momento in cui, dovendo fare l'esborso della

(1) Vedi Cass. Torino, 17 marzo 1873, *Magani* contro *Gini* (*Ann.* 1873, 228).

(2) *Osservazioni e pareri* ecc., pag. 548 e seg.

(3) Cass. Torino, 17 marzo 1873, *Magani* c. *Gini* (*Ann.* 1873, 228). La decisione è così motivata:

« Attesochè le conseguenze di un infortunio devono di regola essere sopportate da colui che ne è colpito, ed i guasti e la perdita di una cosa qualunque vanno in favore o a danno del proprietario di essa; *res perit domino*.

« Attesochè il prezzo della cosa entrato nella cassa del commissionario Magani era divenuto cosa di sua proprietà; verso il committente egli aveva debito del mero ammontare di quel prezzo, che poteva soddisfare con qualsivoglia modo legittimo di pagamento; egli era un semplice debitore di somma, e non un depositario di cose o valori da custodirsi in ispecie e natura per conto e rischio del proprietario; che se il commissionario aveva già tolto dalla sua cassa la somma necessaria per estinguere un tal debito, ed erasi avviato per farla tenere al creditore, tuttavia quella somma proseguiva ad essere di sua proprietà, e poteva egli cangiarne destinazione finchè non l'avesse definitivamente consegnata; che se lungo il viaggio egli l'ha perduta o gli fu rubata, la perdita cade a suo danno perchè la cosa era sua ».

(4) Art. 141 cod. spagnuolo, 59 cod. portoghese, 180 cod. brasiliano, 371 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay.

(5) Vedi Vidari, Op. cit., 20.

(6) Art. 1750 cod. civ.

somma che consta essere stata da lui ricevuta, egli non fa l'esborso della somma stessa, o dalla sua costituzione in mora (1). Senza constare il momento preciso in cui il commissionario ha ricevuto la somma che egli ha distratta, può constare che egli ad un'epoca determinata la aveva già riscossa; in questo caso l'interesse sulla somma distratta decorre dall'epoca nella quale consta che la riscossione era già avvenuta.

L'art. 411 del progetto preliminare stabiliva l'obbligazione del commissionario di pagare gli interessi *correnti*, ma non poteva tale disposizione essere inserita nella legge senza contrariare il principio generale contenuto nell'art. 1831, capoverso, codice civile relativamente al tasso degli interessi legali, deroga che non poteva essere giustificata da nessuna ragione speciale alla commissione. Però nell'art. 358 del codice non fu inserito accanto al nome *interessi* l'aggettivo *correnti*, e questa materia restò regolata dall'articolo 1831, capoverso, codice civile: il commissionario sarà tenuto a pagare gli interessi nella ragione del 6 per cento annuo.

Il commissionario che distrae dal fine prescritto la somma ricevuta dal, o pel committente, non solo è tenuto agli interessi, ma è anche responsabile per l'inesecuzione del contratto, ed è salva, nel caso di dolo o frode, l'azione penale (2), perchè anche il commissionario, che converte in proprio profitto ciò che presso di lui fu depositato onde ne faccia un uso determinato, si rende colpevole di appropriazione indebita (3).

36. Il codice di commercio dispone in modo espresso solo relativamente alla distrazione delle somme. Ma da ciò non ne deriva che nessun effetto giuridico si produca a danno del commissionario che distragga merci o valori. Distraendo merci o valori il commissionario agisce come fossero di sua spettanza cose che non lo sono punto; egli si trova a detenere merci o valori non già per l'utilità propria ma per l'utilità del committente; distraendoli, egli manca all'adempimento delle sue obbligazioni. In questo caso non si produrrà l'obbligo del pagamento degli interessi, ma il commissionario sarà responsabile del pregiudizio dal committente risentito per la inesecuzione del contratto, e nel caso di dolo o frode vi sarà anche l'azione penale contro il commissionario infedele.

37. Per il solo fatto che l'incarico gli fu conferito, ed egli accettò di eseguirlo, il commissionario non è autorizzato a trattare l'affare commessogli, se nel tempo che decorse fra la dazione dell'incarico ed il momento in cui egli intenda mandarlo in esecuzione, si è avverato un tale cangiamento nello stato delle cose che, se fosse stato preveduto dal committente, questi non avrebbe dato l'incarico, o lo avrebbe dato con istruzioni diverse. Evidentemente può avvenire che nel tempo che decorse fra la dazione dell'incarico ed il momento in cui il commissionario intende eseguirlo, una operazione che si mostrava vantaggiosa, pel mutato stato delle cose si presenti tale, che un regolato commerciante si guarderebbe bene dal compierla; e se non la compirebbe la persona direttamente interessata, non la deve compiere il mandatario di questa: il commissionario non viene investito dell'incarico che per fare quanto il committente da regolato commerciante avrebbe fatto. D'altra parte è principio fondamentale del mandato, che il mandante fino a quando l'operazione non è compiuta possa revocare o modificare i suoi ordini, perchè il mandato non essendo dato e non venendo eseguito nell'interesse del mandatario, ma nell'interesse del mandante, questi deve essere libero di provvedere come crede al proprio interesse. In considerazione di ciò l'art. 353 codice di commercio fa speciale obbligo al commissionario di render noti al committente tutti i fatti che possono determinarlo a revocare o modificare l'incarico, ed avverandosi di tali fatti, il commissionario non può trattare l'affare senza provocare dal committente la conferma dell'incarico o delle istruzioni che in precedenza gli erano state date. L'obbligo di portare a conoscenza del committente tali fatti vi è anche quando i fatti sono tali che la loro notizia è generale nel mondo commerciale, ed il committente è commerciante; perchè il commissionario non può sapere se il committente sia o no venuto a conoscenza dei fatti stessi; il disposto dell'art. 353 del codice di commercio è generale. Non ne viene però da questo che, se il commissionario sappia che il committente è a conoscenza del nuovo stato di cose, egli sia tenuto a darne notizia: lo scopo della legge quello si è di fare in modo che il committente non sia all'oscuro dei fatti che possono influire sulle sue determinazioni ulteriori; quando il committente è a conoscenza di tali fatti, l'azione del commissionario è perfettamente inutile, e però non si può far carico al commissionario della sua ommissione.

La legge non determina, e naturalmente non poteva determinare attesa la varietà dei casi avvenibili, quali in concreto sono gli avvenimenti che dal commissionario devono essere portati a conoscenza dal committente; sicchè è lasciato al criterio del commissionario il giudicare se un avvenimento sia tale da dovere o no essere portato a conoscenza del committente. Ma non è già che il commissionario sia reso arbitro assoluto in questa materia, egli deve agire colla diligenza di un regolato commerciante (4), e del suo giudizio, sia se l'avvenimento è tale da dover sospendere l'esecuzione dell'incarico fino a nuove istruzioni, sia se ad onta dell'avvenimento egli debba dar corso alla operazione, è responsabile di fronte al committente. Ma nel giudicare della responsabilità del commissionario i tribunali devono star lontani tanto da un soverchio oggettivismo, quanto da un soverchio soggettivismo. Non possono far carico cioè al commissionario di non aver portato a conoscenza avvenimenti che nel fatto avrebbero indotto il committente a revocare o modificare l'incarico per fini suoi particolari che non erano, nè potevano essere dal commissionario cono-

(1) Fu giudicato che, se consta che il commissionario ha ricevuto dal trattario il pagamento della lettera di cambio, e non consta l'epoca del pagamento, l'obbligo di pagare gli interessi al committente non può mettersi a suo carico se non dal giorno in cui fu legalmente costituito in mora, e se tale costituzione avvenne mediante domanda giudiziale dal giorno di questa (App. Genova, 23 giugno 1874, *Vandoni* c. *Traversi*: *Giur. It.*, 1874, 318).

(2) Art. 358 cod. comm. it., 141 cod. spagnuolo, 180 cod. brasiliano, 371 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay.

(3) Trib. Napoli, 3 giugno 1881, *De Laurentis* (*Gazz. Proc.*, XVI, 235). La Cass. di Roma, 24 aprile 1896, *Bergamini*, *Riv. pen.*, vol. XLIV, pag. 86 m., decideva che anche nel contratto di commissione può avvenire l'interversione, estremo indispensabile per la appropriazione indebita, come quando il commissionario volge a suo profitto, senza darne conto al committente, il ricavato di una vendita.

(4) Vedi Delamarre e Le Poitvin, Op. cit. II, n. 251; Vidari, Op. cit., 15.

sciuti, ma che non potevano in via ordinaria influire sulle decisioni di un regolato commerciante; devono far carico al commissionario del non aver portato a conoscenza del committente avvenimenti che in via ordinaria non potevano influire sulle decisioni di un regolato commerciante, ma che per le circostanze speciali dell'incarico concessogli, per la conoscenza che il commissionario aveva, per esempio, dei fini che il committente si proponeva di raggiungere dalla operazione, il commissionario stesso sapeva o doveva saper essere influenti sulle decisioni del committente relativamente alla revoca od alla modificazione dell'incarico. In questa materia è tutta questione di fatto che il magistrato può decidere solo con un attento esame di tutte le circostanze della causa.

L'art. 410, prima parte, del progetto preliminare faceva obbligo al commissionario di notificare senza ritardo al committente ogni danno sofferto dagli oggetti che il commissionario stesso riceve o detiene. Questa disposizione non fu riprodotta nel progetto definitivo e nel codice, ma da ciò non ne viene che il commissionario non abbia mai l'obbligo di denunciare al committente tali danni. Perchè se il danno sofferto dalla merce è un avvenimento tale che nella specialità del caso possa indurre il committente a revocare o modificare l'incarico, l'avvenimento è uno di quelli che a termini dell'art. 353 del codice di commercio deve essere portato a conoscenza del committente stesso. Per dirla in altri termini, dell'obbligo del commissionario di far noti al committente i danni sofferti dalla cosa che il commissionario detiene, si dovrà giudicare cogli stessi criterî coi quali si giudica dell'obbligo di dar notizie al committente dei fatti che possono determinarlo a revocare o modificare l'incarico.

38. Accettato l'incarico, il committente è tenuto ad eseguirlo (1), e dal momento che tutte le parti della commissione possono essere legate fra loro da un intimo nesso economico, e tutte essere subordinate a certi scopi che il committente si propone di raggiungere, e che per contrario non sarebbe possibile ottenere quando la commissione fosse eseguita in parte si ed in parte no, così la commissione nei termini nei quali fu conferita ed accettata, nella sua esecuzione è indivisibile (2), quantunque costituita da atti diversi (3). In una forma non troppo felice, era questo il concetto manifestato dall'art. 404 del progetto preliminare: la commissione è indivisibile; una volta accettata, si intende accettata in tutte le singole parti delle quali consta (4). Nè nella forma nella quale era stato redatto, nè in una forma più corretta, l'art. 404 del progetto preliminare fu inserito nel progetto definitivo e nel codice; ma ciò non toglie che il principio non si debba considerare come avente valore giuridico perchè discende dalla stessa necessità delle cose.

Nella esecuzione dell'incarico accettato il commissionario deve usare la diligenza di un regolato commerciante (5): siccome si versa in materia tecnica è quella diligenza che tecnicamente si suole usare, che deve esser prestata, in questa formula specifica convertendosi nella materia tecnica della quale ci si sta occupando la formula generica contenuta nell'art. 1224 codice civile. Se non la usa, risponde tanto pel dolo quanto per la colpa (6). Riguardo alla colpa però il cap. dell'art. 1746 codice civile stabilisce che la responsabilità del mandatario è applicata quando il mandato è gratuito meno rigorosamente che nel caso contrario. Delamarre e Le Poitvin (7) ritengono che, in forza di questa disposizione di legge, sia il mandato gratuito ed oneroso, avvi sempre la responsabilità nel mandatario: solo, quando il mandato è gratuito, il giudice che ritiene colposo il fatto del mandatario deve condannarlo per danno ad una somma minore di quella alla quale lo avrebbe condannato se il mandato fosse stato oneroso. Ma ciò è erroneo! Il cap. dell'art. 1746 del codice civile non è che l'applicazione del principio contenuto nell'art. 1224 codice stesso. Pel capov. di quest'ultimo articolo non è già sulla liquidazione del danno che il maggiore o minor rigore delle regole contenute nella prima parte dell'articolo stesso esercita la sua influenza, ma è sull'apprezzamento della diligenza che l'obbligato era tenuto a prestare. In altre parole, la diligenza di un buon padre di famiglia nelle obbligazioni ordinarie, che è la diligenza del regolato commerciante nelle obbligazioni commerciali, è una formula vaga capace di essere ristretta ed allargata, esigendo ora una diligenza maggiore, ora una diligenza minore, e però, in presenza delle stesse circostanze di fatto ritenendo ora adempiuta ed ora non adempiuta l'obbligazione; ritenendola adempiuta quando è voluta una diligenza minore, inadempiuta quando ne è voluta una maggiore. Nella specialità del mandato, quando il mandato è gratuito si esige da parte del mandatario una diligenza minore di quella che si esige quando il mandatario percepisce un compenso. È questo il significato del capoverso dell'art. 1746 codice civile: l'importare del danno è una cosa di fatto che non può essere diminuita od accresciuta a seconda dei casi: o l'obbligazione è adempiuta, ed allora non è il caso di

(1) Art. 1745 cod. civ.

(2) Art. 343 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay.

(3) Vidari, Op. cit., 10 e 122.

(4) Quest'ultimo inciso era manifestato colle parole « accettata in una parte, si considera accettata in tutto », ciocchè preso alla lettera era giuridicamente inesatto. L'accettazione della commissione in una parte non equivale ad accettazione intiera, ma ad accettazione limitata, ciocchè a termini dell'art. 37 cod. comm. è un rifiuto della proposta, accompagnato da nuova proposta. In quella vece l'accettazione generica della commissione porta necessariamente l'accettazione delle singole parti delle quali consta, perchè, essendo la parte compresa nel tutto, l'accettazione del tutto importa l'accettazione di ciò che concorre alla formazione del tutto stesso.

(5) Delamarre e Le Poitvin, III, 6; Vidari, Op. cit. II, 122; Chironi, *Colpa contrattuale* (Torino, 1884), n. 132. Sul proposito fu giudicato:

La responsabilità del committente verso il commissionario è regolata dalle disposizioni della legge civile relative al mandato in quanto siano conciliabili colla natura del contratto di commissione, e colle consuetudini del luogo ove il contratto fu stipulato o deve essere eseguito (App. Torino, 9 dicembre 1871, *Andizzoja* c. *Peluffo: Ann.*, 1871, 280).

Il commissionario è tenuto ad una diligenza esattissima (Cass. Torino 30 luglio 1867, *Razeto* c. *Giammello: Ann.*, 1868, 270).

Il commissionario quale mandatario salariato è tenuto con rigore ai danni verso il committente per l'inosservanza dell'incarico per esso assunto (Cass. Firenze 9 dicembre 1873, *Cardelli* c. *Giovannini: Legge*, 1874, 1, 605; App. Genova, 23 giugno 1874, *Vendoni* c. *Traversi: Giur. it.*, 1874, 318).

Nelle commissioni si esige quella diligenza il cui criterio è menzionato nella L. 1 § 4. D. *de obl. et act.*, 44, 5 (Cass. Torino, 30 giugno 1881, *Sala* c. *Smrcker: Ann.*, 1881, 281.

(6) Art. 1746, 1 p.. cod. civ.

(7) III, n° 6.

parlare d'indennizzo, o è inadempiuta ed il danno è dovuto nel suo intero importare (1).

Il commissionario risponde tanto del fatto proprio (2) quanto del fatto dei suoi institori (3), commessi viaggiatori (4) ed impiegati (5). Risponde anche del fatto dei suoi mandatari diversi da quelli or ora nominati, quando non gli fu concessa la facoltà di sostituire alcuno, e quando tale facoltà gli fu concessa senza indicazione della persona, e quella da lui scelta era notoriamente incapace o non solvente (6). Ma se gli fu concessa la facoltà di sostituire a sè altre persone, ed egli fece la sostituzione nei limiti delle facoltà concessegli, egli non risponde del fatto del sostituto. Senza una espressa clausola però il commissionario non sarebbe esentato dal rispondere del fatto dei suoi institori, commessi viaggiatori, ed impiegati anche se nell'atto nel quale gli si diede l'incarico gli fosse stata data espressa autorizzazione di valersi dell'opera di queste persone, dovendosi in tal caso ritenere essere stato intendimento delle parti di togliere i dubbi che potevano sorgere sulle facoltà competenti al commissionario, non quello di esentare il commissionario dal rispondere del fatto delle persone che sono sotto la sua diretta dipendenza e direzione.

39. Venendo alla specialità della esecuzione dell'incarico, il commissionario deve eseguire l'incarico entro il termine stabilito dal committente, e, nel caso in cui nessun termine sia stato prefisso, nel termine entro il quale secondo le consuetudini commerciali la commissione deve essere eseguita.

L'Appello di Genova (7) giudicò che le commissioni date ed impegnate con dispaccio telegrafico da piazza a piazza, senza prefissione di termine, per compra-vendita di spiriti, o di altri generi soggetti a continue mutazioni di prezzo, si intendono vincolate alla condizione del loro eseguimento ed analogo avviso, entro quarantotto ore successive al dato impegno. In questa decisione havvi un punto esatto, ed un punto erroneo. Il punto erroneo sta nella prefissione di un termine assoluto, entro il quale la commissione deve essere eseguita; non havvi alcuna ragione di prefiggere il termine di quarantotto ore, invece del termine di ventiquattro o di settantadue, dal momento che, essendo continue le mutazioni dei prezzi, la mutazione può avverarsi in uno qualunque di questi termini. Il punto esatto sta nel riconoscere che la commissione per compra-vendita di cose soggette a continue mutazioni di prezzi, deve essere eseguita entro un termine breve, perchè, con tutta probabilità, quando il tempo che decorre fra la dazione e l'esecuzione dell'incarico è breve, continuerà a sussistere quello stato di cose, in considerazione del quale la commissione fu data. Ciò dà il mezzo di stabilire un criterio generale relativamente al termine entro il quale la commissione di cose soggette a continue mutazioni di prezzi deve essere eseguita; tale commissione deve essere eseguita in quel termine entro il quale, con tutta probabilità, non saranno per verificarsi sensibili mutazioni dei prezzi delle cose da vendersi o da comprarsi. Solo la tecnica commerciale può dare il mezzo di stabilire in concreto il termine pei varî casi; la teorica giuridica non può dare che il principio astratto or ora enunciato.

Il termine entro il quale la commissione deve essere eseguita può risultare dalla natura stessa dell'affare da trattarsi; così, per esempio, se si tratta di assicurare cosa del committente, la commissione deve essere eseguita prima che la cosa sia esposta ai rischi pei quali l'assicurazione deve essere fatta, che altrimenti pel termine che decorre dalla esposizione della cosa ai rischi, ed il momento in cui l'assicurazione viene fatta rimane ineseguita la commissione.

40. Le anticipazioni al terzo col quale il commissionario tratta, la vendita a fido, od altre operazioni pure a fido, pongono colui che corre l'altrui fiducia nella possibilità di non poter riscuotere in tutto od in parte il proprio avere. Fino a che la persona tratta direttamente i propri affari, la stessa è nella condizione di poter conoscere colui al quale si stesse per accordare il fido, e di compiere o no l'operazione a seconda che la persona stessa ispira o no fiducia. Ma, quando l'affare viene trattato a mezzo di commissionario, il committente non sempre, anzi, per dir meglio, ben di rado, può essere in condizione di sapere, a tutta prima, quale sarà la persona colla quale l'affare sarà trattato, e però se la persona meriti tal grado di fiducia da poter avere la maggior possibile sicurezza che la stessa sarà per mantenere i propri impegni, e però qualora il commissionario fosse senz'altro autorizzato, in forza del generico incarico a lui dato, di fare operazioni a fido, l'interesse del committente si potrebbe trovare compromesso. Per evitare tali inconvenienti alcune consuetudini, quelle della piazza a Venezia (8) e quelle della piazza di Trieste (9) conformemente agli art. 154 codice spagnuolo, 52 portoghese, 362, 1ª parte, codice di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, 369, ultimo capoverso, codice germanico, non riconoscevano al commissionario la facoltà di compiere operazioni a fido. Il codice di commercio seguì il dettato di tali consuetudini e legislazioni, ed adottando quella forma che era possibile adottare in tale materia proibì al commissionario di fare operazioni a fido senza autorizzazione del committente. Si disse adottando quelle forme che era possibile adottare in tale materia, poichè una proibizione fatta in forma assoluta sarebbe stata perfettamente inutile. Qualora la legge avesse dichiarato che il commissionario non può fare operazioni a fido, il committente, attesa la nessuna ingerenza che egli ha nella trattazione dell'affare fra commissionario e terzo sarebbe nella impossibilità di far rispettare il divieto: la legge dunque doveva limitarsi, come si limitò, a stabilire le sanzioni a carico del commissionario che senza autorizzazione fa operazioni a fido. Quali sieno queste sanzioni lo si vedrà a luogo opportuno; qui null'altro si deve rilevare se non che per l'art. 384, prima parte, codice di commercio il commissionario senza autorizzazione del committente non può fare anticipazioni al terzo col quale tratta l'affare, vendita a fido, ed altre operazioni pure a fido (10).

Ma quali operazioni dovranno esser ritenute per operazioni a fido? Il primo concetto che ci si affaccia quello si è che

(1) Cfr. art. 1218 cod. civ.

(2) Tribunale di commercio di Messina, 15 luglio 1873, *Brenot c. Calindo* (*Temi Zancl.* 1873, 37).

(3) Art. 368 cod. comm.

(4) Art. 377 cod. comm.

(5) Cfr. art. 1153 cod. civ

(6) Art. 1748, prima parte, cod. civ.

(7) 27 maggio 1869, *Rossi e Friedenthal c. Cremonini* (*Legge*, 1871, I, 132).

(8) Art. 14.

(9) Art. 14.

(10) Vidari, Op. cit., 141.

operazioni a fido sieno tutte quelle nelle quali non vi è la immediata esecuzione del contratto conchiuso: in questo senso sarebbe operazione a fido una vendita a termine, anche se il compratore dovesse pagare il prezzo al momento del ricevimento della cosa. Non è così esteso il significato che in commercio vien dato al nome *operazione a fido:* quando una delle parti deve adempiere le sue obbligazioni all'atto stesso nel quale l'altra deve adempiere le sue, ci sia pure un termine per l'adempimento delle obbligazioni rispettive, di *fido* non si parla. Vi sarà dunque operazione a fido ognoraquando una delle parti non adempie alle proprie obbligazioni all'atto stesso in cui l'altra adempie le proprie? Anche questo è da escludersi; il cap. dell'art. 384 codice di commercio, conforme agli art. 157 codice spagnuolo, 52 codice portoghese, 362, cap. I, cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, 369, cap. II, codice germanico, dichiara che il commissionario anche non autorizzato a fare operazioni a fido si presume autorizzato a concedere i termini d'uso nella piazza ove fa l'operazione, se il committente non ha disposto altrimenti. Il concetto di operazione a fido sarà dunque un concetto intermedio fra i due estremi, che, come si è veduto, sono da escludersi: per operazione a fido dovrà intendersi quella nella quale una delle parti adempia la propria obbligazione e non esiga dall'altra il contemporaneo adempimento della propria, senza che sia d'uso nella piazza ove l'operazione viene fatta l'adempimento successivo delle rispettive obbligazioni.

Se al commissionario vengono date cambiali, l'operazione sarà a fido se viene consegnata una accettazione diretta od una tratta da colui col quale l'affare fu concluso: se viene girata una cambiale che sia stata girata a colui col quale l'affare fu concluso e che sia pagabile a vista, sarà d'uopo ritenere che l'operazione non è a fido, salva dimostrazione che al titolo all'ordine fu data quella forma per eludere le disposizioni del codice relative al divieto delle operazioni a fido. Ma se la cambiale non è a vista, siccome il committente sarebbe costretto ad attendere la scadenza per realizzare il corrispettivo che gli compete per quanto ha dato, l'operazione si dovrebbe considerare come fatta a fido.

41. Il commissionario non è egli il padrone dell'affare, egli è un mandatario che manca di un interesse proprio diretto; il padrone dell'affare è il committente, il quale può disporre in quel modo che crede il più opportuno. Di qui ne viene che il commissionario in presenza di istruzioni ricevute dal committente circa la trattazione dell'affare deve tenersi alle istruzioni stesse (1), e qualora quelle ricevute non fossero sufficienti per il sopraggiungere di circostanze nuove ed imprevedute, egli, se è possibile, deve richiederne a tempo delle maggiori, agendo egli secondo i propri criteri solo quando non vi sia tempo di richiedere al committente le istruzioni complementari senza porre in pericolo il buon esito della operazione, o senza esporre il committente a danni (2). Ma, se istruzioni non gli sono state date, o gli sono state date per alcune particolarità dell'affare, o le istruzioni date sono divenute insufficienti in seguito a circostanze nuove e non vi è tempo di richiedere altre istruzioni, non per questo il commissionario ha una completa libertà di azione; chè, per l'art. 356 codice di commercio, in mancanza di istruzioni, il commissionario deve attenersi agli usi del commercio (3). Sicchè troppo assoluto è il principio ammesso dalla Cassazione di Torino (4), che nella commissione di vendere, se il committente nel dare al commissionario istruzioni sulle modalità del contratto, omette quelle riferentisi al termine per ritirare la merce da vendere, si intende che il commissionario è libero di stipulare quel termine d'accordo col compratore, e l'accordo fra loro concluso è obbligatorio pel committente: se il committente omette di indicare il termine a ritirare la merce da vendere, il commissionario non è assolutamente libero di stipulare quel termine d'accordo col compratore, ma deve stipulare il termine che è prefisso dalle consuetudini commerciali. È solo quando il committente non dà istruzioni, o le dà solo per alcune particolarità dell'affare, e che le consuetudini commerciali non stabiliscono la linea di condotta che dal commissionario deve essere seguita, che questi, come meglio si vedrà quando verrà discorso sui diritti dello stesso, può regolarsi liberamente, per ciò che dalle istruzioni ricevute o dalle consuetudini commerciali non è stabilito (5).

Se la distinzione fra istruzioni palesi ed istruzioni segrete è importante in tema di mandato, perchè l'inosservanza delle prime rende non obbligatorio pel mandante il concluso contratto, nel mentre l'inosservanza delle seconde non produce tale effetto, non ha la distinzione stessa alcuna importanza in materia di commissione, agendo in tal caso il commissionario in nome proprio: in materia di commissione le istruzioni non si distinguono, non sono influenti che nei rapporti tra committente e commissionario, alla guisa stessa delle istruzioni segrete nel mandato.

42. Il commissionario è tenuto a fare quanto sta in lui per adempiere l'incarico col maggior possibile vantaggio del committente (6), e se la commissione non potè essere eseguita senza sua colpa, egli di nulla è responsabile. Sicchè il commissionario, il quale, ricevuta una merce con incarico di venderla, non può eseguire la commissione a motivo del variato corso dei prezzi, non è tenuto verso il committente al pagamento del prezzo della merce rimasta invenduta (7). Ma, se l'ineseguimento della commissione proviene da colpa del commissionario, egli è verso il committente responsabile dal momento che il contratto di commissione è una obbligazione, e chi ha contratta una obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente (8).

Nella trattazione dell'affare è tenuto ad ottenere pel committente le migliori condizioni possibili alla stessa guisa che il committente cercherebbe di ottenerle, se egli si occupasse personalmente dell'affare. Se fosse possibile ottenere condizioni migliori di quelle che il committente nelle istruzioni date gli ha stabilite, non potrebbe il commissionario per esonerarsi da responsabilità, opporre le istruzioni ricevute; deve rispondere di quelle migliori condizioni non ottenute, e che un regolato commerciante avrebbe potuto ottenere, perchè egli non è uno istrumento materiale del quale si vale il committente per raggiungere i propri scopi, ma un essere intelligente del quale il committente si vale,

(1) Art. 356 cod. comm. it., 362 cod. germanico, 120, 130, 135 cod. portoghese.

(2) Vidari, Op. c., 16.

(3) Art. 342, 344 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, 127, 128 cod. spagnuolo, 361 cod. germanico.

(4) 16 aprile 1890, *Gerli* c. *Tranelli* (*Giurispr. tor.*, 1890, 316).

(5) Art. 350, cap. I, comb. con l'art. 316 cod. comm.

(6) Delamarre e Le Poitvin, Op. c., II, 347; Vidari, Op. c., 133.

(7) App. Genova, 17 settembre 1877, *Cremonino* c. *Caselle* (*Eco gen.*, 1877, 701).

(8) Art. 1218 cod. civ.

per far ciò che esso committente, da regolato commerciante, avrebbe fatto (1). Questa obbligazione il commissionario la ha non solo per la trattazione dell'affare principale, ma anche per la trattazione di quegli affari accessori, che può essere necessario di concludere pel completo esaurimento dell'incarico, con persone diverse da quelle colle quali l'affare principale fu concluso, come, per esempio, per contratti di trasporto che fosse necessario porre in essere, pei contratti di assicurazione ecc.

Nell'art. 419 del progetto preliminare era stabilito che ogni vantaggio conseguito dal commissionario nell'adempimento della commissione appartiene al committente, quando anche le istruzioni date consentano la conclusione dell'affare a condizioni meno utili: questa disposizione non fu riprodotta nè nel progetto definitivo nè nel codice, perchè il principio nella disposizione stessa affermato si deduce dai principî generali relativi al contratto di commissione (2); la commissione nella sua essenza è un mandato, ed è principio fondamentale del mandato che tutto ciò che è fatto dal mandatario è fatto pel mandante.

43. Nel codice di commercio del 1865 si trovava, nella prima parte dell'art. 69, disposto che il commissionario non è tenuto ad indicare il nome del committente a colui col quale contratta, da che poteva arguirsi, che il commissionario, volendo, potesse fare tale indicazione. Questa disposizione non fu riprodotta nè nei progetti nè nel codice di commercio, senza che risulti dai lavori preparatori la ragione della soppressione. Qualunque possa essere stata tale ragione, in oggi non vi è più una disposizione di legge dalla quale possa argomentarsi avere il commissionario facoltà di manifestare il nome del committente, sicchè dell'esistenza o meno dell'obbligazione di mantenere il segreto su tal nome sarà d'uopo giudicare a base dei principî relativi al contratto del quale ci si sta occupando. Si è veduto nel capo I° che uno degli scopi che il committente può prefiggersi nel trattare l'affare a mezzo di commissionario, anzichè personalmente, può essere quello di lasciar ignorare che l'operazione viene trattata per suo conto; farebbe ostacolo al raggiungimento del fine che il committente si propone di raggiungere, il far palese il suo nome alla persona colla quale l'affare viene trattato. Di qui ne deriva che il commissionario deve tener celato il nome del committente (3), anche se il committente non gliene avesse fatto speciale comando; il committente non ha punto l'obbligo di dar conto al commissionario delle ragioni per le quali egli invece della propria azione diretta si vale della commissione, e d'altra parte il commissionario non ha alcun interesse a rivelare il nome del committente, dal momento che, come si vedrà a suo luogo, con tale rivelazione la posizione giuridica sua di fronte al terzo non diviene diversa da quella che è quando la rivelazione non viene fatta. Ed il commissionario che senza giusta causa rivelasse il nome del committente andrebbe incontro a ben gravi responsabilità, perchè a suo carico possono prodursi non solo le conseguenze che per l'inadempimento di una obbligazione sono portate dalla legge civile, ma anche quelle portate dalla legge penale, se il far noto il nome del committente possa cagionare a questi nocumento. Infatti colui che riceve una commissione, che il committente ha interesse non si sappia essere stata da lui data, è una persona che per ragione della propria professione ha notizia del segreto che una determinata operazione commerciale viene compiuta per conto di una persona, segreto che palesato può cagionare nocumento a questa persona; se il commissionario la rivela, commette il fatto previsto dall'art. 163 codice penale, e però incorre nelle sanzioni da quel disposto di legge stabilite (4).

È solo quando il commissionario riceve autorizzazione dal committente, ed è determinato da giusta causa, che può render noto il nome di colui per conto del quale l'affare vien trattato. Attesa la varietà dei casi avvenibili, non è possibile stabilire principî aprioristici per determinare quando avvi la giusta causa per rivelare il nome del committente; è certo che la giusta causa non vi sarebbe se il commissionario venisse chiamato avanti il giudice per deporre come testimonio in sede civile od in sede penale, perchè il commissionario è una persona che per la propria professione ha notizia del segreto del nome del committente, e però non è punto obbligato a declinare il nome stesso (5). Sarebbe in quella vece giusta causa per declinare il nome del committente il doversi difendere contro una imputazione; così, per esempio, il commissionario che fosse chiamato a giustificare il possesso di cosa proveniente da reato, avrebbe una giusta causa di rivelare il nome del suo committente per dimostrare la propria innocenza.

44. L'osservanza delle istruzioni impartite dal committente e la diligenza del regolato commerciante, sono obbligatorie anche nella scelta delle persone colle quali trattare l'affare. Sicchè, solo colle persone individualmente determinate dal committente, o che si trovano nelle condizioni stabilite nelle istruzioni impartite dal committente stesso, od in mancanza d'istruzioni, solo colle persone che presentano garanzie tali di serietà e di solvibilità, che determinerebbero un regolato commerciante ad entrare con esse in quei speciali rapporti che si origineranno dalla trattazione dell'affare, il commissionario può trattare. Se nella scelta delle persone colle quali tratta l'affare, non si può rimproverare al commissionario nè dolo nè colpa, e siasi attenuto alle norme prescrittegli dal committente, il commissionario non incorre in alcuna responsabilità (6). Sicchè se consti che il commissionario eseguì la commissione prima del fallimento del compratore e che usò tutta la diligenza di un accurato e diligente commerciante, egli di nulla è responsabile (7). Ma se per dolo o colpa tratta con persona, la quale, quando è venuto il momento di adempiere le proprie obbligazioni non le adempie punto, se, per esempio, per dolo o colpa fece inviar merce a persona insolvibile, è responsabile verso il committente (8).

45. Il commissionario deve tenersi strettamente al man-

(1) Fu giudicato che nell'acquistare le merci il commissionario deve usare la massima diligenza (App. Genova, 1° febbraio 1869, *Crouvellier* c. *Corradi*: *Gazz. gen.*, 1869, 459).

(2) Vidari, l. c.

(3) Vedi Vidari, Op. cit. 171; Cass. Torino 7 giugno 1880, *Neuhaus* c. *Finolo* (*Giur. tor.*, 1880, 584). Il cod. olandese, articolo 77, ed il brasiliano, art. 165, permettono al commissionario di rivelare al terzo il nome del committente, senza che per ciò cessi di essere commissionario.

(4) Vedi, in questa Raccolta, la voce **Segreto professionale**, n. 6.

(5) Art. 288 cap. cod. proc. pen.

(6) App. Torino, 9 dicembre 1871, *Andizzoja* c. *Peluffo* (*Ann.*, 1872, 2, 280); Cass. Torino, 25 maggio 1880, *Vayre* c. *Schimirdert* (*Giur. tor.*, 1880, 374).

(7) App. Napoli, 23 luglio 1873, *Guy Fils e Teyner* c. *Stringmeir* (*Giur. It.*, 1873, 555).

(8) App. Casale, 5 luglio 1870, *Giardetti* c. *Soc. Pedemonte Lavagnetti* (*Giur. Cas.*, 1891, 46).

sottoporre la merce che riceve a quelle procedure doganali e sanitarie che le leggi ed i regolamenti prescrivono, sotto pena di rispondere personalmente delle contravvenzioni nelle quali si incorresse per la mancata osservanza delle leggi e dei regolamenti (1).

Ricevuta la merce, il commissionario deve tenerla distinta dalle cose sue e da quelle che appartengono ad altri committenti (2) e deve custodirla lasciando inalterati i marchi ed i segni distintivi di fabbrica o di commercio, che le merci stesse, al caso, avessero (3). A termini dell'art. 354 è responsabile dei danni dai quali le merci fossero colpite e che non derivano da caso fortuito (4), da forza maggiore, da vizî delle cose stesse o dalla loro natura (5). Sicchè non è il caso di questionare sul grado di diligenza che dal commissionario deve essere prestata nella custodia delle merci ricevute, se deve prestare una diligenza esattissima, o la diligenza d'un regolato commerciante, o la diligenza che adopera nella custodia delle cose proprie: l'art. 354 determina in quali casi il commissionario non è responsabile; in tutti gli altri casi è responsabile provenga il danno dal fatto suo, o dal fatto delle persone delle quali in qualsiasi guisa si serve, o delle quali deve rispondere a termini delle norme generali relative alle responsabilità. Pel codice spagnuolo (6), in tutti i casi nei quali il commissionario è chiamato a rispondere dei danni risentiti dalla merce, il valore della merce si determina secondo il prezzo che la stessa faceva, nel giorno in cui il danno fu recato. Nel codice italiano non vi è alcuna disposizione eguale a quella dell'art. 150 del codice spagnuolo, ed in mancanza di un preciso disposto di legge è d'uopo ricorrere alle norme generali. Ora, per i principî generali relativamente al danno risarcibile, vale il principio che colui che ha il diritto di ottenere l'indennizzo, ha il diritto di ottenere lo equivalente di ciò a cui ammonta il pregiudizio che egli risente: questo pregiudizio può essere maggiore o minore di quello che egli può risentire, preso per punto di partenza del risarcimento il valore che la merce aveva al momento del danno; non può dunque esser preso questo valore come punto di partenza per determinare l'indennizzo. Meglio è affermare che in ogni singolo caso il magistrato determinerà a quanto ammonta il danno, tenuto conto di tutte le circostanze che saranno portate a sua cognizione dalle parti, senza esser punto tenuto a partire da uno piuttosto che da altro principio aprioristico, ed essendo solo intento al fine di porre il danneggiato in quella condizione patrimoniale nella quale si sarebbe ritrovato se il danneggiamento non si fosse verificato.

Spetta al commissionario dar le prove dell'evento che lo esonera da responsabilità, perchè è il commissionario che allega di esser liberato dalla obbligazione che a lui era addossata, e data la prova, il danno deve essere sopportato dal committente; ma questa prova sarebbe inutile nel caso in cui egli fosse in mora alla consegna della merce, qualora egli non provi anche che la perdita o l'avaria della merce sarebbe ugualmente avvenuta anche se egli non fosse incorso nella mora (7).

Sia pure il danno alla merce avvenuto per uno di quei fatti pei quali il commissionario non è responsabile, non per questo il commissionario cessa dall'avere delle obbligazioni. Perchè siccome egli deve agire come avrebbe agito il committente da regolato commerciante, e siccome il committente da regolato commerciante avrebbe cercato di attenuare quanto più era possibile le conseguenze del danno, così il commissionario deve ancora lui cercare di attenuare le conseguenze stesse, vendendo, anche ove ve ne fosse l'uopo, le merci danneggiate (8), se questo fosse il mezzo opportuno per attenuare il danno. Ma se il committente prevedendo il danneggiamento della merce del quale il commissionario non dovesse rispondere, avesse dato al commissionario istruzioni sul modo nel quale egli dovesse in tal caso comportarsi, il commissionario dovrebbe attenersi alle istruzioni ricevute, ammenochè le stesse non fossero di impossibile esecuzione, o si fosse in tale stato di cose non preveduto dal committente, in presenza del quale un regolato commerciante agirebbe in modo diverso da quello che nelle istruzioni fu tracciato.

Il ricevimento della cosa da parte del commissionario avviene al fine di eseguire l'incarico che a lui fu dato, e che egli si è assunto, col contratto di commissione; di qui la conseguenza che il commissionario non può servirsi delle cose ricevute senza l'espresso o presunto consenso del committente (9), ma deve adoprarle esclusivamente al fine che il committente col contratto di commissione intese raggiungere.

32. Il capitale rappresentato dalla merce spedita dal committente al commissionario è un capitale inoperoso fino a che la merce non sia stata venduta. Fino a che si tratta di produttore non commerciante può essere che non vi sia un interesse immediato ad avere a propria disposizione tutto o parte del capitale stesso; ma, se si tratta di produttore commerciante, o anche solo di commerciante, ognuno comprende che l'immobilizzazione temporanea del capitale rappresentato dalla merce spesso può impedire al produttore di accudire con maggior lena alla produzione e al commerciante di imprendere novelle operazioni, che potrebbero venire intraprese, se si avessero disponibili i capitali necessari all'intento. Di qui l'interesse del committente a ottenere dal commissionario delle anticipazioni sulla merce a questi spedita.

Questo interesse del committente non può però essere dal

(1) Codice spagnuolo, art. 133, codice portoghese, art. 63, codice di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, art. 348. Il progetto preliminare di codice di commercio italiano, art. 414, conteneva espressa disposizione in proposito, che non venne inserita nè nel progetto definitivo, nè nel codice, perchè il principio si deduce dai principii generali relativi al contratto di commissione.

(2) Art. 382, I p., codice commerciale.

(3) Art. 3, legge 30 aprile 1868, n° 4577, 152, codice spagnuolo, 73 codice portoghese, 358, codice di Buenos-Ayres e dell'Uruguay; Vidari, Op. cit., 132.

(4) L'art. 353 del testo approvato dal Parlamento accennava alla sola *forza maggiore*, ma l'ultima Commissione, come risulta dal processo verbale n° 73, allo scopo di mettere in armonia la dizione dell'articolo con quelle degli altri articoli dello stesso codice (art. 427, 434) e con quella del codice civile (art. 1126, 1621), volle espressamente aggiunte le parole *caso fortuito*. L'art. 367 del codice germanico è invece così redatto: « Il commissionario è responsabile per la perdita e per l'avaria della mercanzia, mentre si trovava in sua custodia, se non prova che la perdita o l'avaria sia stata prodotta da circostanze che non si potevano evitare colla diligenza propria di un regolato commerciante ».

(5) Art. 146, 150 codice spagnuolo, 170 codice brasiliano, 351 codice di Buenos-Ayres e dell'Uruguay.

(6) Art. 150.

(7) Art. 1298, cap. I, codice civile; Vidari, Op. cit., 14.

(8) Vidari, l. cit.

(9) Cfr. art. 1846 codice civile e 358 codice commerciale.

committente: questa disposizione non fu riprodotta nè nel progetto definitivo nè nel codice. Ma non per questo l'obbligo del commissionario non sussiste. Se, come si vedrà a suo luogo, il committente non ha azione verso il terzo, chi altri, se non il commissionario, potrebbe agire verso il terzo per l'esecuzione del contratto concluso? Non potendo esservi dubbio sulle obbligazioni del commissionario verso il committente di far eseguire al terzo il contratto conchiuso, se non esige quanto dal terzo è dovuto, è in colpa e deve rispondere per la insolvenza e pel fallimento del terzo stesso, a meno che non provi di aver usato, sebbene infruttuosamente, tutta la diligenza per esigere alla scadenza; le diligenze posteriori sono irrilevanti, ed è censurabile la sentenza che ne ammette la prova (1), ammenochè le diligenze usate non siano state tali da diminuire il danno del committente, nel qual caso la responsabilità del commissionario sarebbe diminuita fino alla concorrenza di quanto il committente, in seguito alle diligenze usate, si fosse avvantaggiato. Nel caso in cui il compratore dopo conchiuso il contratto cade in istato di fallimento o di non solvenza deve omettere la consegna delle merci, esercitare, se del caso, la rivendicazione di quelle che sono state spedite; se ha dato avviso al committente per la spedizione delle merci, deve avvertire il committente acciò la spedizione sia sospesa. E non solo deve esigere quanto al committente è dovuto, ma deve fare anche tutti gli atti necessari a salvaguardare i diritti del committente; così, per esempio, trattandosi di cambiali, non solo deve esigerle alla scadenza, ma se non venissero pagate deve elevare protesto.

Come si vedrà a suo luogo, di regola il committente non ha azione verso il terzo, ma può avvenire che tale azione venga esercitata, e che il commissionario non abbia ragione di pretendere di esercitarla da sè, piuttosto che lasciarla esercitare al committente. In questo caso il commissionario non può ostacolare al committente l'esercizio delle azioni verso il terzo, ma deve unirsi a lui onde evitare che il terzo possa opporre al committente la carenza di azione (2).

Delle merci e dei titoli che il commissionario riceve dal terzo in esecuzione del contratto conchiuso, e del credito di ciò che non fu ancora pagato dal terzo, egli non diviene proprietario (3), non diviene che un semplice possessore a nome del committente, dal momento che agisce per conto di questi e non per conto proprio. Da questo principio derivano alcune importanti conseguenze:

1° Se le merci, i titoli di credito fino dal momento dell'acquisto da parte del commissionario sono di proprietà del committente, non è punto necessario un atto distinto del commissionario acciò quelle cose passino in proprietà del committente, l'acquisto da parte di questi avviene immediatamente col fatto del commissionario.

2° Il commissionario, per le cose che riceve dal terzo, ha tutte le obbligazioni delle quali si è fatto cenno ai numeri 31 e 32.

3° Come è espressamente disposto dall'art. 803 codice di commercio, nel caso di fallimento del commissionario il committente può rivendicare le merci che il terzo consegnò al commissionario stesso e che sono possedute da lui in natura in tutto od in parte nel giorno della sentenza dichiarativa di fallimento, nonchè il prezzo, o la parte di prezzo delle merci non ancora pagate in danaro od altrimenti nè annotato in conto corrente fra fallito e compratore (4).

4° Se il commissionario trasferisce ai terzi il credito che ha verso colui col quale ha contrattato, il committente può sempre rivendicare il credito stesso, e se trasferisce le merci od i titoli il committente può rivendicare la cosa trasferita in quei casi nei quali, secondo il diritto comune, l'azione di rivendicazione può essere da lui esercitata (5).

5° Se creditori del commissionario agiscono sul credito del commissionario stesso verso colui col quale ha contrattato, o sulle merci o sui titoli che il commissionario ricevette da questi, il committente può proporre domanda di separazione dei mobili pignorati.

Nel caso in cui il commissionario avesse ricevuto dal terzo danaro, diviene o no proprietario dello stesso a seconda che si tratti di deposito irregolare o regolare, conformemente a quanto si è esposto al n° 35.

48. Il commissionario non è responsabile verso il committente dell'adempimento della obbligazione assunta dalla persona colla quale ha contrattato (6), quando, al momento del contratto, la persona era reputata idonea ed egli non ha

---

(1) Cass. Torino 30 luglio 1867, *Razeto* c. *Giammello* (*Ann.*, 1868, 270). Vedi in nota al n. 52 i motivi di questa decisione.

(2) App. Messina, 8 luglio 1872, *Mainelli* c. *Alessio e Consolo* (*Temi Zanclea*, 1872, 100).

(3) La Cass. di Torino, 8 luglio 1872, *Ditta Magani* c. *Martinengo* (*Legge*, 1868, 1, 1020), decise che il commissionario cui fu spedita la merce per venderla unitamente alla polizza di carico, e che vendette in proprio nome, se in antecedenza aveva pagato il committente per anticipazione rimane sia di fronte ai terzi che di fronte al committente proprietario, e non possono sulla stessa i creditori del committente esercitare le loro ragioni. Sul risultato pratico al quale la Cassazione arriva in questa decisione nulla havvi a ridire. Non era il caso però di portare in campo i principii erronei che sono portati relativamente alla proprietà del prezzo; il vero principio che doveva motivare la decisione era quello relativo al privilegio che, come a suo tempo si vedrà, compete al commissionario sul prezzo della merce venduta.

L'art. 368 del codice germanico espressamente dispone che i crediti del commissionario verso il terzo si riguardano nelle relazioni fra committente e commissionario e creditori di questi come crediti del committente, anche quando non fossero stati ceduti.

(4) La Cass. di Torino, 1° dicembre 1867, *Hass* c. *Muller et C.* (*Giur. tor.*, 1868, 40), sotto l'impero del cod. del 1865, che aveva il cap. dell'art. 688 eguale nella sostanza al cap. dell'art. 803 cod. vigente decise: il commissionario eseguisce bensì in proprio nome gli atti di commercio di cui è incaricato, ma li eseguisce per conto del committente, e perciò l'essersi la vendita operata dal commissionario in proprio nome con propria fattura, e l'essere la medesima annotata nella partita di conto fra lui ed il compratore non fanno ostacolo a che il committente rivendichi in caso di fallimento del commissionario il prezzo che fosse dovuto dal compratore. Questa decisione, per quanto a primo aspetto possa sembrare in contraddizione col disposto della legge, in fatto si presenta esattissima, e richiama ad una qualità che deve avere la annotazione del prezzo nel conto, acciò non sia possibile la rivendicazione: l'annotazione del prezzo, acciò non sia possibile la rivendicazione, deve essere avvenuta in conto corrente; deve cioè essere intervenuto in precedenza fra commissionario e terzo quel contratto speciale che è il contratto di conto corrente, e l'annotazione del prezzo a credito del commissionario deve essere l'esecuzione di questo contratto. Sicchè se non esiste il contratto di conto corrente, ma un semplice conto di dare ed avere fra commissionario e terzo, l'annotazione del prezzo a credito del commissionario non fa ostacolo alla rivendicazione del prezzo non ancora pagato.

(5) Vedi Trib. Genova, 19 marzo 1878, *Betocchi* c. *Iohnson* (*Gazz. leg.*, 1878, 95).

(6) Art. 387, 1ª parte, cod. comm. L'App. di Torino, 9 dicembre 1871, *Andizzoja* c. *Peluffo* (*Ann.*, 1872, 279), così sentenziava:

agito con frode, dolo o colpa (1). Non sarà necessario che la persona colla quale ha contrattato fosse superiore ad ogni eccezione, basta che fosse reputata solvente nel luogo ove tiene il proprio stabilimento: per converso non sarà necessario che il fallimento fosse imminente, basterà per costituire il commissionario in colpa che fossero conosciuti quei fatti i quali rivelano di per sè un notevole dissesto della condizione economica (2). Dal principio or ora posto ne deriva che il commissionario di nulla è responsabile se il committente nel riceversi direttamente la merce comprata la trova mancante, anche se esso commissionario si trovava presente alla ricezione ed alle proteste del ricevitore-committente, se ha disimpegnato la commissione colla dovuta diligenza (3). Non è responsabile nemmeno pel ritardo nel quale incorresse il terzo nell'adempimento della obbligazione, quando questo ritardo non sia a lui imputabile (4). Non incorre in nessuna responsabilità tanto per le obbligazioni provenienti dal contratto principale al quale è addivenuto quanto pei contratti accessori ai quali è addivenuto per la completa esecuzione dell'incarico con persona diversa da quella colla quale il contratto principale fu formato. La Cassazione di Torino (5) decise che nella commissione per vendere una merce l'evento della perdita lungo il trasporto grava sul commissionario, se il contratto designa il luogo della tradizione, e se le spese del trasporto sono assunte dal commissionario. Ma questo principio non può essere accolto. Relativamente al commissionario, il quale per l'esecuzione della commissione è costretto a far trasportare la cosa da un luogo ad un altro, il fatto che causa la perdita o l'avaria della cosa trasportata, se non avvi colpa del vettore, è un caso fortuito, ed a termine dell'art. 354 codice di commercio il commissionario non risponde del caso fortuito; se avvenne per colpa del vettore ed il commissionario dovesse rispondere per tal colpa, verrebbe ad essere responsabile per l'esecuzione della obbligazione assunta da un terzo col quale per l'esecuzione della commissione ha contrattato, ciocchè dall'art. 357, 1ª p., codice di commercio è escluso (6).

Per l'art. 424 progetto preliminare, conformemente agli art. 160 codice spagnuolo, 76 cod. portoghese, 366 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, 373 cod. germanico era stabilito che « se la commissione ha per oggetto operazioni da farsi mediante cambiali od altri simili titoli di credito girabili, il commissionario garantisce come ogni altro girante quelli che acquista o negozia per conto altrui e che gira in proprio nome ». La Corte di appello di Venezia e la Camera di commercio di Lodi, i soli Corpi che abbiano espresso un avviso su questo articolo (7), nel mentre riconoscevano la esattezza del principio per ciò che concerne la responsabilità verso i terzi, nei rapporti fra committente e commissionario riconoscevano che quella disposizione era logica se quest'ultimo avesse assunto la garanzia della esecuzione della obbligazione del terzo col quale aveva contrattato, ma se non avesse assunto tale obbligazione non vi era ragione di trattare diversamente il commissionario di titoli dal commissionario

---

« Attesochè, stando alle più conosciute consuetudini commerciali, il commissionario pel solo fatto del da lui ricevuto incarico, non incontra debiti in garanzia verso il suo committente, ma l'ufficio suo rimane compiuto colla definitiva conclusione dell'indicatogli contratto, a meno che per dovere impostogli dal committente fosse anche tenuto a chiedergliene il *bene stare*, e avesse ommesso un simile incombente a compimento della ricevuta commissione, locchè non sarebbesi verificato nel contratto di cui si tratta...

« Quindi è che, se per regola generale, a cui sono sottoposti tutti indistintamente i mandati civili e commerciali di ogni specie e sotto qualunque denominazione si presentino, può egualmente il commissionario essere ricercato dal committente per rifazione dei danni, quando non avesse eseguita la commissione nella sua pienezza, ovvero ne avesse oltrepassato i limiti, fuori però di questi casi, e di quelli superiormente accennati, ei non sarebbe tenuto a rispondere ulteriormente verso il committente delle conseguenze delle sue operazioni o del contratto da lui conchiuso in conformità all'affidatogli incarico, a meno di una espressa o tacita promessa speciale di maggior garanzia.

« Nè varrebbe il dire che il commissionario contrattando coi terzi a nome proprio, sebbene d'ordine e per conto del committente, ed avendo quindi egli solo azione diretta verso coloro che ad esso si obbligarono, debba necessariamente e senza uopo di intervenuta promessa, rispondere egli stesso, dal canto suo, al committente della esecuzione del contratto, giacchè il committente, il quale era pure tenuto a conoscere le limitate obbligazioni che per legge incombevano al commissionario, dovrebbe imputare a se stesso se non provvede meglio al proprio interesse col pattuire a suo favore una maggiore responsabilità per parte del commissionario, come gli sarebbe stato facile e facoltativo; così per difetto di detta maggiore responsabilità, egli non può pretendere dal commissionario se non se il di lui concorso per poter compellere i terzi alla esecuzione del contratto, senza che però lo stesso commissionario gli garentisca la solvibilità dei debitori... »

(1) Vedi App. Torino, 25 marzo 1866, *Faure* c. *Braghetti* (*Gazz. gen.*, 1866, 283), e 9 dicembre 1871, *Andizzoja* c. *Peluffo* (*Ann.*, 1872, 280), e Cass. Torino 25 maggio 1880, *Vayre* c. *Schuherdt* (*Giur. tor.*, 1880, 374). Questo principio, conformemente agli articoli 154 cod. spagnuolo, 53 portoghese, 363 di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, era espressamente enunciato nell'art. 422 del progetto preliminare, e non fu riprodotto nel codice perchè lo si deduce dalle regole generali sul mandato.

(2) Vidari, Op. c., 144, 145.

(3) App. Messina, 8 luglio 1872, *Mainelli* c. *Alessio e Consolo* (*Temi Zanclea*, 1872, 100).

(4) Fu giudicato: se il commissionario incaricato di provvedere una macchina fu pronto ad occuparsi del suo incarico e scrisse al fabbricante sollecitandone la spedizione, ed il fabbricante non frappose per parte sua indugio a costruire ed a spedire, ed il ritardo provenne unicamente da contingenze solite a verificarsi nella spedizione, nel caricare la merce alla partenza e scaricarla all'arrivo, non incorre responsabilità per il ritardo, sopratutto se protestando da principio il committente pel temuto ritardo rimanesse silenzioso dopo avere avuto spiegazioni dell'indugio, e solo riprendendo a parlare di danni all'arrivo della macchina. Ciò sarebbe a tanto maggior ragione vero quando il committente avesse col fatto proprio dimostrato che i danni lamentati non erano veri, come se dopo aver da principio rifiutata la macchina perchè giunta in ritardo, l'avesse poi accettata e ritirata alcuni giorni più tardi. Lo stesso sarebbe anche quando al termine stipulato per la consegna della macchina, non si fosse aggiunta la condizione della perentorietà, e si trattasse di un termine breve per provvedere una macchina da lontano paese, da un commerciante il quale avrebbe potuto essere anche sprovvisto in quel momento, per cui fosse necessaria la completa costruzione di essa (App. Torino, 13 aprile 1869, *Trichetti* c. *Lyon e Bendoni*: *Giur. tor.*, 1869, 555).

(5) 30 giugno 1881, *Sala* c. *Smreker* (*Ann.*, 1881, 281).

(6) L'art. 409, capoverso, del progetto preliminare conformemente agli art. 142 cod. spagnuolo, 61 cod. portoghese, 182 cod. brasiliano, 176 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay dichiarava il principio affermato nel testo relativamente ai rischi corsi pel passaggio dei fondi dalle mani del commissionario a quelle del committente.

(7) *Osservazioni e pareri*, ecc., pag. 566 e 567.

di merci, per ciò che concerneva la garanzia dell'adempimento delle obbligazioni. In seguito a tali osservazioni la disposizione non fu riprodotta nè nel progetto definitivo, nè nel codice. Sicchè può affermarsi il principio che, salvo patto speciale, il commissionario, la cui firma sia stata apposta in un titolo all'ordine, se garantisce l'adempimento della obbligazione cambiaria rispetto ai terzi verso i quali è tenuto pel fatto della sua firma apposta al titolo, non la garantisce punto nei rapporti tra lui ed il suo committente (1) se non ha assunto speciale obbligazione. Da questo però non ne deriva che il commissionario che gira un titolo all'ordine al suo committente sia esonerato da ogni e qualsiasi responsabilità, perchè anche il commissionario deve garantire la verità dell'ultima sottoscrizione della cambiale che è stata a lui girata; se non si è assicurato della verità della sottoscrizione stessa, egli è in colpa, e però deve rispondere delle conseguenze.

49. Il commissionario però può essere tenuto a soddisfare al committente quanto è dal terzo dovuto, se mediante una convenzione accessoria al contratto di commissione ha assunto tale obbligazione: questa convenzione accessoria è conosciuta col nome dello *star del credere* (2). Questa convenzione accessoria può formarsi in modo espresso od in modo tacito. Si forma in modo espresso quando le parti convengono che il commissionario è responsabile delle obbligazioni assunte dal terzo; non importa quali siano state le parole usate dalle parti; che abbiano espressamente chiamato la loro convenzione *star del credere* od altrimenti (3); basta che risulti sostanzialmente avere-esse voluto stipulare una tale convenzione accessoria, perchè la convenzione stessa debba ritenersi stipulata. E però se il committente scrisse al commissionario che sarebbe stato responsabile delle merci vendute a respiro, ed il commissionario senza protesta o riserva pose mano alla operazione, deve dirsi accettata tale convenzione (4). Oltre che in modo espresso questa convenzione può sorgere tacitamente quando per gli usi della piazza il commissionario assume la responsabilità delle obbligazioni assunte dal terzo col quale ha contrattato (5).

Questa obbligazione del commissionario non è una fidejussione, non è una obbligazione accessoria a quella dal terzo assunta, perchè, come si vedrà a suo luogo, fra committente e terzo non esiste alcuna obbligazione diretta e però in mancanza di principale non vi può essere accessorio. È una obbligazione principale che egli deve adempiere (6). Atteso il fatto che, come si vedrà a suo luogo, questa convenzione accessoria importa il diritto del commissionario ad una speciale provvigione, Delamarre e Le Poitvin (7) ed il Vidari (8) ritengono questa convenzione come una assicurazione a premio; ma ciò non è esatto. Nel contratto di assicurazione, il premio è elemento essenziale del contratto, in modo che, se premio non fosse convenuto, non vi sarebbe assicurazione, ma una donazione sotto la condizione sospensiva dell'avveramento del sinistro. Nella convenzione *del credere*, come in generale nella commissione, la provvigione non è punto della essenza del contratto, è una obbligazione che si intende addossata al committente nel caso di silenzio delle parti, ma che le parti possono escludere senza che per ciò il contratto muti la sua indole, si converta in un atto giuridico diverso. Il meglio si è non classificare lo *star del credere* con altra convenzione, e considerarlo come una convenzione formante classe a sè.

L'interesse del committente di stipulare col commissio-

(1) Contra Vidari, Op. cit., 146.

(2) Art. 387, I. p. e cap. I, cod. comm. it., 179 cod. brasiliano, 360 cod. di Buenos-Ayres e dell' Uruguay, 370 cod. germanico. - Dalle parole dell'art. 387 II. cap. cod. comm. it. sembrerebbe che il nome *star del credere* servisse a denotare solo la provvigione speciale che nel caso di assunzione di tale obbligazione compete al commissionario, ma nella terminologia giuridica *star del credere* indica la stessa convenzione accessoria.

(3) Delamarre e Le Poitvin, III, 95; Vidari, Op. cit., 161. I nostri grandi scrittori di diritto commerciale intendevano sempre accennare allo *star del credere* pur quando dicevano, per esempio: *far buoni danari, farla buona* (Stracca, *Or. assecurat. praefatio*, n. 72), *prendendo il tutto sopra di noi* (Casaregis, *Disc.* XXIX. 8, LXVIII. 10; Ansaldo, *Disc.* LXI. 5, XVI. 13; Scaccia. *Tractatus*, glos. 2, n° 1).

(4) App. Ancona 5 agosto 1867, *Succi* c. *Petracoli* (*Ann.*, 1872, 280).

(5) Art. 387 I. p. cod. comm.

(6) Leggesi nella citata decisione dell'Appello di Ancona:

« Considerando che non cade dubbio che il contratto di commissione, quale è a ritenersi quello di cui si tratta, si verifica quando uno dei contraenti dà il potere di fare per lui una o più operazioni di commercio individualmente determinate all'altro contraente, il quale si obbliga a trattarle e concluderle, sia sotto un nome sociale o nel nome proprio, sia in nome del committente ed a renderne conto. Come non cade dubbio che questo contratto nei rapporti giuridici fra il committente e il commissionario si equipari al mandato civile, alle cui prescrizioni intese riportarsi il codice di commercio all'art. 100 in allora vigente, nel determinare i rispettivi diritti e doveri. Ora, se il mandatario, come il commissionario, benchè questi con maggior rigore per la provvigione che gli viene assegnata, sono d'ordinario tenuti a rispondere per le loro operazioni della colpa e del dolo, certo è per altro che le obbligazioni del commissionario possono essere anche più estese in ragione della retribuzione che riceve, dagli usi commerciali e dai patti costituenti la base, le condizioni della convenzione, per modo che la responsabilità di lui può stabilirsi non solo per la solvibilità del debitore, ma anche per il pagamento del debito al termine convenuto, prendendo a suo rischio tutte le incertezze della riscossione. Questa convenzione, che è usata in commercio, chiamasi nel linguaggio del foro lo *star del credere*, il cui effetto è quello di tener obbligato personalmente il commissionario del credito che ha verso coloro cui vendette la merce, facendo suoi i debiti dei compratori e rispondendo egli principalmente e direttamente di tutti i fatti, qualunque siano, che impediscono al mandante di essere pagato. Nè la convenzione *del credere* aggiunta al mandato può mutarne la qualità ordinaria, perchè il commissionario resta sempre mandatario: e la garanzia non è che un patto addizionale, il quale rende la sua obbligazione più rigorosa; patto che rientra in quelli che il diritto romano formalmente autorizzava allorchè ammetteva che il mandatario era in facoltà di rendersi responsabile del caso fortuito (L. 39, *De mandat.*).

« Considerando che questa garanzia e questo patto *del credere* si volle appunto stabilire nel contratto di commissione che ebbe vita tra il Petracoli ed il Succi per la vendita delle macchine ad uso delle industrie agricola e manifatturiera.....

« Considerando, che ammessa la responsabilità....., non può negarsi che questa comprende non la sola solvibilità dei compratori all'epoca del contratto, ma bensì il pagamento del prezzo, conforme emerge nei termini chiari ed espliciti della lettera 2 dic. 1864, confermativa del contratto di commissione. Nè può dirsi che la medesima debba riguardarsi come sussidiaria, inquantochè è fermo in diritto che il patto *del credere* importi non una semplice fidejussione, ma una obbligazione principale senza il rimedio della escussione, la quale non ha luogo neppure nel mandato ».

(7) III, 85 e seg.

(8) Op. c., 157.

sciuti, ma che non potevano in via ordinaria influire sulle decisioni di un regolato commerciante; devono far carico al commissionario del non aver portato a conoscenza del committente avvenimenti che in via ordinaria non potevano influire sulle decisioni di un regolato commerciante, ma che per le circostanze speciali dell'incarico concessogli, per la conoscenza che il commissionario aveva, per esempio, dei fini che il committente si proponeva di raggiungere dalla operazione, il commissionario stesso sapeva o doveva saper essere influenti sulle decisioni del committente relativamente alla revoca od alla modificazione dell'incarico. In questa materia è tutta questione di fatto che il magistrato può decidere solo con un attento esame di tutte le circostanze della causa.

L'art. 410, prima parte, del progetto preliminare faceva obbligo al commissionario di notificare senza ritardo al committente ogni danno sofferto dagli oggetti che il commissionario stesso riceve o detiene. Questa disposizione non fu riprodotta nel progetto definitivo e nel codice, ma da ciò non ne viene che il commissionario non abbia mai l'obbligo di denunciare al committente tali danni. Perchè se il danno sofferto dalla merce è un avvenimento tale che nella specialità del caso possa indurre il committente a revocare o modificare l'incarico, l'avvenimento è uno di quelli che a termini dell'art. 353 del codice di commercio deve essere portato a conoscenza del committente stesso. Per dirla in altri termini, dell'obbligo del commissionario di far noti al committente i danni sofferti dalla cosa che il commissionario detiene, si dovrà giudicare cogli stessi criteri coi quali si giudica dell'obbligo di dar notizie al committente dei fatti che possono determinarlo a revocare o modificare l'incarico.

38. Accettato l'incarico, il committente è tenuto ad eseguirlo (1), e dal momento che tutte le parti della commissione possono essere legate fra loro da un intimo nesso economico, e tutte essere subordinate a certi scopi che il committente si propone di raggiungere, e che per contrario non sarebbe possibile ottenere quando la commissione fosse eseguita in parte sì ed in parte no, così la commissione nei termini nei quali fu conferita ed accettata, nella sua esecuzione è indivisibile (2), quantunque costituita da atti diversi (3). In una forma non troppo felice, era questo il concetto manifestato dall'art. 404 del progetto preliminare: la commissione è indivisibile; una volta accettata, si intende accettata in tutte le singole parti delle quali consta (4). Nè nella forma nella quale era stato redatto, nè in una forma più corretta, l'art. 404 del progetto preliminare fu inserito nel progetto definitivo e nel codice; ma ciò non toglie che il principio non si debba considerare come avente valore giuridico perchè discende dalla stessa necessità delle cose.

Nella esecuzione dell'incarico accettato il commissionario deve usare la diligenza di un regolato commerciante (5): siccome si versa in materia tecnica è quella diligenza che tecnicamente si suole usare, che deve esser prestata, in questa formula specifica convertendosi nella materia tecnica della quale ci si sta occupando la formula generica contenuta nell'art. 1224 codice civile. Se non la usa, risponde tanto pel dolo quanto per la colpa (6). Riguardo alla colpa però il cap. dell'art. 1746 codice civile stabilisce che la responsabilità del mandatario è applicata quando il mandato è gratuito meno rigorosamente che nel caso contrario. Delamarre e Le Poitvin (7) ritengono che, in forza di questa disposizione di legge, sia il mandato gratuito ed oneroso, avvi sempre la responsabilità nel mandatario: solo, quando il mandato è gratuito, il giudice che ritiene colposo il fatto del mandatario deve condannarlo per danno ad una somma minore di quella alla quale lo avrebbe condannato se il mandato fosse stato oneroso. Ma ciò è erroneo! Il cap. dell'art. 1746 del codice civile non è che l'applicazione del principio contenuto nell'art. 1224 codice stesso. Pel capov. di quest'ultimo articolo non è già sulla liquidazione del danno che il maggiore o minor rigore delle regole contenute nella prima parte dell'articolo stesso esercita la sua influenza, ma è sull'apprezzamento della diligenza che l'obbligato era tenuto a prestare. In altre parole, la diligenza di un buon padre di famiglia nelle obbligazioni ordinarie, che è la diligenza del regolato commerciante nelle obbligazioni commerciali, è una formula vaga capace di essere ristretta ed allargata, esigendo ora una diligenza maggiore, ora una diligenza minore, e però, in presenza delle stesse circostanze di fatto ritenendo ora adempiuta ed ora non adempiuta l'obbligazione; ritenendola adempiuta quando è voluta una diligenza minore, inadempiuta quando ne è voluta una maggiore. Nella specialità del mandato, quando il mandato è gratuito si esige da parte del mandatario una diligenza minore di quella che si esige quando il mandatario percepisce un compenso. È questo il significato del capoverso dell'art. 1746 codice civile: l'importare del danno è una cosa di fatto che non può essere diminuita od accresciuta a seconda dei casi: o l'obbligazione è adempiuta, ed allora non è il caso di

(1) Art. 1745 cod. civ.

(2) Art. 343 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay.

(3) Vidari, Op. cit., 10 e 122.

(4) Quest'ultimo inciso era manifestato colle parole « accettata in una parte, si considera accettata in tutto », ciocchè preso alla lettera era giuridicamente inesatto. L'accettazione della commissione in una parte non equivale ad accettazione intiera, ma ad accettazione limitata, ciocchè a termini dell'art. 37 cod. comm. è un rifiuto della proposta, accompagnato da nuova proposta. In quella vece l'accettazione generica della commissione porta necessariamente l'accettazione delle singole parti delle quali consta, perchè, essendo la parte compresa nel tutto, l'accettazione del tutto importa l'accettazione di ciò che concorre alla formazione del tutto stesso.

(5) Delamarre e Le Poitvin, III, 6; Vidari, Op. cit. II, 122; Chironi, *Colpa contrattuale* (Torino, 1884), n. 132. Sul proposito fu giudicato:

La responsabilità del committente verso il commissionario è regolata dalle disposizioni della legge civile relative al mandato in quanto siano conciliabili colla natura del contratto di commissione, e colle consuetudini del luogo ove il contratto fu stipulato o deve essere eseguito (App. Torino, 9 dicembre 1871, *Andizzoja* c. *Peluffo: Ann.*, 1871, 280).

Il commissionario è tenuto ad una diligenza esattissima (Cass. Torino 30 luglio 1867, *Razeto* c. *Giammello: Ann.*, 1868, 270).

Il commissionario quale mandatario salariato è tenuto con rigore ai danni verso il committente per l'inosservanza dell'incarico per esso assunto (Cass. Firenze 9 dicembre 1873, *Cardelli* c. *Giovannini: Legge*, 1874, 1, 605; App. Genova, 23 giugno 1874, *Vendoni* c. *Traversi: Giur. it.*, 1874, 318).

Nelle commissioni si esige quella diligenza il cui criterio è menzionato nella L. 1 § 4. D. *de obl. et act.*, 44, 5 (Cass. Torino, 30 giugno 1881, *Sala* c. *Smrcker: Ann.*, 1881, 281.

(6) Art. 1746, I p.. cod. civ.

(7) III, n° 6.

porzionale avviene solo quando il commissionario nei suoi libri non abbia specificato il credito al quale il pagamento è stato imputato (1). A luogo opportuno si ritornerà su questo argomento.

51. Il commissionario deve dar conto al committente dell'affare trattato (2), e se nel dar conto, con artifizi o raggiri atti ad ingannare od a sorprendere la buona fede del committente, inducendolo in errore, procura a sè o ad altri un indebito profitto a danno del committente, egli commette il reato di cui all'art. 413, 1ª p., codice penale. E però incorre in questo reato il commissionario che con artifici o raggiri induce il committente a credere che la merce sia stata comprata a prezzo più alto, o venduta a prezzo più basso di quello che realmente fu stabilito.

Fu giudicato che se nel frattempo dalla commissione data contro fissazione di prezzo per compra-vendita di merci intervenga una legge che modifichi sostanzialmente il valore plateale della moneta a danno del committente, il commissionario resta impegnato secondo la nuova moneta (3). Questo principio non può essere accolto senza una distinzione. Indubbiamente il commissionario resta impegnato verso il committente secondo la nuova moneta, se secondo la nuova moneta contrattò col terzo, ma se col terzo contratta secondo la moneta antica, si andrebbe contro al principio posto al n. 42, che cioè tutti i vantaggi della operazione spettano al committente e non al commissionario, se si riconoscesse a questi il diritto di far proprio il vantaggio risultante dal variato corso della moneta. Se il commissionario contratta col terzo secondo la moneta antica, secondo la moneta antica deve dar conto al suo committente.

Il commissionario deve anche rimettere al committente tutto quanto esiste nelle sue mani e che del committente è di spettanza, ed ai rapporti fra commissionario e committente è applicabile la massima che il venditore dopo la consegna resta liberato da ogni responsabilità pei vizî apparenti della merce venduta (4). Il commissionario che ha incassato danaro pel committente adempie la sua obbligazione di fargliela pervenire col mezzo di effetti cambiari girati al committente stesso, sempre che questi non abbia dato istruzioni diverse, ed il commissionario non è responsabile del buon fine della tratta, se il debitore della tratta stessa fosse solvente, e non vi sia stata da parte del commissionario colpa alcuna nella scelta del mezzo per far pervenire al committente la somma (5). L'Appello di Roma (6) decise che il commissionario non può trarre cambiali a favore del committente. Questo principio nella forma assoluta nella quale è formulato non può essere accolto. Che quando il commissionario è debitore di somma che il committente ha diritto di esigere subito non possa trarre cambiali a favore del committente a termine dalla data o dalla presentazione, non vi può esser dubbio; il commissionario non può di proprio arbitrio stabilire termini all'adempimento di quella obbligazione che deve adempiere subito. Ma che quando il commissionario è debitore a termine non possa trarre cambiali a profitto del committente pagabili entro il termine stabilito, od essendo debitore senza termine non possa trarre cambiali a vista, è da escludersi: la lettera di cambio è un mezzo per far eseguire un pagamento, che nessuna disposizione di legge vieta al commissionario di usare per fare al proprio committente il pagamento di quanto gli deve. Nè vale il dire, come l'Appello di Roma nella citata decisione, che, traendo il commissionario una cambiale a favore del committente, questi nel caso di girata sarebbe esposto a fare il pagamento ai giratarî posteriori, perchè questo pericolo il committente lo evita col non girare la cambiale, e nessuno lo può costringere ad uscirla dal suo portafoglio. Del resto la cambiale tratta dal commissionario non solo non rende deteriore la condizione del committente, quando è pagabile nel termine entro il quale il committente ha diritto di ottenere il pagamento di quanto gli è dovuto, ma anzi la migliora, perchè lo provvede pel suo credito di un titolo negoziabile, che gli fa evitare tutte le lungaggini di un giudizio di cognizione per ottenere un titolo da poter mandare ad esecuzione contro il suo debitore, e sarebbe assurdo che il commissionario non potesse compiere ciò che lo danneggia ed è utile al committente.

Nel capov. dell'art. 409 del progetto preliminare era stabilito che i rischi corsi nel passaggio dei fondi dalle mani del commissionario a quelle del committente sono a carico di questi, salvo il caso di violazione degli ordini ricevuti per il trasporto o d'inosservanza degli usi del luogo. La Corte d'appello di Venezia (7) osservava che la locuzione *dalle mani del commissionario* poteva dar luogo ad erronea interpretazione, poichè poteva accadere che il commissionario, per inviare il danaro al committente, lo consegnasse al suo agente di negozio coll'incarico di portarlo all'ufficio postale, e che l'agente lo trafugasse: secondo la lettera dell'articolo, il danno dovrebbe essere risentito dal committente, perchè il danaro era già uscito *dalle mani* del commissionario: ciò sarebbe ingiusto ed in opposizione col terzo capoverso dell'art. 1153 del codice civile. La disposizione del progetto preliminare non fu riprodotta nè nel progetto definitivo nè nel codice, sicchè questa materia fu lasciata ai principî generali. E pei principî generali, quando il commissionario è esente da colpa nella scelta del mezzo per fare l'invio del danaro al committente, o si è attenuto alle istruzioni dal committente ricevute, i rischi corsi dal danaro durante il trasporto gravano esclusivamente sul committente, una volta che mercè la separazione del danaro del committente da quello del commissionario, e la cessata detenzione da parte di questi, il denaro è divenuto proprietà del committente.

Il commissionario che ha ricevuto merci o titoli è tenuto a rimettere quelle merci e quei titoli che ha ricevuto e non potrebbe surrogarli con cose diverse anche della stessa specie (8); la proprietà delle cose che il commissionario riceve pel committente appartiene a quest'ultimo fin dal

(1) Vedi Vidari, Op. cit. 125.

(2) Vidari, Op. cit. 150; App. Roma, 30 luglio 1877, *Schisa* c. *Adler* (*Giur. it.*, 1878, 195).

(3) App. Genova, 27 maggio 1869, *Rossi* c. *Friedenthal Cremonini* (*Legge*, 1871, 1, 132).

(4) Cass. Torino, 11 maggio 1882, *Singimbosco* c. *Pietranera* (*Giurispr. tor.*, 1882, 380).

(5) App. Genova, 21 gennaio 1890, *Fabbrica lombarda di prodotti chimici* c. *Ragazzoni* (*Temi gen.* 1890,, 429), confermata dalla Cass. Torino 14 febbraio 1891 (*Ann.*, 1891, 59). Vedi anche App. Genova, 23 aprile 1892, *Ragazzoni* c. *Paganini Villani* (*Giurista* 1892, 196).

(6) 30 luglio 1887, *Schisa* c. *Adler* (*Giur. it.* 1878, 195).

(7) *Osservazioni e pareri*, ecc., pag. 548.

(8) Fu giudicato: la differenza di due chilogrammi risultante da due pesi di una merce fatti nell'intervallo di un anno da diverse mani e con diverse bilancie, non basta ad escludere l'identità di una merce in un contratto di commissione (App. Genova, 18 marzo 1875, *Massa* c. *Garrino-Maragliano*: *Giur. It.*, 1878, 185).

momento in cui sono state ricevute, e però non può surrogarle di proprio arbitrio con altre cose. Egli deve usare tutta la diligenza nel porre le merci in istato da essere spedite, e se queste diligenze furono usate, il danno proveniente da guasto o deterioramento deve essere sopportato dal committente (1): è solo quando non fu usata la diligenza di un regolato commerciante, che il commissionario deve rispondere dei guasti e deterioramenti che nella mancata diligenza hanno la loro causa.

Alla voce **Appropriazione indebita**, n. 82, si trova citata, approvandola, una decisione della Cassazione di Torino 13 luglio 1876, colla quale fu ritenuto non costituire appropriazione indebita, ma solo un delitto civile, il fatto del commissionario che vende una merce e non rimette il prezzo al committente. Questa decisione va approvata anche di fronte al codice penale vigente. Per l'art. 417 di questo codice pel reato di appropriazione indebita è necessario che si converta in profitto proprio o di un terzo una cosa altrui che sia stata affidata per qualsiasi titolo che importi l'obbligo di restituirla o di farne un uso determinato. E però, come si è veduto al n. 35, commette appropriazione indebita il commissionario che distrae le cose ricevute dal committente. Ma, quando il commissionario converte a profitto di sè o di altri le cose che egli ebbe dal terzo col quale contratta, egli non converte a profitto di sè o di altri cose che gli furono consegnate per un titolo che importi l'obbligo di restituirle o di farne un uso determinato, perchè il terzo non diede al commissionario le cose perchè le consegni al committente, gliele diede come a suo diretto contraente, e però in questo caso non vi sono gli estremi di fatto in presenza dei quali il reato di appropriazione indebita sussista.

Considerando che un affare di commissione si può perfettamente eseguire senza che sia d'uopo assicurare, si deve ritenere che il commissionario non sia obbligato a fare l'assicurazione (2), ammenochè non ne abbia ricevuto speciale incarico (3) o non sia uso commerciale di assicurare. Facendo assicurare deve fare l'assicurazione a nome del committente o *per conto di chi spetta* (4), onde evitare, se facesse assicurare in proprio nome, nel caso di sinistro, le possibili eccezioni dell'assicuratore: se però vi è uso commerciale di fare assicurazioni in nome del commissionario, siccome in tal caso l'assicurazione sarebbe valida (5), così il commissionario potrebbe convenirla. Fatta l'assicurazione, se l'assicuratore cade in istato di fallimento, il commissionario deve chiedere la cauzione di cui all'art. 433, capov., codice commerciale o lo scioglimento del contratto.

Atteso il fatto che il vettore non risponde degli effetti preziosi, del danaro e dei titoli di credito che non gli sono stati dichiarati, ed in caso di perdita o di avaria non è tenuto a risarcire che il valore assicurato (6) se il commissionario invia al committente di tali cose, deve farne la dichiarazione al vettore per l'intiero ammontare, ammenochè non preferisca non fare dichiarazione alcuna, o dichiarazione parziale, ed assicurare invece contro i rischi del trasporto ciò che spedisce (7); ed anzi sarebbe obbligato a fare tale assicurazione invece della dichiarazione del valore, quando la stessa fosse più utile al committente.

52. Le cautele che prende un creditore onde assicurarsi dell'adempimento delle obbligazioni da parte del suo debitore, salvi gli effetti che possono originarsi quando costituiscono una violazione del diritto del debitore, non possono mai servire di motivo a questi per non soddisfare alle sue obbligazioni. Di qui ne viene che le cautele prese dal committente, diffidando i debitori del commissionario, ritenuto infedele, non forniscono al commissionario un motivo legittimo per esonerarsi dall'adempimento dei propri impegni (8); salvo al commissionario di agire contro il committente per ingiurie o per altro titolo, se il committente col fatto della diffida ha commesso una violazione di diritto.

53. È regola generale che non spetta al creditore provare che il debitore non ha adempiuto alla sua obbligazione: una volta che il creditore prova che l'obbligazione esiste, è il debitore che pretende di essere stato liberato, che deve provare il pagamento, ed il fatto che ha prodotto l'estinzione delle obbligazioni (9). Una volta dunque che il committente prova l'esistenza del contratto di commissione, è il commissionario che deve provare di avere eseguito le obbligazioni che in forza del contratto a lui furono addossate. Di qui ne viene che quando il committente fonda la sua domanda sulla negligenza del commissionario, non è il committente che deve provare la negligenza, ma è il commissionario che deve dimostrare di aver usato quella diligenza alla quale era tenuto (10).

54. Nelle obbligazioni commerciali i debitori sono tenuti

(1) App. Genova 1° febbraio 1869, *Ditta Crouvellier et C.* c. *Corradi* (*Gazz. gen.* 1869, 459).

(2) Per l'art. 426, 1ª parte, del progetto preliminare conforme agli art. 168 cod. spagnuolo, 85 cod. portoghese, 184 cod. brasiliano, 378 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, « il commissionario incaricato di prendere un'assicurazione per conto del committente è responsabile del danno che deriva dall'ommissione se tiene i fondi occorrenti a pagare il premio, e se non rende note col mezzo più spedito al committente le cause che gli impediscono di adempiere l'incarico ». Tale disposizione non fu riprodotta nel progetto definitivo e nel codice.

(3) Cod. germanico art. 367, cap. I. Invece per l'art. 85 cod. portoghese, quando ha fondi per pagare il premio il commissionario è obbligato a fare l'assicurazione.

(4) Vedi, in questa Raccolta, alla voce **Assicurazione**, 149.

(5) Vedi **Assicurazioni marittime**, 51.

(6) Art. 406 codice commerciale.

(7) Siccome il vettore, quando gli vengono dichiarati effetti preziosi, danaro o titoli di credito, esige per il trasporto una somma maggiore di quella che esige pei trasporti ordinarii, le società di assicurazione, per far concorrenza alle imprese di trasporto, sul documento che comprova la fatta spedizione, assicurano contro i rischi del trasporto la detta cosa, per un premio inferiore a quanto il vettore esige. È questa l'operazione alla quale si allude nel testo.

(8) App. Roma, 30 luglio 1877, *Schisa* c. *Adler* (*Giurispr. it.* 1878, 195).

(9) Art. 1312 codice civile.

(10) Cass. Torino 30 luglio 1867, *Razeto* c. *Giammello* (*Gazz. gen.* 1867, 362). Ecco i motivi di questa decisione:

« Attesochè è accertato in fatto che Razeto, per contratto di commissione, incaricò Giammello di vendere il carico del bastimento *San Giovanni Battista*, di ritirarne il prezzo, e di valersi del ricavo e di altri capitali che già aveva in sue mani per procurarsi altro carico al viaggio di ritorno; che Giammello accettò la commissione affidatagli, ed il 3 dicembre 1851 vendette e rimise la merce statagli spedita da Genova a Martino De Castro negoziante di Montevideo, pel prezzo di pezzi 17,652.28 pagabili un terzo, cioè pezzi 5,878 all'atto della consegna della merce, ed i rimanenti due terzi, cioè pezzi 11,742, colla mora a 3 mesi che scadeva il 13 marzo 1882; che si fu solo nel principio di luglio 1852 che De Castro sospese i suoi pagamenti; infine che il residuo credito di Razeto ascende ancora in oggi a pezzi 5,073,056; quel residuo è accertato dalla liquidazione a cui si procedette in causa, e che non è fra le parti contestata.

in solido (11): di qui la conseguenza che la obbligazione di più commissionari è solidale (12). Ma la portata dell'art. 364 II cap. codice di commercio, è più estesa di quello che lo è la portata dell'art. 40, I. cap., codice stesso, perchè nel mentre la presunzione di solidarietà nelle obbligazioni commerciali non si estende ai non commercianti per le contrattazioni

« Che Razeto quando chiese a Giammello il pagamento di tale somma appoggiò la sua dimanda ad un dilemma. Disse che o Giammello aveva esatto l'intiero prezzo del carico del *San Giovanni Battista*, o non lo aveva esatto: nel primo caso doveva rappresentare ciò che risulta dovuto a Razeto, nel secondo doveva rispondere al medesimo della perdita di pezzi 5,039.056, avvenuta per aver Giammello dal giorno 13 marzo, in cui l'intiero credito era divenuto esigibile, fino al 7 luglio, in cui erasi proclamato il fallimento, e così pel periodo di quasi quattro mesi, trascurato, con colpevole negligenza, di agire contro De Castro; onde avere il pagamento del residuo di lui debito verso Razeto.

« Che la Corte di Genova colla prima sua sentenza del 28 luglio 1864 riteneva che non incombeva a Razeto di dimostrare che Giammello fosse stato negligente, bensì spettare a questi di provare che erasi efficacemente adoperato, per quanto stava a lui, per adempiere l'avuto mandato; in altri termini, che dovevasi provare la diligenza e non la negligenza.

« Che così suona tutta la motivazione della sentenza, così reca il dispositivo: dappoichè l'essersi dichiarato Giammello tenuto a render conto della esecuzione della commissione, e della fatta esazione alla scadenza, significa, e non può significare altro che questo, che egli dovesse dimostrare come e perchè non avesse potuto esigere il rimanente credito; come e perchè nell'intervallo dal 13 marzo al 7 luglio fosse rimasto inesatto un credito esigibile e maturo.

« Che, quando tale non fosse, come è realmente, il senso della prima sentenza della Corte di Genova, l'onere della prova ricadeva pur sempre a carico di Giammello per disposto di legge, dappoichè è certo in diritto che il mandatario commerciale è tenuto a diligenza esattissima, che il mandatario tenuto a render conto incontra responsabilità per ciò solo che non lo rende; che l'inadempimento di tale sua obbligazione lo costituisce in colpa in faccia alla legge, e l'obbliga al risarcimento del danno, ancorchè il mandante non abbia provato alcuna colpa positiva; che il commissionario incaricato di vendere deve ritrarre il danaro; obbligato a procurare l'incasso del prezzo, se egli non lo fa è in colpa, e passibile dei danni.

« Che di conseguenza Giammello, il quale in corrispettivo dell'adempimento della commissione statagli affidata, aveva ricevuto una provvigione, era obbligato a porre in opera tutta quella esattissima diligenza che la legge impone al commissionario, e perciò, se lasciò una parte del prezzo non esatto quando venne il tempo di esigere, se Giammello potendo riscuotere non riscosse, il committente è in diritto di volere che gli sia data ragione di questo operato del commissionario, e ciò non perchè la negligenza del commissionario si debba, o si possa anche solo presumere, ma bensì perchè il vincolo contrattuale richiede che quegli che assunse l'incarico di amministrare gli affari altrui, renda conto del modo come li amministrò, che il commissionario incaricato di esigere spieghi il perchè non esigette in scadenza.

« Che tanto più incombeva, nel caso in esame, a Giammello il carico di dare la prova della sua diligenza, in quanto il committente Razeto in atto non aveva fondato unicamente la sua domanda sul disposto di legge, sugli effetti giuridici nascenti dal contratto di commissione, non si era limitato a sostenere che Giammello per ciò solo che, essendo obbligato di procurar l'incasso della somma dovuta a Razeto, non lo aveva fatto nè al compiersi della mora, nè tampoco nel periodo trascorso dalla sentenza al fallimento, dovesse senz'altro rappresentare la somma inesatta, tranne provasse di avere, sebbene infruttuosamente, adoperata tutta la maggiore diligenza per ottenere il pagamento del residuale debito di De Castro; Razeto andava più oltre: sosteneva che si aveva già dalle risultanze degli atti la prova che Giammello, ben lungi dallo avere per l'adempimento della commissione statagli affidata, usato quella diligenza esattissima che la legge e gli usi del commercio richiedono nel mandatario commerciale, era stato anzi negligente. Nè Razeto si accontentava di una nuda allegazione, ma accennava varii fatti, dai quali, diceva, potersi con ragione argomentare la lentezza e noncuranza con cui Giammello aveva proceduto nello eseguire il suo mandato.

« Che Giammello ben riconobbe anch'egli come gli incombesse il carico di provare la sua diligenza, e di escludere che si potesse in qualche modo ascrivere a sua colpa, se il credito era rimasto in parte inesatto; e difatti egli si offrì pronto a giustificare il suo operato, colla prova per testi, deducendo i varî capitoli che vennero ammessi colla sentenza della quale si chiede l'annullamento..

« Che la Corte, disse nei suoi ragionamenti che la colpa vuol sempre essere concludentemente provata; che i primi giudici avevano creduto di dedurre le prove della negligenza di Giammello nell'adempiere alla commissione statagli affidata da semplici argomenti di presunzione, che avevano tratto da quattro circostanze indicate nella loro sentenza; che siffatte presunzioni di colpa rimanevano se non eliminate, quanto meno neutralizzate da altre presunzioni nascenti da fatti dedotti a prova; che perciò i capitoli dovevano essere ammessi, perchè l'esito delle prove orali, o verrebbe a cambiare gli argomenti di presunzione già addotti da Razeto, e quindi a completare le prove della negligenza colposa di Giammello, o verrebbe ad escluderla affatto.

« Che evidente quindi si appalesa come la sentenza in esame è informata da questo concetto, trattandosi di commissionario che, incaricato di esigere da debitore solvibile, alla scadenza non esigette, spetta al committente di provare anzitutto concludentemente la colpa o negligenza del commissionario; se il committente a prova della negligenza del commissionario non adduce che semplici presunzioni, e tali presunzioni vengono combattute da altre presunzioni nascenti da fatti articolati a sua discolpa dal commissionario, questi ove riesca nella prova offerta, rimane senz'altro sciolto da qualunque contabilità, locchè equivale a dire che il commissionario non è tenuto a provare la sua diligenza; che egli è nella condizione di semplice difesa; che perciò basta che il commissionario si difenda dalle accuse del committente, e riesca a neutralizzare gli argomenti stati contro di esso addotti a prova della sua negligenza perchè debba andare assoluto.

« Che questo concetto, che costituisce essenzialmente la base della sentenza in esame, è un concetto di diritto, perchè ha tratto all'ordine della prova, ed è evidentemente errato. Accertata la esistenza del mandato ad esigere, se è provato che l'intiero credito a scadenza non fu esatto, che vi esiste un credito residuale a favore del mandante, non può certo bastare al mandatario, per porsi al coperto da ogni responsabilità, il combattere e paralizzare gli argomenti di presunzione che venissero addotti contro di esso dal mandatario per stabilire la di lui negligenza; dacchè il mandato gli dava l'incarico, e gli imponeva l'obbligo di esigere, il semplice fatto di non aver esatto in scadenza, se non basta di per sè solo a provare che egli fu negligente o colpevole, lo pone quanto meno nella necessità di dover provare egli stesso attivamente la cagione per cui l'esazione non abbia potuto farsi. Questo è quanto insegnano i principî generali regolatori della convenzione, i quali stabiliscono che colui che pretende di essere stato liberato da una obbligazione, debba giustificare il pagamento ed il fatto che ne produce l'estinzione, e quanto al mandato, siffatta obbligazione è più specialmente dichiarata dalla legge, mentre il carico di render conto del suo operato, che incombe al mandatario, non può al certo aversi per adempiuto, ove egli si limiti semplicemente a rappresentare ciò che egli ricevette dal debitore, senza spiegare in alcun modo il motivo per cui la somma che manca a compimento del credito che si doveva esigere non fu esatto.

« Che il giudicato della Corte di Genova rovescia l'ordine della prova, altera la posizione giuridica in cui ha diritto di rimanere il committente Razeto, avvantaggia per contro quella del commissionario Giammello, ed il principio che sta a base della sentenza in

che rispetto ad essi non sono atti di commercio (1), nella commissione, siano o no commercianti i commissionari pei quali la commissione non è atto di commercio, vi è sempre fra loro la solidarietà: l'art. 364, cap. II, codice di commercio non fa distinzione.

Perchè vi sia la solidarietà, è d'uopo che vi siano più commissionari, sicchè è d'uopo nell'atto di nomina delle varie persone incaricate della commissione sia dichiarato che le stesse devono operare congiuntamente. Se non vi fosse tale dichiarazione, siccome in tal caso si reputa che essi siano incaricati di operare l'una in mancanza dell'altra secondo l'ordine nel quale il loro nome è indicato nell'atto di nomina (2), così in tal caso non vi sono più commissionari, ma ve ne è uno solo, e coloro che non hanno agito, non sono punto tenuti solidariamente con coloro che hanno agito.

55. L'inadempimento da parte del commissionario alle sue obbligazioni produce gli effetti che generalmente vengono prodotti dall'inadempimento delle obbligazioni assunte; in alcuni casi però produce effetti speciali. In questo numero ci si occuperà dei primi, nei successivi dei secondi.

L'inadempimento di qualsiasi obbligazione porta per effetto il diritto del creditore a chiedere il risarcimento dei danni (3). Non vi può essere dubbio che qualunque inadempimento da parte del commissionario delle sue obbligazioni, anche nel caso che l'inadempimento portasse qualcuno degli effetti speciali dei quali ci si occupò in proseguo, fa sorgere l'obbligo del risarcimento; l'obbligo al risarcimento nasce sempre quando l'obbligazione non è adempiuta: il disposto dell'art. 1218 codice civile e generale, è applicabile in ogni e qualsiasi caso (4).

Il contratto di commissione è un contratto bilaterale (5): di qui ne viene che nel caso di inadempimento da parte del commissionario alle sue obbligazioni, il committente ha la scelta o di costringere il commissionario allo adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandarne lo scioglimento (6). Non vi può essere dubbio che al committente compete anche questo secondo diritto, sebbene gli competa, come si vedrà a suo luogo, l'illimitato diritto di revocare l'incarico, perchè la revoca dell'incarico può darsi non sia rimedio sufficiente a salvaguardare i diritti del committente: la revoca dell'incarico vale per l'avvenire e non esercita alcuna influenza sugli atti già compiuti, ed il committente al quale pel non compimento degli atti successivi possono essere inutili gli atti già compiuti, può avere interesse ad usare un mezzo che tolga a questi ultimi atti gli effetti in suo confronto.

Come si è veduto in questo capo, le obbligazioni del commissionario sono di dare e di fare, e l'inadempimento può verificarsi per le une e per le altre. L'art. 68 codice di commercio ha speciali disposizioni relativamente alla obbligazione di dare, per ciò che concerne la vendita; quelle disposizioni però non trovano applicazione alla commissione; la commissione non è una vendita, ma un mandato, e però le disposizioni relative alla vendita le sono inapplicabili. È d'uopo dunque concludere che per ciò che concerne le obbligazioni di dare sono in materia di commissione applicabili le norme generali. Le norme generali sono applicabili anche per ciò che concerne le obbligazioni di fare; il committente può essere autorizzato a farle adempiere egli stesso a spese del debitore (7).

Se il committente non usa del diritto di costringere il commissionario all'adempimento delle obbligazioni può chiedere la risoluzione del contratto. L'art. 67 codice di commercio dispone che nella vendita commerciale di cose mobili la condizione risolutiva ha luogo di diritto a favore della parte che prima della scadenza del termine stabilito per l'adempimento del contratto, abbia offerto all'altra parte, nei modi usati in commercio, la consegna delle cose vendute o il pagamento del prezzo, se questa non adempie la sua obbligazione. Essendo tale disposto relativo alla compra-vendita e non essendo la commissione, anche se commissione di compra o di vendita, che un mandato, alla stessa non riceve applicazione. Non sarebbe applicabile nemmeno nel caso in cui il commissionario avesse assunto lo *star del credere*, perchè come si è visto al n° 48, questa convenzione accessoria al contratto di commissione non ne muta il carattere. Potrebbe essere applicabile in quei soli casi, che saranno esposti in proseguo, nei quali il commissionario assume la qualità di compratore o venditore; ma in tali casi non al commissionario ma al compratore o venditore l'art. 67 verrebbe applicato. Nel caso di inadempimento da parte del commissionario alle sue obbligazioni il contratto non viene sciolto di diritto; la risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente (8) e non può essere accordata al commissionario alcuna dilazione (9).

Cessa il diritto del committente di chiedere la risoluzione del contratto per effetto della condizione risolutiva tacita se egli vi abbia espressamente o tacitamente rinunziato: così, per esempio, nel caso in cui il committente di una compra di effetti pubblici a termine, il quale abbia dato istruzioni al commissionario di dar l'avviso telegrafico nel giorno stesso, s'intende abbia rinunziato al diritto di far risolvere il contratto pel mancato avviso telegrafico, se dopo cessata la possibilità di avere nello stesso giorno la risposta telegrafica gli abbia confermato l'incarico (10).

56. Nel numero precedente si è detto che in alcuni casi di inadempimento si producono effetti giuridici speciali: è questo il momento di occuparsi di tali casi, rilevando che nei casi stessi se si produce l'effetto di essere il commissionario obbligato al risarcimento dei danni, il committente non potrebbe però esercitare il diritto di cui all'art. 1165 codice civile, dal momento che in tali casi, è la stessa legge che determina le speciali conseguenze dell'inadempimento, ed in presenza di una speciale disposizione di legge cessa di aver forza la disposizione generale.

Si è veduto al n° 45 che il commissionario deve senza

---

esame, il principio cioè che Razeto debba provare che Giammello fu negligente, che questi non ha che a difendersi, è in urto colla natura stessa del contratto di commissione, che costituisce in colpa il commissionario per ciò solo che, incaricato di esigere alla scadenza non esigette... ».

(11) Art. 40 I p. cod. comm.

(12) Art. 364, cap. II, cod. comm.; Delamarre e Le Poitvin, III, 39.

(1) Art. 40, cap. II, cod. comm.

(2) Art. 364, 1ª parte, cod. comm. V. retro n° 28.

(3) Art. 1218 cod. civ.

(4) Confr. art. 1165 cod. civ., 356, 358 cod. comm.

(5) Vedi retro n° 8.

(6) Art. 1165, cap. I, cod. civ.

(7) Art. 1220 cod. civ.

(8) Art. 1165, cap. II, cod. civ.

(9) Art. 42 cod. comm.

(10) Vedi Trib. di comm. di Venezia, 4 febbraio 1874, *A. N.* (*Eco Trib.*, 1874, 719).

ritardo dar notizia al committente della esecuzione della commissione, e che nell'avviso deve indicare il nome della persona colla quale ha contrattato. Se il commissionario che ha venduto a fido nel dar avviso al committente della esecuzione della commissione, non indica nell'avviso stesso la persona del compratore ed il termine concesso, l'inadempimento della obbligazione produce l'effetto di far ritenere che l'operazione sia stata fatta a pronti contanti, esclusa ogni prova in contrario (1).

Se il commissionario, nel dar avviso al committente della eseguita commissione di compra o di vendita di cambiali, di obbligazioni dello Stato, di altri titoli di credito circolanti in commercio o di merci che hanno un prezzo di borsa o di mercato, non nomina la persona colla quale ha contrattato, l'inosservanza della obbligazione, salvo il diritto al committente, se crede di usarne, di costringere il commissionario a nominare la persona colla quale ha contrattato, ed a rimettere la corrispondenza con questa persona (2), produce l'effetto di dar diritto al committente di ritenere che il commissionario abbia venduto o comprato per proprio conto, e di esigere da lui l'adempimento del contratto (3). Se il committente usa del diritto di ritenere che il commissionario abbia venduto o comprato per proprio conto, il commissionario è pareggiato ad un venditore o compratore, tanto per ciò che concerne l'adempimento in genere della obbligazione, quanto per ciò che concerne le singole obbligazioni specifiche che dalla convenzione o dalla legge sono addossate al venditore od al compratore; sicchè a lui sono addossate le obbligazioni relative alla garanzia della qualità e della quantità della merce spedita, pur restando del resto applicabile in suo confronto la regola del mandato. Ben può dunque il committente esercitare contro di lui l'azione *quanti minoris* onde ottenere una adeguata diminuzione del prezzo, se la merce spedita fosse difettosa (4). Se il committente non vuole usare di questo diritto può costringere il commissionario ad indicare il nome della persona colla quale ha contrattato, e qualora il committente avesse usato di questa facoltà ed il commissionario, dichiarando di non aver egli venduto o comprato, non si prestasse al comando del committente, ben potrebbe questi usando del diritto riconosciutogli dall'art. 1165 codice civile, chiedere lo scioglimento del contratto (5).

57. Si è veduto al n° 40 che il commissionario deve agire nei limiti del mandato ricevuto. Se il commissionario fece delle operazioni con violazione od eccesso del mandato, il committente può, ciononostante, approvarle, e, nel caso le approvi, la ratifica sana la violazione o l'eccesso del mandato, di cui il commissionario si sia reso colpevole, contrattando con terzi (6). L'approvazione dell'operato del commissionario si presume nel caso in cui il committente ritarda a rispondere dopo ricevuto l'avviso, per un termine maggiore di quello richiesto dalla natura dell'affare, o concesso dagli usi del commercio (7), purchè l'avviso contenga la specificazione di tutte quelle circostanze che possono influire sulla determinazione del committente di approvare o rifiutare l'affare. Ma si presume anche quando, pur rispondendo al committente, serbi silenzio su quanto il commissionario fece con violazione od eccesso di mandato, tanto più se, scrivendo più tardi, pretende di invalidare il contratto sotto tutt'altro aspetto, senza lamentarsi della violazione o dell'eccesso nei quali il commissionario incorse (8).

Quello di approvare quanto dal commissionario è stato fatto con violazione od eccesso del mandato è un diritto del committente, una facoltà della quale può usare o no; sicchè il commissionario non potrebbe rifiutarsi a far la consegna della merce comprata, sotto pretesto ch'egli ha ecceduto il mandato, pur dichiarandosi pronto a risarcire il danno, una volta che il committente credesse di proprio interesse di approvare il contratto, quale fu dal commissionario conchiuso (9).

58. Se crede di non approvare quanto è stato fatto con violazione od eccesso di mandato; se il commissionario ha venduto per un prezzo inferiore al limite fissato, ed, in difetto, inferiore al prezzo corrente, l'interesse del committente non è leso per la vendita seguita, ma pel prezzo stabilito; ed è leso per la differenza fra il prezzo pel quale la vendita doveva, ed il prezzo pel quale la vendita stessa fu fatta. Questa limitata lesione dell'interesse del committente fa sì che i suoi diritti sieno limitati; egli non può rifiutarsi alla esecuzione del contratto dal committente stipulato, solo gli spetta il diritto che il commissionario adempia, rispetto a lui, alle condizioni dell'avuto incarico, e così di avere la differenza fra il prezzo pel quale la vendita fu, ed il prezzo pel quale doveva esser fatta (10). Ma, per la garanzia di questo suo diritto, gli competono tutti i diritti che competono ad un venditore verso il compratore, e però, se la vendita fu fatta a pronti, e la cosa è ancora nelle sue mani, avrà diritto di non farne la consegna, se insieme a quanto è dal terzo pagato non vi è aggiunta la differenza dovuta dal commissionario.

Il diritto ad ottenere la differenza cessa se il commissionario prova che la vendita al prezzo fissato ed al prezzo corrente era ineseguibile, e che colla vendita fatta il committente fu preservato da un danno (11). Ambedue queste condizioni sono necessarie acciò il commissionario non abbia alcun-

(1) Art. 385 cod. comm. it., 156 cod. spagnuolo, 54 cod. portoghese, 364 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay; Vidari, Op. cit., 144.

(2) Vidari, Op. cit., 131.

(3) Art. 386 capov. cod. comm. it., 376 ult. cap. Cod. germanico.

(4) App. Genova 4 novembre 1893, *Camagna* c. *Carello* (*Ann.*, 1893, 366).

(5) Con questo non si va contro al principio che in presenza di disposizioni speciali della legge circa gli effetti dell'inadempimento cessano di aver forza le norme generali; perchè la disposizione speciale che deroga alla norma generale è il diritto di scelta che compete al committente; quando il committente ha fatto la scelta per ciò che concerne l'adempimento delle obbligazioni risultanti a carico del commissionario in seguito alla avvenuta scelta, si rientra sotto l'impero delle norme generali.

(6) App. Napoli, 2 marzo 1873, *Manca* c. *Battista* (*Ann.*, 1873, 302). La ratifica degli atti del commissionario è un atto affatto diverso da quella ratifica di cui parla l'art. 1309 cod. civ. Delamarre e Le Poitvin, I, 167, 169.

(7) Art. 357 cod. comm. it., 350 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay.

(8) App. Genova 30 luglio 1886, *Minuto Ricci* c. *Balestra* (*Eco Gen.* 1886, 289), confermata dalla Cass. Torino, 30 giugno 1887 (*Giur. tor.*, 1887, 656).

(9) Vidari, Op. cit., 138.

(10) Art. 383 n° 1 cod. comm. it., 363 cod. germanico, 347 capo I cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay; Delamarre e Le Pointvin, II 307; Vidari, Op. cit., 138; App. Genova, 30 luglio 1886, *Minuto Ricci* c. *Balestra* (*Eco Gen.*, 1886, 289).

(11) V. articoli citati nella nota precedente. Vidari, Op. cit., 136. Fu giudicato che il commissionario è certamente obbligato per ogni colpa, violazione ed abuso nell'esercizio dell'avuto incarico, ma per

obbligazione. E ciò è naturale. Sia pure che il committente sia stato preservato da un danno, ciò non giustifica il commissionario, il quale, potendolo, non ha eseguito la vendita al prezzo fissato, ed in difetto, al prezzo corrente. Sia pure che la vendita al prezzo fissato od al prezzo corrente fosse ineseguibile, non per questo il commissionario è autorizzato a disporre della cosa altrui a condizioni diverse da quelle che dal proprietario della cosa stessa furono stabilite; il suo fatto non può essere giustificato che dalla utile gestione degli interessi del committente; è solo la preservazione del committente da un danno che può sanare l'eccesso nel quale il commissionario è incorso.

59. Nei casi nei quali il commissionario abbia stipulato a carico del committente un corrispettivo superiore a quello che il committente aveva fissato, od al corrente, l'interesse del committente quello si è di non esser tenuto al corrispettivo maggiore; ed alla tutela di questo interesse può essere provveduto in due modi: od addossando al commissionario l'operazione compiuta, o facendo sopportare al commissionario la differenza fra il correspettivo fissato o corrente, e quello convenuto. Che il committente possa pretendere che il suo interesse debba essere tutelato in questo secondo modo è da escludersi: pel fatto del mandatario che viola od eccede il mandato l'interesse del mandante non è punto compromesso, perchè egli non resta punto obbligato; se il suo interesse non è punto compromesso, egli nulla può pretendere dal mandatario; non può dunque pretendere che il commissionario sopporti la differenza fra il correspettivo fissato o corrente e quello convenuto; salvo, sempre s'intende, il risarcimento del danno che può esser derivato dalla inesecuzione della obbligazione. Il suo interesse sarebbe invece compromesso, quando a suo carico dovesse rimanere l'operazione dal commissionario compiuta con violazione od eccesso del mandato; e tale interesse è salvaguardato col rimedio di addossare al commissionario l'operazione compiuta; egli dunque non può avere che questo diritto. Il suo diritto però è tutelato se il commissionario offre di sopportare la differenza del correspettivo; dunque, se il commissionario fa questa offerta, il committente non può respingere l'operazione e considerarla fatta per conto del commissionario, ma deve accettarla: egli pagherà il correspettivo pattuito, ed il commissionario regolerà col terzo i suoi rapporti conformemente al contratto col terzo convenuto. Il n° 2 dell'art. 383 cod. comm. conformemente agli art. 364, 1ª p., cod. germanico e 347, cap. II, cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay fa una applicazione speciale di questo principio alla compra effettuata ad un prezzo superiore a quello fissato, od in difetto a quello corrente: se il commissionario ha comprato per un prezzo superiore a quello fissato od in difetto a quello corrente, il committente può respingere l'operazione e considerarla fatta per conto del commissionario ove questo non abbia a sopportare la differenza del prezzo (1). Ma se il commissionario senza attendere l'approvazione gli abbia fatto la spedizione della merce, il committente che respinge l'operazione ha le obbligazioni che l'art. 351 addossa al commerciante che riceve merce di altro commerciante anche se il committente non è un commerciante perchè i contratti obbligano anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità ne derivano, e non è equo che uno dei contraenti con una assoluta noncuranza degli interessi dell'altro contraente cagioni un danno. Il disposto dell'art. 382, n. 2, si ripete, non è che una applicazione di un principio più generale, e però se il commissionario ha contratto un prestito ad un tasso di interesse superiore a quello fissato dal committente, questi può respingere il prestito e considerarlo fatto per conto del commissionario ove questi non offra di pagare la differenza dell'interesse; lo stesso si avvera nel caso di assicurazione per un premio superiore a quello fissato, ecc. (2).

Il Vidari (3) ritiene applicabile anche alla compra ad un prezzo superiore a quello fissato il principio che il commissionario è liberato dalle conseguenze dell'eccesso del mandato se il contratto al prezzo fissato era ineseguibile, e se col contratto conchiuso il committente fu preservato da un danno. Tale opinione non può essere accolta. Il principio posto nel n. 1° dell'art. 383 codice di commercio fa eccezione alla regola generale scritta nella 1ª parte dell'art. stesso, che le operazioni fatte dal commissionario con violazione o con eccesso di mandato restano a suo carico; e come eccezione a tal regola non può essere estesa dal caso della vendita, caso pel quale è stata data, alla compra, caso pel quale la legge non ripete l'eccezione che aveva stabilita per la vendita. E non senza ragione la legge in materia di compra non ha stabilito la eccezione che stabilì in materia di vendita. In materia di vendita vi sono dei dati obbiettivi per stabilire se o meno il committente fu preservato da un danno; le spese per la custodia della cosa, per esempio, per la riconsegna della stessa al committente, sono dati quasi certi sui quali calcolare se o meno colla vendita eseguita il committente fu o no preservato da un danno. Quando viene dato mandato di vendere, non si può essere determinati alla operazione che da un solo motivo: ci si vuole privare della merce ottenendo il maggiore possibile vantaggio. Ma in materia di compra i dati, coi quali calcolare la preservazione del committente da un danno, non possono consistere che nei motivi che determinano il committente alla operazione che si intende compiere, dato questo tutto soggettivo che sfugge a qualsiasi calcolo, poichè il committente può far credere di avere dei motivi per compiere una operazione affatto diversi dai motivi reali; ed in ogni caso spetta a lui solo, non già al commissionario, valutare se gli sia più utile non compiere l'operazione anzichè compierla a condizioni diverse da quelle che il commissionario ha stabilite: quando ha stabilito pel compimento della operazione delle condizioni vuol dire che aveva le sue buone ragioni di ciò fare, e non può esser costretto ad accettare una operazione compiuta non conformemente a quanto è stato da lui disposto. Se il committente troverà di proprio utile la compra dal commissionario operata ad un prezzo più alto di quello fissato, si può star certi che egli ratificherà l'eccesso di mandato nel quale il commissionario cadde; il rifiuto di ratificare tale eccesso di mandato si può considerare, in via generale, come la prova la più evidente che il commissionario si è ingannato sulla valutazione del-

l'attuazione pratica di tale responsabilità, necessita indagare quali sono state le conseguenze del fatto addebitatogli. In ispecie trattandosi di vendita seguita per un prezzo inferiore al limite fissato dal committente, il commissionario è dispensato dal pagare la differenza quando prova che la vendita al prezzo voluto dal committente era ineseguibile, e che questi colla compiuta operazione fu preservato da un danno (App. Milano 13 febbraio 1884, *Ditta Busch Sohn* c. *Ditta Ferrario*: *Mon. dei Trib.*, 1884, 503).

(1) Vidari, Op. cit., 131.

(2) Op. cit., 140.

(3) Op. cit., 136.

(4) Op. cit., 139.

l'interesse del committente, e che ciò che il commissionario riteneva utile al committente, non lo è punto.

60. Nel caso in cui il commissionario abbia comprato merce di qualità diversa dalla commessa, siccome il committente non può essere costretto a ricevere cosa diversa da quella che egli volle comperare, così non può essere costretto ad osservare il contratto dal commissionario consentito: nel contratto di commissione è di rigore l'esatta osservanza del mandato circa la qualità della merce (1). Di qui il disposto dell'art. 383, n. 3°, codice di commercio, il quale, conformemente agli art. 135, capoverso 1°, codice spagnuolo e 66 codice portoghese, stabilisce che, se la cosa comperata non corrisponde alla qualità commessa, il committente può rifiutarla. E può rifiutarla tanto se è di qualità inferiore, quanto se è superiore a quella commessa, fosse stata in questo secondo caso pagata anche al prezzo dal committente fissato, perchè al committente può, pei suoi fini, importare di avere quella precisa qualità che ha commessa, e però non può esser costretto a ricevere cosa che ai suoi fini non serve (2).

Ma in qual modo il committente farà constatare la qualità della merce dal commissionario fattagli tenere? Risponde l'Appello di Aquila (3) che lo farà conformandosi al disposto dell'articolo 71 codice di commercio. Non vi può esser dubbio sull'esattezza di questa opinione. L'art. 71 è invero al titolo della vendita, ma il suo disposto lo si osserva esteso ad altri casi nei quali è d'uopo constatare la qualità della cosa (4); è d'uopo dunque riconoscere che lo stesso è estensibile per analogia a tutti i casi nei quali si deve far constare della qualità di una cosa che si riceve, e però è applicabile anche nel caso in cui il committente deve ricevere una cosa dal commissionario. Una volta che nel caso che si sta esaminando trova applicazione l'art. 71 codice di comm., il committente, che non si è giovato delle disposizioni di quell'articolo, deve nel caso di contestazione provare rigorosamente l'identità ed i vizî della merce (5); ma, quando la prova che si propone è in contraddizione coi documenti che si producono, la prova stessa deve essere dichiarata inammissibile (6).

Il disposto dell'art. 383, n. 3°, codice di commercio deve essere però coordinato col principio di cui all'art. 387, 1ª p., codice stesso, col principio, cioè, che il commissionario non è responsabile delle obbligazioni assunte dalla persona colla quale ha contrattato quando non vi sia convenzione od uso contrario. Ond'è che, se il commissionario non ha assunto lo *star del credere*, il committente può in confronto del commissionario rifiutare la merce comprata perchè non corrisponde alla qualità commessa, solo quando il commissionario ha comprato la cosa che si intende rifiutare; che se il commissionario ha comprato la cosa corrispondente alla qualità commessa, ove il venditore faccia la spedizione di cosa di qualità diversa, nei rapporti fra commissionario e committente, salvi i rapporti col terzo, la merce non può essere rifiutata, chè altrimenti ritenendo si verrebbe ad ammettere la responsabilità nel commissionario per la esecuzione da parte del terzo della obbligazione da questi assunta.

61. Se il commissionario, sebbene non autorizzato, fa anticipazioni, vendite od altre operazioni a fido, l'interesse del committente sarebbe leso ove egli dovesse stare a quanto dal commissionario è stato compiuto. Ma l'interesse del committente è tutelato, quando il commissionario assuma a suo carico il rischio del fido fatto: di qui il disposto dell'art. 384 codice di commercio, il quale, conformemente agli art. 154 cod. spagnuolo, 52 cod. portoghese, 362, 1ª p., cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, 369, cap. ult., cod. germanico stabilisce che il commissionario, il quale senza autorizzazione del committente fa anticipazioni, vendite od altre operazioni a fido, assume i rischi a suo carico, ed il committente può esigere da lui il pagamento della somma corrispondente ai fidi fatti (7). Ma giustizia vuole anche che il committente non goda di quei vantaggi che dalla anticipazione o dalla operazione a fido provvengono, e che quei vantaggi sieno goduti dal commissionario che ha gli svantaggi provenienti dal fido fatto: di qui la conseguenza che in questo caso il committente deve lasciare al commissionario gli interessi ed i vantaggi che derivano dal fido fatto (8). Ma, per determinare cosa in questo caso il committente deve cedere al commissionario è d'uopo fare attenzione al disposto della prima parte dell'art. 383 codice di commercio, il quale stabilisce una obbligazione assoluta del commissionario: quella di assumere a suo carico i rischi; e stabilisce un diritto del committente: quello di esigere da lui il pagamento immediato della somma corrispondente ai fidi fatti. Pur sussistendo l'assunzione da parte del commissionario del rischio, il committente può non usare del diritto di chiedere l'immediato pagamento, ed in questo caso il di più che il terzo corrisponde pel fido fattogli andrà distinto; l'interesse corrente sulla somma importare del fido spetterà al committente, al commissionario non spetterà che ciò che supera l'interesse stesso, e nulla gli spetterà se tutto il vantaggio della operazione consiste nell'interesse corrente.

62. Ma la violazione o l'eccesso di mandato può verificarsi anche relativamente alla persona del terzo col quale il commissionario ha contrattato, o relativamente alle condizioni del contratto, o relativamente alla quantità delle merci dedotte in contratto. In questo caso vale il principio contenuto nella prima parte dell'art. 383 codice di commercio contemperato dal principio che il committente non può pretendere una tutela più efficace di quella che il suo interesse esige. E però, se la violazione e l'eccesso dell'incarico si saranno verificati relativamente alla quantità delle cose, il committente ha diritto di lasciare a carico del commissionario le operazioni per la quantità che eccede la commissione, nel caso in cui la quantità contrattata sia maggiore di quella commessa; se la quantità contrattata è minore ha diritto di lasciare l'operazione a carico del commissionario se questi non offre la differenza fra la quantità contrattata e quella commessa dal momento che una quantità minore di quella commessa può rendere impossibile al committente il raggiungimento di quei fini che egli intendeva raggiungere colla operazione.

(1) Cass. Torino, 4 luglio 1873, *Rimini* c. *Bertero* (*Gazz. gen.* 1873, 224).
(2) Delamarre e Le Poitvin, I. 240, 241.
(3) 13 sett. 1887, *Ditta Cibrario* c. *Monello* (*Foro Abruzz.* 1887, 159).
(4) Confr. art. 402 cod. comm.
(5) Art. 71, cap. ult., cod. comm.
(6) App. Aquila, dec. cit.
(7) Vedi Vidari Op. c., 141 e seg.; App. Torino, 9 dic. 1871, *Andizzoja* c. *Peluffo* (*Ann.*, 1872, 280); App. Genova 30 luglio 1886, *Minuto* c. *Balestra* (*Eco gen.* 1886, 289). — Fu giudicato che il commissionario che si obbliga a vendere a pronti contanti deve rispondere del fatto di aver consegnata la merce al compratore senza esigere il contemporaneo pagamento del prezzo, ed è indifferente la circostanza che il compratore sia caduto in fallimento (App. Genova, 9 aprile 1866, *Sanguinetti* c. *Ighiene*: *Gazz. gen.* 1866, 430).
(8) Art. 384, prima parte, cod. comm.

Per quanto concerne gli altri casi, se la natura della operazione è tale che l'obbligazione al cui adempimento il committente ha diritto può essere adempiuta dal commissionario, o la violazione e l'eccesso del mandato relativamente alle condizioni stabilite sono tali che il commissionario può del proprio supplire a quanto il committente ha interesse sia adempiuto, in allora il committente quando il commissionario si offra ad adempire a quanto esso committente ha interesse sia adempiuto, non può rifiutare l'offerta del commissionario dal momento che quando questi lo pone nella posizione nella quale si sarebbe trovato se il mandato fosse stato strettamente adempiuto, il suo interesse è tutelato; in caso contrario il committente ha diritto di lasciare a carico del commissionario l'operazione compiuta (1).

Se il commissionario non fa la spedizione o la consegna delle somme che appartengono al mandante nel giorno in cui la spedizione o la consegna deve esser fatta, l'art. 355 codice di commercio stabilisce che è tenuto a pagare l'interesse sulle somme stesse (2). Se il giorno in cui la spedizione deve esser fatta è determinato nel contratto, è da tal giorno che comincierà l'obbligazione del pagamento degli interessi: se non è determinato dal contratto, questo giorno è quello nel quale non è più necessario che il commissionario detenga le somme che appartengono al committente per la esecuzione dell'incarico: cessato il bisogno di detenere le somme necessariamente cessa il diritto di detenere le somme stesse e però sorge l'obbligo di pagare gli interessi.

Non è però questo il solo caso in cui il commissionario è obbligato al pagamento dell'interesse sulle somme di appartenenza del commissionario da lui detenute. Chè in tutti i casi nei quali il deposito presso il commissionario di somme fosse un deposito regolare, ed egli impiegasse le somme stesse a proprio uso, in applicazione dell'art. 1700 codice civile, egli dovrebbe gli interessi sulle somme impiegate.

63. L'inadempimento da parte del commissionario alle sue obbligazioni non produce effetti speciali che nei casi dei quali ci si è occupati nei numeri 54 e seg.; in tutti gli altri casi al committente non spettano che i diritti che si sono menzionati al n. 53, i diritti cioè o di costringere il commissionario all'adempimento, quando sia possibile, o di chiedere la risoluzione del contratto.

Si trova giudicato:

1° Se con unico contratto fossero state date diverse commissioni, ricusandosi il commissionario di adempiere una delle obbligazioni da lui assunte, il committente è in diritto di rifiutare la sua accettazione alla tratta pel pagamento della commissione medesima (3).

2° Il committente di una compra-vendita di effetti pubblici a termine che ha dato incarico per telegrafo con richiesta di risposta telegrafica, può respingere il contratto conchiuso dal commissionario se la risposta non gli arriva il giorno stesso (4).

Niente di meno che esatto è affermato in queste decisioni: l'inadempimento da parte del commissionario alle sue obbligazioni, legittima da parte del committente l'inadempimento delle proprie; il committente non è tenuto a vedere accrescere il danno che gli è poi derivato in seguito all'inadempimento a suo pregiudizio avvenuto, coll'adempiere le obbligazioni che avrebbe verso il commissionario in seguito al contratto.

Si trova in quella vece giudicato che il committente non può sottrarsi all'adempimento delle obbligazioni dal commissionario contratte, sebbene il commissionario non gli abbia dato avviso (5). Questa decisione non può essere approvata. La mancanza nel dare l'avviso è un inadempimento da parte del commissionario alle sue obbligazioni, e questo inadempimento autorizza il committente a non adempiere le proprie ed a far dichiarare la risoluzione del contratto di commissione.

Capo IV. — **Diritti del commissionario.**

64. Per ciò che concerne le obbligazioni del commissionario si sono considerati i tre momenti della esecuzione del contratto di commissione: ciò che può intervenire fra committente e commissionario per la trattazione dell'affare, la trattazione dell'affare, il porre il committente in condizione da trar profitto dall'affare trattato. I due primi momenti si devono considerare anche per ciò che concerne i diritti del commissionario; il terzo momento che deve essere considerato quello si è del conseguimento da parte del commissionario di ciò che ha diritto di conseguire in esito alla operazione compiuta.

65. Per trattare un affare commerciale ben di rado si può agire impiegando esclusivamente la propria attività personale; quasi sempre sono necessari mezzi materiali, che sono diversi a seconda dell'affare che deve essere trattato. È competenza della tecnica commerciale stabilire quali mezzi sono necessari per la trattazione di ogni singolo affare; alla scienza giuridica basta constatare in fatto, che in tanto il commissionario può dar mano alla trattazione dell'affare, in quanto sia in condizione di procedere alla trattazione dell'affare stesso, abbia, cioè, i mezzi necessari acciò la trattazione possa aver luogo.

(1) Fu però giudicato che il committente che detenga le merci non può rifiutare l'esecuzione del contratto anche se il commissionario abbia ecceduto i limiti del mandato (App. Genova, 15 luglio 1866, *Minuto c. Ricci: Ann.*, 1866, 477).

(2) Vidari, Op. cit., 17.

(3) App. Genova 30 gennaio 1872, *N.N.* (*Giur. Ital.*, 1872, 56).

(4) Trib. di comm. di Venezia 4 febbraio 1874, *N.N.* (*Eco Trib.*, 1874, 719).

(5) App. Venezia 21 gennaio 1875, *Pivetta c. Ditta Gasparini Codognato* (*Giur. Ital.*, 1875, 273).

Sarà forse il commissionario obbligato a fornire tali mezzi? Per alcuni affari il commissionario non potrebbe, nemmeno volendo, fornire i mezzi necessari alla esecuzione della commissione: trattasi, per esempio, di vendere delle merci di proprietà del committente? necessariamente deve essere il committente colui che deve dare al commissionario le merci da vendere. Per altri affari il commissionario potrebbe egli fornire i mezzi necessari alla esecuzione della commissione: se trattasi di comprare delle merci, ben potrebbe il commissionario sborsare il prezzo; se trattasi di far delle spese per l'esecuzione della commissione, ben potrebbe il commissionario fornire del suo il danaro necessario per le spese stesse. Ma sarà il caso di ritenerlo per effetto della accettazione della commissione obbligato a fornire questi mezzi? L'interesse diretto, principale per l'esecuzione della commissione, è del committente, non già del commissionario, il primo è il padrone dell'affare; è dunque ragionevole che egli fornisca al commissionario i mezzi necessari per l'esecuzione della commissione (1). Di qui il disposto dell'art. 360 codice di commercio: il committente è tenuto a somministrare al commissionario i mezzi necessari per l'esecuzione dell'incarico (2). E siccome non avvi nessuna ragione per vietare alle parti di convenire diversamente, così l'articolo stesso si affretta a far notare, che il committente è tenuto a tale somministrazione, se non vi è convenzione contraria. Delamarre e Le Poitvin (3) ritengono non applicabile l'articolo 360 predetto a quelle spese lievi che per gli usi commerciali vengono anticipate dal commissionario; ma bisogna andar più in là; siccome i contratti obbligano anche alle conseguenze che secondo l'uso ne derivano (4), così ognora quando è di uso che il commissionario fornisca egli i mezzi necessari alla esecuzione dell'incarico, siano o no lievi le spese che è necessario anticipare, quando il commissionario nella accettazione dell'incarico non abbia espressamente escluso di esser tenuto a fornire i mezzi necessari, il commissionario è tenuto a fornire i mezzi stessi (5) dal momento che i contratti obbligano non solo a quanto in essi è espresso ma anche alle conseguenze che secondo l'uso ne derivano. Se poi fosse abitudine fra committente e commissionario che questi fornisca i mezzi necessari alla esecuzione dell'incarico, sarebbe sempre il commissionario in diritto di non fornirli per l'affare di cui viene incaricato, ma della sua determinazione dovrebbe avvertire il committente in quel termine entro il quale ogni commerciante è obbligato a dichiarare che non intende accettare l'incarico offertogli. La ragione di ciò è evidente! Quando pei rapporti che esistono fra due persone colui che assume la qualità di commissionario è abituato a fornire i mezzi necessari per l'esecuzione dell'incarico, il committente ritiene che il commissionario non intende usare del diritto che l'art. 360 codice commerciale gli riconosce, e però ritiene di aver fatto da parte sua quanto è necessario acciò l'incarico sia eseguito. La buona fede commerciale esige che il commissionario, che intende mutar sistema, avverta il committente del mutamento che intende apportare a quanto fino allora si è praticato: la commissione è un contratto, ed a termini dell'art. 1124 codice civile i contratti devono essere eseguiti in buona fede.

Se nel contratto fu stabilito il luogo dove il commissionario avrebbe ricevuto quanto dal committente gli deve essere dato per l'esecuzione dell'incarico, è in questo luogo che il ricevimento deve avvenire; ma se sul proposito nulla fu determinato dalle parti, è al domicilio del commissionario che il committente deve fare la consegna (6) dal momento che non è il commissionario interessato ad esigere, ma è il committente interessato a pagare.

Se il commissionario non è obbligato a fornire i mezzi necessari all'esecuzione della commissione, egli non è punto obbligato a dar mano alla trattazione dell'affare fino a quando il committente non si è prestato alla esecuzione della sua obbligazione (7). Se i mezzi posti a disposizione del commissionario sono divenuti insufficienti, il commissionario deve avvertire il committente, acciò questi fornisca i supplementi che fossero del caso, e non sarebbe obbligato a proseguire nella trattazione dell'affare, fino a quando il supplemento non fosse stato posto a sua disposizione; se per l'interruzione della trattazione dell'affare la trattazione stessa è divenuta meno utile imputi a sè il committente questa minore utilità; se egli avesse fornito al commissionario sin dal bel principio quanto a questi era necessario, l'interruzione non avrebbe avuto luogo. E dovrebbe imputare il committente a sè stesso i danni verificatisi anche se avesse, tosto che ne fu richiesto, forniti al commissionario i mezzi necessari, ove essi per una cagione qualsiasi, anche indipendente dal fatto suo, non fossero giunti a destinazione, o fossero giunti troppo

---

(1) Vedi Cass. Napoli 13 aprile 1869, *Romano* c. *Labonini* (*Gazz. Proc.*, IV, 232); Cass. Roma, 26 febbraio 1877, *Borridi* c. *Cavalieri* (*Legge*, 1877, 1, 705).

(2) Fu giudicato che il commissionario essendo esposto verso il terzo per l'esecuzione del contratto, può farsi consegnare dal committente la somma che stima necessaria per mettersi al coperto, somma che rappresenta la caparra o la garanzia del commissionario (App. Venezia 13 febbr. 1891, *Freund* c. *Galanti*: *Temi Ven.*, 1891, 135). La decisione è così motivata:

« Si dice dal Galanti e si afferma dal tribunale che la simulazione del contratto risulta evidente dal fatto, che si rilasciavano da esso Galanti delle cambiali mano mano che si liquidavano i prezzi dei generi dedotti in contratto, le quali rappresentavano la differenza fra il prezzo del frumento o mais fissato nel contratto e quello risultante dal corso della giornata.

« Su di che giova osservare che la ditta Freund nel contratto in parola agì da semplice commissionata, ed intorno a ciò non vi è dubbio, perchè risulta da tutte le corrispondenze e dallo stesso telegramma 15 ottobre 1888 che essa comprò il grano ed il grano turco in via di commissione.

« Ora è risaputo che il commissionario, per disposto degli articoli 380 e seg. cod. comm., è quello che tratta gli affari in nome proprio ma per conto del committente, per cui esso è obbligato direttamente verso la persona colla quale ha contrattato come se l'affare fosse suo. Assumendo quindi il commissionato una personale responsabilità verso colui col quale ha contrattato, egli verrebbe a risentirne le dannose conseguenze in caso di inesecuzione del contratto. Ond'è che stante tale eventualità, che spesso si verifica nei contratti a lungo termine, egli a titolo di garanzia si fa consegnare una determinata somma che stima necessaria da metterlo al coperto.

« Da qui è che se la ditta Freund colla lettera 10 ottobre 1888 chiese alla ditta Galanti a titolo di deposito mezzo fiorino per ogni quintale di merce acquistata in commissione per conto di essa ditta Galanti, tale deposito non rappresentava che appunto la caparra, ossia la garanzia della ditta Freund per la eventuale inesecuzione del contratto 15 ottobre 1888 da parte della ditta Galanti, e non già la differenza per il ribasso della merce ».

(3) II, 221 e seg.

(4) Art. 1124 cod. civ.

(5) Vidari, Op. cit., 31.

(6) Confr. art. 1260, n° 6° cod. civ.; App. Genova 11 giugno 1872, *Frassetti* c. *Molinari* (*Giur. Ital.*, 1872, 389).

(7) Art. 124 cod. spagnuolo e 58 cod. portoghese.

tardi (1); doveva egli prevedere i disguidi, i ritardi che si potevano verificare e però provvedere a tempo. Se però per un caso straordinario i mezzi forniti al commissionario fossero divenuti insufficienti, il commissionario dovrebbe egli fare l'anticipazione, quando facendo altrimenti fosse per esporre il committente a gravi danni, e sebbene non ci fosse alcun patto speciale espresso intorno a ciò (2).

Se il commissionario è obbligato a fornire i mezzi necessari all'esecuzione dell'incarico, egli deve adempire la sua obbligazione, anche quando i mezzi da fornire eccedessero i calcoli che egli avesse fatto, assumendo la commissione, relativamente alla entità degli esborsi che sarebbe stato necessario compiere, se non ha pensato a tutte le possibili evenienze, imputi a sè le conseguenze del suo errore. L'art. 433 del progetto preliminare, conformemente agli art. 125 cod. spagnuolo, 345 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, autorizzava il commissionario obbligato a fornire i mezzi necessari, a non eseguire tale obbligazione, nel caso di sopraggiunto notorio discredito del committente. Questa disposizione non fu riprodotta nel progetto definitivo e nel codice, e con ragione. Si comprenderebbe benissimo una disposizione, come quella che era stata proposta nell'art. 433 del progetto preliminare, se nessun mezzo potesse dal commissionario esser posto in opera onde salvaguardare il proprio interesse, onde non esser costretto ad esborsare per altri delle somme che, con tutta probabilità, non potrebbe ripetere. Ma nel contratto del quale ci si occupa, se pel sopraggiunto discredito del committente egli trovasi in pericolo di non essere rimborsato di ciò che fosse per pagare, egli ha un mezzo spiccio per tutelare il proprio interesse, senza venir meno alla osservanza dei patti stabiliti, egli, come si vedrà a suo luogo, può rinunciare all'incarico o dichiarare che non intende continuare nello stesso, senza le opportune cautele. Questo mezzo salvaguarda a sufficienza il suo interesse, e però non ha ragione che la legge gliene conceda altri.

66. Al n. 32 si è veduto che il commissionario può fare al committente delle anticipazioni sulle merci che il committente gli ha spedite; al numero precedente si è veduto che il commissionario può sborsare ciò che è necessario per eseguire la commissione. Sono questi dunque casi nei quali il commissionario anticipa delle somme, e però, a termini dell'art. 1755 codice civile, sulle somme anticipate, il committente deve al commissionario l'interesse dal giorno del fissato pagamento (3). Se le parti hanno fra loro convenuto quale sarà l'interesse che dal committente dovrà essere corrisposto al commissionario, naturalmente si starà alla convenzione; se nulla sarà stato dalle parti convenuto, l'interesse sarà il legale, e se è uso commerciale che venga corrisposto un determinato interesse, ci si dovrà attenere all'uso.

67. Il committente può aver spedito al commissionario delle merci; al n. 31 si è veduto quali obbligazioni sorgono in questo caso a carico del commissionario; qui ci si deve occupare dei diritti che in tal caso al commissionario competono.

Anche il commissionario che riceve merci dal committente ha quel diritto che compete al committente, che riceve merci dal commissionario, il diritto cioè di provocare il decreto del presidente del tribunale o del pretore, col quale viene ordinato che la qualità e le condizioni della cosa ricevuta sieno verificate da uno o più periti nominati d'ufficio (4); ed il commissionario che non si è giovato di questo diritto, è obbligato, in caso di controversia, a provare rigorosamente l'identità e i vizî della merce.

Quando le cose spedite al commissionario arrivano danneggiate, ed il danno richiede urgenti provvedimenti, il commissionario può provocare dal presidente del tribunale, e nei luoghi ove non ha sede un tribunale, dal pretore, il decreto che ordini la vendita per conto di chi spetta delle cose avariate (5). L'art. 352 codice di commercio sottopone l'esercizio di questo diritto da parte del commissionario, alla condizione che il danno richieda urgenti provvedimenti; sicchè, se nessun danno potesse derivare al committente anche se si soprassedesse dall'invocare l'accennato provvedimento pel tempo necessario acchè si portasse a notizia del committente il danno verificatosi e pervenissero istruzioni, il commissionario non potrebbe invocare il provvedimento di vendita, dovrebbe attendere le istruzioni del committente e regolarsi in conformità alle stesse. È inutile rilevare, perchè lo si comprende da sè, che, qualora nessuna utilità fosse per ricevere il committente dalla vendita, il commissionario non potrebbe provocare il decreto ordinante la stessa; se l'art. 352 codice di commercio riconosce un diritto al commissionario, lo fa solo in considerazione della utilità che il committente può risentire dall'esercizio di questo diritto. Se il commissionario crede opportuno di provocare il decreto che autorizza la vendita, egli indubbiamente è tenuto a far notificare il decreto al vettore, ma non è punto obbligato a notificarlo anche al committente, dal momento che egli null'altro fa se non quanto dal committente sarebbe stato eseguito, non fa cioè un atto contro, ma pel committente, salvo il suo obbligo di dare avviso al committente di quanto ha creduto di fare.

Nei trasporti marittimi è ammesso l'abbandono delle cose caricate per il nolo, quando vino, olio od altri liquidi sieno colati in modo che le botti che li contenevano sieno rimaste vuote o quasi vuote (6); e nelle assicurazini marittime è ammesso l'abbandono all'assicuratore delle cose assicurate colpite da sinistro (7). Nell'uno e nell'altro caso il commissionario ha diritto di fare l'abbandono, quando non vi sia il tempo per avvertire il committente del verificatosi evento, e di ricevere le sue istruzioni sulla condotta da seguire (8); ma se l'indugio necessario per avvertire il committente e ricevere istruzioni non può pregiudicare i diritti di questi, il commissionario deve dare l'avviso, attendere l'arrivo delle istruzioni, ed, arrivate queste, conformarvisi.

Nei casi degli art. 352, 581, cap., 632 e seg. codice commerciale, il commissionario vedendo che avvi tempo sufficiente per avvertire il committente ed attendere le istruzioni può aver dato l'avviso, e le richieste istruzioni non giungere; in tal caso, quando si è arrivati ad un momento tale che l'inazione può recare pregiudizio al committente, il commissionario non solo ha diritto, ma ha l'obbligo di agire in quel

(1) Vidari, Op. cit., 31
(2) Lo stesso, 32.
(3) App. Firenze, 21 marzo 1870, *Capei* c. *Julini* (*Ann.*, 1870, 19); App. Venezia, 6 marzo 1879, *Ditta Verna* c. *Heidelmann* (*Monit. giudiziario*. Venezia, 1879, 104).
(4) Art. 71 I p. cod. comm.
(5) Art. 352 e 71, cap. I, cod. comm.
(6) Art. 581, cap., cod. comm.
(7) Art. 632 e seg. cod. comm.
(8) Vedi App. Firenze, 20 maggio 1868, *Guarnieri* c. *Strade ferrate romane* (*Ann.*, 1868, 225).

modo che agirebbe un regolato commerciante; perchè deve presumere che la mancanza di riscontro al suo avviso, abbia origine da circostanze indipendenti dalla volontà del committente, non essendo presumibile che un regolato commerciante, avvertito di salvaguardare i propri interessi, non si curi dell'avvertimento ricevuto ed ometta di dare quelle istruzioni che sono necessarie onde evitare pregiudizi.

Se pei patti intervenuti le merci non dovessero rimanere presso il commissionario che per un tempo determinato, o se trattasi di merci avariate, il commissionario ha diritto a che, trascorso il tempo convenuto, il committente le ritiri; e qualora non si prestasse non può disconoscersi al commissionario il diritto di provocare il deposito giudiziale delle merci stesse.

Le cose possono essere state ricevute in buono stato, e nel tempo in cui il commissionario le detiene, verificarsi alle stesse un danno del quale il commissionario non è tenuto a rispondere. Il capov. dell'art. 410 del progetto preliminare, in conformità al disposto dell'art. 366 del codice germanico, per tal caso disponeva che, se per la natura del danno è urgente provvedere alla vendita degli effetti, e manca il tempo necessario a chiedere istruzioni, od il committente tarda a darle, il commissionario può venderle sotto la propria responsabilità, o provocare le disposizioni indicate nell'art. 68 del progetto (71 del codice). Questa disposizione non fu riprodotta nè nel progetto definitivo, nè nel codice; ma ad eccezione della facoltà di dirigersi al presidente del tribunale od al pretore per far ordinare la vendita (1), non vi può esser dubbio sulla facoltà del commissionario di vendere le merci, quando si verifichino gli estremi di fatto nel capov. dell'art. 410 dal progetto preliminare previsti. E non solo non può dubitarsi della facoltà, ma nemmanco dell'obbligo del commissionario di procedere a tale vendita, dal momento che suo obbligo è quello di far tutto ciò che dall'interesse al committente è comandato, e che vale a preservare questi da danni od a non accrescere i danni che avesse sofferto.

68. I diritti del commissionario relativamente alla trattazione dell'affare, sono determinati dall'indole dell'affare, la trattazione del quale fu commessa, e dalle istruzioni che il committente gli ha date.

Salva l'osservanza delle istruzioni dal committente impartite, il commissionario rappresenta il committente in tutto ciò che è relativo alla trattazione dell'affare (2), ed ha diritto di compiere liberamente tutti gli atti necessari alla esecuzione dell'incarico, ancorchè non espressamente indicati nell'atto col quale l'incarico fu conferito (3). Conseguentemente il commissionario, salvo diverse disposizioni che fossero state date nelle istruzioni, s'intende autorizzato ad assicurare le cose del committente dai rischi ai quali sono esposte (4), ad incontrare le spese di spedizione che fossero necessarie, le spese di altre commissioni in luoghi diversi da quelli nei quali il commissionario risiede, di senseria, dello *star del credere* di altri commissionari onde essere sicuro dell'adempimento del contratto che si sarà per stipulare col terzo, di sconti, di compera di divisa, di compera di monete diverse da quelle aventi corso obbligatorio o legale, quando la compra è necessaria per l'esecuzione dell'incarico (5). Se egli però avesse assunto lo *star del credere* verso il proprio committente, non s'intende punto autorizzato ad incontrare la spesa di un ulteriore *star del credere* che venisse assunto da un successivo commissionario: in questo caso lo *star del credere* che viene assunto dal commissionario successivo non è utile al committente, che collo *star del credere* del suo commissionario diretto ha la garanzia dell'adempimento della obbligazione col terzo col quale il commissionario sarà per contrattare, ma è utile soltanto al commissionario diretto che colla convenzione accessoria stipulata viene ad ottenere una garanzia dell'adempimento di quella obbligazione, la garanzia della quale egli ha assunta verso il committente suo; le spese di questo *star del credere* devono sempre essere assunte da esso commissionario diretto, non già dal committente.

Se non sono date istruzioni che per alcune particolarità dell'affare, si deve ritenere che per le altre particolarità, per cui si è taciuto, il mandato sia libero (6), e se furono commessi più affari, per alcuni dei quali soltanto furono date istruzioni, il mandato è libero per gli altri (7).

69. Il tribunale di commercio di Milano (8) ha deciso che il commissionario può acquistare la merce per un committente, e rivenderla ad altro committente suo, per un prezzo superiore a quello pagato pel primo committente. Questo principio, nei termini nei quali è formulato, non può essere accettato, ma è duopo apportare allo stesso delle notabili restrizioni. Se un commissionario riceve una commissione di comperare merci e di rivenderle, e dopo eseguita la compera riceve una commissione successiva da altra persona per comperare merci della stessa specie e qualità di quella già comperata, e che tiene per rivendere, nulla osta a che egli possa vendere al secondo committente la merce comprata pel primo: non avvi alcuna incompatibilità a che il commissionario compia le due operazioni, potendo benissimo fare l'interesse di ambedue i suoi committenti, senza essere costretto, per fare l'interesse di uno, omettere di fare quello dell'altro. È appunto uno dei benefizî economici del commercio e della commissione quello di rendere possibile la conclusione di affari a mezzo di una persona sulla quale si concentrano le offerte e le domande, e così di rendere possibile la conclusione di affari senza provocare quei ribassi di prezzi che provengono da offerte di vendita, o quei rialzi che vengono provocati da ricerche di compera. In questi limiti è vero il principio posto dal tribunale di Milano nella surriferita decisione.

Ma che si possa estendere quel principio anche al caso in

(1) L'art. 71 cod. comm. riceve applicazione in quei casi nei quali fra più interessati vi è opposizione di interesse, non in quei casi nei quali, come in quelli previsti nel testo, la opposizione di interesse non esiste.

(2) In applicazione di questo principio fu giudicato che la persona incaricata dal venditore di curare la vendita della merce ha il mandato di rappresentarla in tutto ciò che può occorrere per la completa esecuzione del contratto, e però il venditore è validamente rappresentato dal commissionario anche per la perizia nel caso di rifiuto della merce (App. Genova, 15 dic. 1883, *Blumenfeld e Gondrand* c. *Liberti*: *Eco Gen.*, 1884, 166).

(3) Art. 350, cap. II, cod. comm. Vidari, Op. c., 8.

(4) Vedi **Assicurazioni marittime,** 52. Se gli fu proibito di fare l'assicurazione, ed egli assicura medesimamente, a tutti gli effetti di legge non è che un gestore di negozii: l. c.

(5) Vedi app. Venezia, 6 marzo 1879, *Ditta Verna* c. *Heidelmann* (*Monit. giudiziario*, Venezia, 1879, 184).

(6) Art. 350, capov. 1°, cod. comm.

(7) Vidari, Op. cit., 8.

(8) 9 febbraio 1878, *Ditta Tavola* c. *Franzi* (*Giorn.*, 1878, 226).

cui il commissionario dopo accettata la prima commissione, avanti di eseguire la compera pel primo committente, accetti la seconda commissione di compera della stessa merce, è assolutamente da escludersi, siccome incompatibile colle obbligazioni che al commissionario sono addossate. Se il commissionario è tenuto a procurare pel suo committente le migliori condizioni possibili quando egli deve comperare la merce, se la compera per conto del primo committente per rivendere la merce al secondo per un prezzo superiore non procura per questo secondo committente le migliori condizioni che gli era possibile ottenere, perchè per procurargli queste migliori condizioni egli avrebbe dovuto fare direttamente la compra pel secondo committente stesso, risparmiandogli quella differenza di prezzo che viene guadagnata dal primo committente. Se vuole mantenersi imparziale ed adempiere le obbligazioni che egli ha, o deve comperare la merce per lo stesso prezzo per ambedue i committenti, ed allora resta escluso che possa passare al secondo la merce comperata pel primo dal momento che per questi l'operazione sarebbe inutile non riuscendo a realizzare alcun guadagno; o se per le condizioni del mercato non è disponibile tanta merce quanta ne occorra per soddisfare alla richiesta di ambedue i committenti, deve rinunziare ad una delle due commissioni, a sua scelta, se è in tempo di poter fare la rinunzia, o se non è più in tempo di rinunziare alla prima commissione ricevuta, non deve accettare la seconda.

70. Al momento della formazione del codice di commercio vigente si questionava, in teoria, se il commissionario poteva egli stesso comperare le merci della cui vendita era incaricato, e vendere al committente la cosa che aveva avuto incarico di comprare. Alcune legislazioni lo vietavano in modo assoluto (1); il codice germanico (2) lo permetteva per i titoli di credito e per le merci che hanno un valore di borsa o di mercato. Nella Commissione che elaborò il progetto preliminare del codice la questione fu sollevata ma non fu risoluta (3), e nel progetto preliminare non fu inserita nessuna disposizione sul proposito. Ma nel progetto definitivo all'articolo 383 fu inserita la disposizione che divenne l'articolo 386 del codice, disposizione della quale ora ci si deve occupare.

Nelle commissioni di compra o di vendita di cambiali, di obbligazioni dello Stato o di altri titoli di credito circolanti in commercio, o di merci che hanno un prezzo di borsa o di mercato, il commissionario, se il committente non ha disposto altrimenti, può somministrare egli stesso, al prezzo corrente, la cosa che deve comperare, o ritenere per sè, al prezzo corrente, la cosa che deve vendere per conto del committente (4). Ma questo diritto, si ripete, non può esercitarlo se il committente ha altrimenti disposto, e la contraria disposizione del committente può essere esplicita, e può essere anche soltanto implicita. È implicita tutte le volte che le istruzioni date dal committente sono tali da creare pel commissionario una impossibilità morale a ritenere per sè la operazione. E così fu rettamente giudicato che il commissionario non può usare della facoltà accordatagli dall'articolo 386 1ª p. codice commerciale, quando egli sia stato costituito dal committente giudice sulla opportunità della vendita o della compra, in modo che l'interesse del commissionario, come compratore, o come venditore, si trovi in opposizione con quello del committente venditore o compratore: in questo caso il commissionario non può valersi del diritto accordatogli dall'art. 386 1ª p. codice commerciale senza venir meno alla lealtà commerciale, e però nei casi stessi il contratto che il commissionario avesse ritenuto per sè, sarebbe come non avvenuto (5). Per esercitare il diritto riconosciutogli dall'art. 386 1ª p. codice commerciale, se si tratta di compra, è d'uopo che il commissionario si trovi ad avere a sua disposizione la cosa che intende vendere al committente; non potrebbe egli comperare detta cosa per proprio conto ad un prezzo per rivenderla al committente ad un prezzo maggiore senza venir meno al suo dovere di procurare al committente il maggior possibile vantaggio (6). Ond'è che se il commissionario facesse una operazione di questo genere, il committente avrebbe diritto di ripetere da lui la differenza fra il prezzo al quale la merce fu comprata, ed il prezzo pel quale fu al committente conteggiata.

Nei casi nei quali il commissionario può usare ed usa della facoltà di cui l'art. 386, 1ª p., codice di commercio, il contratto di commissione non resta annientato, perdura in tutta la sua forza, ed allo stesso si aggiunge un contratto di compra-vendita, però il committente ha verso il commissionario tutti i diritti ed i doveri provenienti dal contratto di commissione, e tutti i diritti ed i doveri del compratore o del venditore, a seconda che di compera o di vendita era l'incarico affidato; ed alla sua volta il commissionario verso il committente ha tutti i diritti e tutti i doveri che provengono dal contratto di commissione, più tutti i diritti e tutti i doveri del venditore o del compratore.

71. Colui che ha uno stabilimento commerciale anche di mediocre importanza non può attendere da solo al dettaglio delle operazioni commerciali che dal suo stabilimento devono esser fatte; necessariamente si vale per il dettaglio delle operazioni stesse, dei propri agenti. Nessun dubbio che il commissionario, al quale non sia espressamente proibito di ciò fare, si possa valere dei suoi agenti per l'esecuzione della commissione. Uno stabilimento commerciale può essere esercitato da un institore; nessun dubbio che il proprietario della taberna il quale assume direttamente una commissione, possa farla eseguire dal suo institore se ciò non gli fu espressamente proibito. Ma all'infuori dell'opera dei propri institori ed agenti, può il commissionario sostituire altri a sè per l'adempimento dell'incarico che a lui fu affidato?

Per gli art. 406 e 407 del progetto preliminare, eguali agli art. 355 e 356 codice di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, veniva riconosciuto al commissionario il diritto di sostituire altri, se egli non poteva adempiere personalmente la commissione, e mancava il tempo necessario a chiedere istruzioni, o queste non giungessero, e la natura o le circostanze dell'operazione esigessero la sostituzione, o se ne avesse ricevuto autorizzazione dal committente: in questi casi il commissionario era liberato da ogni responsabilità pel fatto del sostituto, responsabilità che perdurava, con diritto nel

(1) Art. 161, 162 cod. spagnuolo '77, 78 cod. portoghese, 367, 368 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay.

(2) Art. 376, 1ª p.

(3) *Atti della Commissione*, ecc., delib. n. 182.

(4) Art. 386, 1ª parte, cod. comm. V. Vidari, Op. cit., 126 e seg.

(5) App. Genova 15 settembre 1892, *Binghen* c. *Ottolenghi* (*Ann.*, 1892, 355); Cass. Torino, 3 gennaio 1893, *stessi* (*Ann.*, 1893, 98).

(6) Vedi quanto fu detto nel numero precedente.

committente di dirigersi tanto contro il sostituente, quanto contro il sostituito, se la sostituzione fosse stata fatta senza autorizzazione o senza necessità. Queste disposizioni non furono inserite nè nel progetto definitivo, nè nel codice, sicchè questa materia resta regolata dal diritto comune. Ed il diritto comune al riguardo si è che il mandatario è sempre in diritto di sostituire altri a sè nella esecuzione dell'incarico, sia o no stata la sostituzione autorizzata dal mandante, lo abbia anche il mandante proibito (1): se tale diritto compete ad ogni mandatario, compete anche al commissionario, che, come si è veduto, non è che un mandatario (2). Le differenze che vi sono fra caso e caso non sono relative che alla responsabilità del mandatario pel fatto del sostituto, perchè, se è stata data la facoltà di sostituire e fu indicata la persona che doveva essere sostituita, il commissionario non ha alcuna responsabilità verso il committente pel fatto del sostituto (3); se fu data la facoltà di sostituire senza indicazione della persona del sostituto, il commissionario non risponde verso il committente del fatto del sostituto se non quando la persona scelta era notoriamente incapace a trattare l'affare che doveva esser trattato ed era non solvente (4), ed in questi casi l'istituito cessa, e committente e sostituito si trovano in rapporti diretti; se infine non fu data facoltà di sostituire o fu proibita la sostituzione, il commissionario risponde del fatto del suo sostituto. E la sostituzione può avvenire in modo che il sostituito sia un mandatario del commissionario, od in modo che sia un suo commissionario, perchè anche al commissionario come qualunque altro commerciante può interessare di non entrare, per una o per altra ragione, in rapporti diretti con colui col quale l'affare deve essere trattato.

Le spese della sostituzione devono essere sostenute dal sostituente se la sostituzione fu volontaria, cioè se non fu richiesta od imposta dalla natura dell'affare; ma, se la natura dell'incarico, od un evento costituente forza maggiore, ha imposto la sostituzione, le spese devono essere sostenute dal committente (5).

72. Il commissionario può trovarsi detentore di titoli all'ordine di proprietà del committente. Questi titoli possono essere stati al commissionario girati in bianco. Siccome in tal caso il passaggio del titolo ad altra persona si effettua colla sola tradizione manuale, ed il commissionario non assume alcuna responsabilità cambiaria per la girata dei titoli stessi, così in questo caso non avvi alcuna difficoltà che possa richiamare l'attenzione: il commissionario trasmette manualmente il titolo al committente od a quella qualunque persona alla quale deve essere trasferito. Se però pei patti corsi fra committente e commissionario questi dovesse apporre la sua firma alla girata dei titoli all'ordine che passano per le sue mani, se il titolo fosse stato a lui girato in bianco, egli dovrebbe riempire la gira, e girarla poi in bianco od in pieno alla persona alla quale deve passare. Se poi fosse il terzo ad esigere che il titolo che a lui deve passare contenga la firma del commissionario, questi avrebbe verso il suo committente l'obbligo di apporre la sua firma, e sarebbe responsabile dei danni dal committente risentiti in seguito al rifiuto del terzo a ricevere il titolo attesa la mancanza della firma del commissionario, perchè il committente ha sempre diritto a che il commissionario si obblighi direttamente verso il terzo, essendo ciò della essenza del contratto di commissione.

Se il titolo che il commissionario detiene fu a lui girato in pieno, od il titolo è un « pagherò », ancorchè non vi sieno patti speciali, il commissionario che passa questo titolo al suo committente è autorizzato ad apporre nella girata la clausola « senza garanzia ». Ciò lo si deduce da che il commissionario non è punto responsabile dell'adempimento delle obbligazioni assunte dalle persone colle quali ha contrattato, ed assumerebbe questa responsabilità, se non verso il proprio committente, poichè come si è veduto al n° 47 verso questo non sarebbe responsabile anche se la sua firma vi fosse nella cambiale, verso i terzi ai quali il committente girasse il titolo dal commissionario rimessogli. Se il committente vuole evitare quella deteriorazione che può soffrire il titolo in seguito ad una girata colla clausola « senza garanzia », nello stesso contenuta, ha un mezzo efficace per riuscire nell'intento; convenga col commissionario che le girate dei titoli da questi fatte debbano essere senza restrizioni. Per quanto concerne le girate che il commissionario dovesse fare a terzi se questi si accontentano di una girata senza garanzia, nessuno avrebbe a che vedere, ma se per l'esigenza del commissionario di girare i titoli senza garanzia dovesse il committente soffrirne danno, il commissionario per le ragioni di sopra esposte sarebbe responsabile del danno stesso.

73. I diritti che al commissionario competono dopo la trattazione dell'affare sono: il diritto a che il committente esegua le obbligazioni dal commissionario per conto di lui assunte, il diritto ad ottenere il rimborso delle anticipazioni e delle spese fatte e di esser tenuto indenne delle perdite sofferte in occasione dell'avuto incarico, il diritto alla provvigione, il diritto a speciali garanzie per ottenere il rimborso delle anticipazioni e delle spese ed il pagamento della provvigione.

Se le obbligazioni che assume il mandatario sono essenzialmente assunte per conto del mandante, perchè se si fossero assunte per conto del mandatario non ci sarebbe più mandato, ma gestione per proprio conto, è di essenza del mandato che le obbligazioni assunte dal mandatario sieno eseguite dal mandante: di qui il disposto dell'art. 1752 1ª p. codice civile: il mandatario ha diritto a che il mandante esegua le obbligazioni da esso mandatario assunte secondo la facoltà che gli ha dato. Questo che è un diritto di ogni e qualsiasi mandatario è un diritto anche del commissionario (6). E però, quando il commissionario a vendere ha eseguito la commissione, il committente è tenuto a consegnare

(1) Confr. art. 1748 cod. civ.

(2) Vedi Vidari, Op. cit., 12.

(3) Confr. art. 1748 1ª p. 1, n. 1 cod. civ.; Delamarre e Le Poitvin II, 191.

(4) Confr. art. 1748 I p. 1, n. 2 cod. civ.; Delamarre e Le Poitvin, II, 192.

(5) Delamarre e Le Poitvin, II, 671.

(6) L'App. di Napoli, 2 marzo 1873, *Marna* c. *Battista* (*Ann.*, 1873, 302), così sentenziava:

« Che producendo il contratto di commissione un vincolo di diritto tra il committente ed il commissionario, indipendentemente dai rapporti col terzo, ne segue che adempiuta la commissione secondo gli ordini del committente, rimane costui in dovere di eseguire le obbligazioni contratte dal commissionario, a norma delle facoltà conferite, sia coll'invio della merce, sia coll'adempimento degli altri obblighi. E qui cade in acconcio osservare che gli obblighi del committente verso il commissionario non nascono col contratto, come quelli del commissionario, ma prendono la loro origine solamente dalla esecuzione del contratto medesimo, subito che questo venga eseguito ed approvato ».

momento in cui sono state ricevute, e però non può surrogarle di proprio arbitrio con altre cose. Egli deve usare tutta la diligenza nel porre le merci in istato da essere spedite, e se queste diligenze furono usate, il danno proveniente da guasto o deterioramento deve essere sopportato dal committente (1): è solo quando non fu usata la diligenza di un regolato commerciante, che il commissionario deve rispondere dei guasti e deterioramenti che nella mancata diligenza hanno la loro causa.

Alla voce **Appropriazione indebita**, n. 82, si trova citata, approvandola, una decisione della Cassazione di Torino 13 luglio 1876, colla quale fu ritenuto non costituire appropriazione indebita, ma solo un delitto civile, il fatto del commissionario che vende una merce e non rimette il prezzo al committente. Questa decisione va approvata anche di fronte al codice penale vigente. Per l'art. 417 di questo codice pel reato di appropriazione indebita è necessario che si converta in profitto proprio o di un terzo una cosa altrui che sia stata affidata per qualsiasi titolo che importi l'obbligo di restituirla o di farne un uso determinato. E però, come si è veduto al n. 35, commette appropriazione indebita il commissionario che distrae le cose ricevute dal committente. Ma, quando il commissionario converte a profitto di sè o di altri le cose che egli ebbe dal terzo col quale contratta, egli non converte a profitto di sè o di altri cose che gli furono consegnate per un titolo che importi l'obbligo di restituirle o di farne un uso determinato, perchè il terzo non diede al commissionario le cose perchè le consegni al committente, gliele diede come a suo diretto contraente, e però in questo caso non vi sono gli estremi di fatto in presenza dei quali il reato di appropriazione indebita sussista.

Considerando che un affare di commissione si può perfettamente eseguire senza che sia d'uopo assicurare, si deve ritenere che il commissionario non sia obbligato a fare l'assicurazione (2), ammenochè non ne abbia ricevuto speciale incarico (3) o non sia uso commerciale di assicurare. Facendo assicurare deve fare l'assicurazione a nome del committente o *per conto di chi spetta* (4), onde evitare, se facesse assicurare in proprio nome, nel caso di sinistro, le possibili eccezioni dell'assicuratore: se però vi è uso commerciale di fare assicurazioni in nome del commissionario, siccome in tal caso l'assicurazione sarebbe valida (5), così il commissionario potrebbe convenirla. Fatta l'assicurazione, se l'assicuratore cade in istato di fallimento, il commissionario deve chiedere la cauzione di cui all'art. 433, capov., codice commerciale o lo scioglimento del contratto.

Atteso il fatto che il vettore non risponde degli effetti preziosi, del danaro e dei titoli di credito che non gli sono stati dichiarati, ed in caso di perdita o di avaria non è tenuto a risarcire che il valore assicurato (6) se il commissionario invia al committente di tali cose, deve farne la dichiarazione al vettore per l'intiero ammontare, ammenochè non preferisca non fare dichiarazione alcuna, o dichiarazione parziale, ed assicurare invece contro i rischi del trasporto ciò che spedisce (7); ed anzi sarebbe obbligato a fare tale assicurazione invece della dichiarazione del valore, quando la stessa fosse più utile al committente.

52. Le cautele che prende un creditore onde assicurarsi dell'adempimento delle obbligazioni da parte del suo debitore, salvi gli effetti che possono originarsi quando costituiscono una violazione del diritto del debitore, non possono mai servire di motivo a questi per non soddisfare alle sue obbligazioni. Di qui ne viene che le cautele prese dal committente, diffidando i debitori del commissionario, ritenuto infedele, non forniscono al commissionario un motivo legittimo per esonerarsi dall'adempimento dei propri impegni (8); salvo al commissionario di agire contro il committente per ingiurie o per altro titolo, se il committente col fatto della diffida ha commesso una violazione di diritto.

53. È regola generale che non spetta al creditore provare che il debitore non ha adempiuto alla sua obbligazione: una volta che il creditore prova che l'obbligazione esiste, è il debitore che pretende di essere stato liberato, che deve provare il pagamento, ed il fatto che ha prodotto l'estinzione delle obbligazioni (9). Una volta dunque che il committente prova l'esistenza del contratto di commissione, è il commissionario che deve provare di avere eseguito le obbligazioni che in forza del contratto a lui furono addossate. Di qui ne viene che quando il committente fonda la sua domanda sulla negligenza del commissionario, non è il committente che deve provare la negligenza, ma è il commissionario che deve dimostrare di aver usato quella diligenza alla quale era tenuto (10).

54. Nelle obbligazioni commerciali i debitori sono tenuti

(1) App. Genova 1° febbraio 1869, *Ditta Crouvellier et C.* c. *Corradi* (*Gazz. gen.* 1869, 459).

(2) Per l'art. 426, 1ª parte, del progetto preliminare conforme agli art. 168 cod. spagnuolo, 85 cod. portoghese, 184 cod. brasiliano, 378 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, « il commissionario incaricato di prendere un'assicurazione per conto del committente è responsabile del danno che deriva dall'ommissione se tiene i fondi occorrenti a pagare il premio, e se non rende note col mezzo più spedito al committente le cause che gli impediscono di adempiere l'incarico ». Tale disposizione non fu riprodotta nel progetto definitivo e nel codice.

(3) Cod. germanico art. 367, cap. I. Invece per l'art. 85 cod. portoghese, quando ha fondi per pagare il premio il commissionario è obbligato a fare l'assicurazione.

(4) Vedi, in questa Raccolta, alla voce **Assicurazione**, 149.

(5) Vedi **Assicurazioni marittime**, 51.

(6) Art. 406 codice commerciale.

(7) Siccome il vettore, quando gli vengono dichiarati effetti preziosi, danaro o titoli di credito, esige per il trasporto una somma maggiore di quella che esige pei trasporti ordinarii, le società di assicurazione, per far concorrenza alle imprese di trasporto, sul documento che comprova la fatta spedizione, assicurano contro i rischi del trasporto la detta cosa, per un premio inferiore a quanto il vettore esige. È questa l'operazione alla quale si allude nel testo.

(8) App. Roma, 30 luglio 1877, *Schisa* c. *Adler* (*Giurispr. it.* 1878, 195).

(9) Art. 1312 codice civile.

(10) Cass. Torino 30 luglio 1867, *Razeto* c. *Giammello* (*Gazz. gen.* 1867, 362). Ecco i motivi di questa decisione:

« Attesochè è accertato in fatto che Razeto, per contratto di commissione, incaricò Giammello di vendere il carico del bastimento *San Giovanni Battista*, di ritirarne il prezzo, e di valersi del ricavo e di altri capitali che già aveva in sue mani per procurarsi altro carico al viaggio di ritorno; che Giammello accettò la commissione affidatagli, ed il 3 dicembre 1851 vendette e rimise la merce statagli spedita da Genova a Martino De Castro negoziante di Montevideo, pel prezzo di pezzi 17,652.28 pagabili un terzo, cioè pezzi 5,878 all'atto della consegna della merce, ed i rimanenti due terzi, cioè pezzi 11,742, colla mora a 3 mesi che scadeva il 13 marzo 1882; che si fu solo nel principio di luglio 1852 che De Castro sospese i suoi pagamenti; infine che il residuo credito di Razeto ascende ancora in oggi a pezzi 5,073,056; quel residuo è accertato dalla liquidazione a cui si procedette in causa, e che non è fra le parti contestata.

in solido (11): di qui la conseguenza che la obbligazione di più commissionari è solidale (12). Ma la portata dell'art. 364 II cap. codice di commercio, è più estesa di quello che lo è la portata dell'art. 40, I. cap., codice stesso, perchè nel mentre la presunzione di solidarietà nelle obbligazioni commerciali non si estende ai non commercianti per le contrattazioni

« Che Razeto quando chiese a Giammello il pagamento di tale somma appoggiò la sua dimanda ad un dilemma. Disse che o Giammello aveva esatto l'intiero prezzo del carico del *San Giovanni Battista*, o non lo aveva esatto: nel primo caso doveva rappresentare ciò che risulta dovuto a Razeto, nel secondo doveva rispondere al medesimo della perdita di pezzi 5,039.056, avvenuta per aver Giammello dal giorno 13 marzo, in cui l'intiero credito era divenuto esigibile, fino al 7 luglio, in cui erasi proclamato il fallimento, e così pel periodo di quasi quattro mesi, trascurato, con colpevole negligenza, di agire contro De Castro; onde avere il pagamento del residuo di lui debito verso Razeto.

« Che la Corte di Genova colla prima sua sentenza del 28 luglio 1864 riteneva che non incombeva a Razeto di dimostrare che Giammello fosse stato negligente, bensì spettare a questi di provare che erasi efficacemente adoperato, per quanto stava a lui, per adempiere l'avuto mandato; in altri termini, che dovevasi provare la diligenza e non la negligenza.

« Che così suona tutta la motivazione della sentenza, così reca il dispositivo: dappoichè l'essersi dichiarato Giammello tenuto a render conto della esecuzione della commissione, e della fatta esazione alla scadenza, significa, e non può significare altro che questo, che egli dovesse dimostrare come e perchè non avesse potuto esigere il rimanente credito; come e perchè nell'intervallo dal 13 marzo al 7 luglio fosse rimasto inesatto un credito esigibile e maturo.

« Che, quando tale non fosse, come è realmente, il senso della prima sentenza della Corte di Genova, l'onere della prova ricadeva pur sempre a carico di Giammello per disposto di legge, dappoichè è certo in diritto che il mandatario commerciale è tenuto a diligenza esattissima, che il mandatario tenuto a render conto incontra responsabilità per ciò solo che non lo rende; che l'inadempimento di tale sua obbligazione lo costituisce in colpa in faccia alla legge, e l'obbliga al risarcimento del danno, ancorchè il mandante non abbia provato alcuna colpa positiva; che il commissionario incaricato di vendere deve ritrarre il danaro; obbligato a procurare l'incasso del prezzo, se egli non lo fa è in colpa, e passibile dei danni.

« Che di conseguenza Giammello, il quale in corrispettivo dell'adempimento della commissione statagli affidata, aveva ricevuto una provvigione, era obbligato a porre in opera tutta quella esattissima diligenza che la legge impone al commissionario, e perciò, se lasciò una parte del prezzo non esatto quando venne il tempo di esigere, se Giammello potendo riscuotere non riscosse, il committente è in diritto di volere che gli sia data ragione di questo operato del commissionario, e ciò non perchè la negligenza del commissionario si debba, o si possa anche solo presumere, ma bensì perchè il vincolo contrattuale richiede che quegli che assunse l'incarico di amministrare gli affari altrui, renda conto del modo come li amministrò, che il commissionario incaricato di esigere spieghi il perchè non esigette in scadenza.

« Che tanto più incombeva, nel caso in esame, a Giammello il carico di dare la prova della sua diligenza, in quanto il committente Razeto in atto non aveva fondato unicamente la sua domanda sul disposto di legge, sugli effetti giuridici nascenti dal contratto di commissione, non si era limitato a sostenere che Giammello per ciò solo che, essendo obbligato di procurar l'incasso della somma dovuta a Razeto, non lo aveva fatto nè al compiersi della mora, nè tampoco nel periodo trascorso dalla sentenza al fallimento, dovesse senz'altro rappresentare la somma inesatta, tranne provasse di avere, sebbene infruttuosamente, adoperata tutta la maggiore diligenza per ottenere il pagamento del residuale debito di De Castro; Razeto andava più oltre: sosteneva che si aveva già dalle risultanze degli atti la prova che Giammello, ben lungi dallo avere per l'adempimento della commissione statagli affidata, usato quella diligenza esattissima che la legge e gli usi del commercio richiedono nel mandatario commerciale, era stato anzi negligente. Nè Razeto si accontentava di una nuda allegazione, ma accennava varii fatti, dai quali, diceva, potersi con ragione argomentare la lentezza e noncuranza con cui Giammello aveva proceduto nello eseguire il suo mandato.

« Che Giammello ben riconobbe anch'egli come gli incombesse il carico di provare la sua diligenza, e di escludere che si potesse in qualche modo ascrivere a sua colpa, se il credito era rimasto in parte inesatto; e difatti egli si offrì pronto a giustificare il suo operato, colla prova per testi, deducendo i varî capitoli che vennero ammessi colla sentenza della quale si chiede l'annullamento..

« Che la Corte, disse nei suoi ragionamenti che la colpa vuol sempre essere concludentemente provata; che i primi giudici avevano creduto di dedurre le prove della negligenza di Giammello nell'adempiere alla commissione statagli affidata da semplici argomenti di presunzione, che avevano tratto da quattro circostanze indicate nella loro sentenza; che siffatte presunzioni di colpa rimanevano se non eliminate, quanto meno neutralizzate da altre presunzioni nascenti da fatti dedotti a prova; che perciò i capitoli dovevano essere ammessi, perchè l'esito delle prove orali, o verrebbe a cambiare gli argomenti di presunzione già addotti da Razeto, e quindi a completare le prove della negligenza colposa di Giammello, o verrebbe ad escluderla affatto.

« Che evidente quindi si appalesa come la sentenza in esame è informata da questo concetto, trattandosi di commissionario che, incaricato di esigere da debitore solvibile, alla scadenza non esigette, spetta al committente di provare anzitutto concludentemente la colpa o negligenza del commissionario; se il committente a prova della negligenza del commissionario non adduce che semplici presunzioni, e tali presunzioni vengono combattute da altre presunzioni nascenti da fatti articolati a sua discolpa dal commissionario, questi ove riesca nella prova offerta, rimane senz'altro sciolto da qualunque contabilità, locchè equivale a dire che il commissionario non è tenuto a provare la sua diligenza; che egli è nella condizione di semplice difesa; che perciò basta che il commissionario si difenda dalle accuse del committente, e riesca a neutralizzare gli argomenti stati contro di esso addotti a prova della sua negligenza perchè debba andare assoluto.

« Che questo concetto, che costituisce essenzialmente la base della sentenza in esame, è un concetto di diritto, perchè ha tratto all'ordine della prova, ed è evidentemente errato. Accertata la esistenza del mandato ad esigere, se è provato che l'intiero credito a scadenza non fu esatto, che vi esiste un credito residuale a favore del mandante, non può certo bastare al mandatario, per porsi al coperto da ogni responsabilità, il combattere e paralizzare gli argomenti di presunzione che venissero addotti contro di esso dal mandatario per stabilire la di lui negligenza; dacchè il mandato gli dava l'incarico, e gli imponeva l'obbligo di esigere, il semplice fatto di non aver esatto in scadenza, se non basta di per sè solo a provare che egli fu negligente o colpevole, lo pone quanto meno nella necessità di dover provare egli stesso attivamente la cagione per cui l'esazione non abbia potuto farsi. Questo è quanto insegnano i principi generali regolatori della convenzione, i quali stabiliscono che colui che pretende di essere stato liberato da una obbligazione, debba giustificare il pagamento ed il fatto che ne produce l'estinzione, e quanto al mandato, siffatta obbligazione è più specialmente dichiarata dalla legge, mentre il carico di render conto del suo operato, che incombe al mandatario, non può al certo aversi per adempiuto, ove egli si limiti semplicemente a rappresentare ciò che egli ricevette dal debitore, senza spiegare in alcun modo il motivo per cui la somma che manca a compimento del credito che si doveva esigere non fu esatto.

« Che il giudicato della Corte di Genova rovescia l'ordine della prova, altera la posizione giuridica in cui ha diritto di rimanere il committente Razeto, avvantaggia per contro quella del commissionario Giammello, ed il principio che sta a base della sentenza in

che rispetto ad essi non sono atti di commercio (1), nella commissione, siano o no commercianti i commissionari pei quali la commissione non è atto di commercio, vi è sempre fra loro la solidarietà: l'art. 364, cap. II, codice di commercio non fa distinzione.

Perchè vi sia la solidarietà, è d'uopo che vi siano più commissionari, sicchè è d'uopo nell'atto di nomina delle varie persone incaricate della commissione sia dichiarato che le stesse devono operare congiuntamente. Se non vi fosse tale dichiarazione, siccome in tal caso si reputa che essi siano incaricati di operare l'una in mancanza dell'altra secondo l'ordine nel quale il loro nome è indicato nell'atto di nomina (2), così in tal caso non vi sono più commissionari, ma ve ne è uno solo, e coloro che non hanno agito, non sono punto tenuti solidariamente con coloro che hanno agito.

55. L'inadempimento da parte del commissionario alle sue obbligazioni produce gli effetti che generalmente vengono prodotti dall'inadempimento delle obbligazioni assunte; in alcuni casi però produce effetti speciali. In questo numero ci si occuperà dei primi, nei successivi dei secondi.

L'inadempimento di qualsiasi obbligazione porta per effetto il diritto del creditore a chiedere il risarcimento dei danni (3). Non vi può essere dubbio che qualunque inadempimento da parte del commissionario delle sue obbligazioni, anche nel caso che l'inadempimento portasse qualcuno degli effetti speciali dei quali ci si occupò in proseguo, fa sorgere l'obbligo del risarcimento; l'obbligo al risarcimento nasce sempre quando l'obbligazione non è adempiuta: il disposto dell'art. 1218 codice civile e generale, è applicabile in ogni e qualsiasi caso (4).

Il contratto di commissione è un contratto bilaterale (5): di qui ne viene che nel caso di inadempimento da parte del commissionario alle sue obbligazioni, il committente ha la scelta o di costringere il commissionario allo adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandarne lo scioglimento (6). Non vi può essere dubbio che al committente compete anche questo secondo diritto, sebbene gli competa, come si vedrà a suo luogo, l'illimitato diritto di revocare l'incarico, perchè la revoca dell'incarico può darsi non sia rimedio sufficiente a salvaguardare i diritti del committente: la revoca dell'incarico vale per l'avvenire e non esercita alcuna influenza sugli atti già compiuti, ed il committente al quale pel non compimento degli atti successivi possono essere inutili gli atti già compiuti, può avere interesse ad usare un mezzo che tolga a questi ultimi atti gli effetti in suo confronto.

Come si è veduto in questo capo, le obbligazioni del commissionario sono di dare e di fare, e l'inadempimento può verificarsi per le une e per le altre. L'art. 68 codice di commercio ha speciali disposizioni relativamente alla obbligazione di dare, per ciò che concerne la vendita; quelle disposizioni però non trovano applicazione alla commissione; la commissione non è una vendita, ma un mandato, e però le disposizioni relative alla vendita le sono inapplicabili. È d'uopo dunque concludere che per ciò che concerne le obbligazioni di dare sono in materia di commissione applicabili le norme generali. Le norme generali sono applicabili anche per ciò che concerne le obbligazioni di fare; il committente può essere autorizzato a farle adempiere egli stesso a spese del debitore (7).

Se il committente non usa del diritto di costringere il commissionario all'adempimento delle obbligazioni può chiedere la risoluzione del contratto. L'art. 67 codice di commercio dispone che nella vendita commerciale di cose mobili la condizione risolutiva ha luogo di diritto a favore della parte che prima della scadenza del termine stabilito per l'adempimento del contratto, abbia offerto all'altra parte, nei modi usati in commercio, la consegna delle cose vendute o il pagamento del prezzo, se questa non adempie la sua obbligazione. Essendo tale disposto relativo alla compra-vendita e non essendo la commissione, anche se commissione di compra o di vendita, che un mandato, alla stessa non riceve applicazione. Non sarebbe applicabile nemmeno nel caso in cui il commissionario avesse assunto lo *star del credere*, perchè come si è visto al n° 48, questa convenzione accessoria al contratto di commissione non ne muta il carattere. Potrebbe essere applicabile in quei soli casi, che saranno esposti in proseguo, nei quali il commissionario assume la qualità di compratore o venditore; ma in tali casi non al commissionario ma al compratore o venditore l'art. 67 verrebbe applicato. Nel caso di inadempimento da parte del commissionario alle sue obbligazioni il contratto non viene sciolto di diritto; la risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente (8) e non può essere accordata al commissionario alcuna dilazione (9).

Cessa il diritto del committente di chiedere la risoluzione del contratto per effetto della condizione risolutiva tacita se egli vi abbia espressamente o tacitamente rinunziato: così, per esempio, nel caso in cui il committente di una compra di effetti pubblici a termine, il quale abbia dato istruzioni al commissionario di dar l'avviso telegrafico nel giorno stesso, s'intende abbia rinunziato al diritto di far risolvere il contratto pel mancato avviso telegrafico, se dopo cessata la possibilità di avere nello stesso giorno la risposta telegrafica gli abbia confermato l'incarico (10).

56. Nel numero precedente si è detto che in alcuni casi di inadempimento si producono effetti giuridici speciali: è questo il momento di occuparsi di tali casi, rilevando che nei casi stessi se si produce l'effetto di essere il commissionario obbligato al risarcimento dei danni, il committente non potrebbe però esercitare il diritto di cui all'art. 1165 codice civile, dal momento che in tali casi, è la stessa legge che determina le speciali conseguenze dell'inadempimento, ed in presenza di una speciale disposizione di legge cessa di aver forza la disposizione generale.

Si è veduto al n° 45 che il commissionario deve senza

---

esame, il principio cioè che Razeto debba provare che Giammello fu negligente, che questi non ha che a difendersi, è in urto colla natura stessa del contratto di commissione, che costituisce in colpa il commissionario per ciò solo che, incaricato di esigere alla scadenza non esigette... ».

(11) Art. 40 I p. cod. comm.

(12) Art. 364, cap. II, cod. comm.; Delamarre e Le Poitvin, III, 39.

(1) Art. 40, cap. II, cod. comm.

(2) Art. 364, 1ª parte, cod. comm. V. retro n° 28.

(3) Art. 1218 cod. civ.

(4) Confr. art. 1165 cod. civ., 356, 358 cod. comm.

(5) Vedi retro n° 8.

(6) Art. 1165, cap. I, cod. civ.

(7) Art. 1220 cod. civ.

(8) Art. 1165, cap. II, cod. civ.

(9) Art. 42 cod. comm.

(10) Vedi Trib. di comm. di Venezia, 4 febbraio 1874, *A. N.* (*Eco Trib.*, 1874, 719).

ritardo dar notizia al committente della esecuzione della commissione, e che nell'avviso deve indicare il nome della persona colla quale ha contrattato. Se il commissionario che ha venduto a fido nel dar avviso al committente della esecuzione della commissione, non indica nell'avviso stesso la persona del compratore ed il termine concesso, l'inadempimento della obbligazione produce l'effetto di far ritenere che l'operazione sia stata fatta a pronti contanti, esclusa ogni prova in contrario (1).

Se il commissionario, nel dar avviso al committente della eseguita commissione di compra o di vendita di cambiali, di obbligazioni dello Stato, di altri titoli di credito circolanti in commercio o di merci che hanno un prezzo di borsa o di mercato, non nomina la persona colla quale ha contrattato, l'inosservanza della obbligazione, salvo il diritto al committente, se crede di usarne, di costringere il commissionario a nominare la persona colla quale ha contrattato, ed a rimettere la corrispondenza con questa persona (2), produce l'effetto di dar diritto al committente di ritenere che il commissionario abbia venduto o comprato per proprio conto, e di esigere da lui l'adempimento del contratto (3). Se il committente usa del diritto di ritenere che il commissionario abbia venduto o comprato per proprio conto, il commissionario è pareggiato ad un venditore o compratore, tanto per ciò che concerne l'adempimento in genere della obbligazione, quanto per ciò che concerne le singole obbligazioni specifiche che dalla convenzione o dalla legge sono addossate al venditore od al compratore; sicchè a lui sono addossate le obbligazioni relative alla garanzia della qualità e della quantità della merce spedita, pur restando del resto applicabile in suo confronto la regola del mandato. Ben può dunque il committente esercitare contro di lui l'azione *quanti minoris* onde ottenere una adeguata diminuzione del prezzo, se la merce spedita fosse difettosa (4). Se il committente non vuole usare di questo diritto può costringere il commissionario ad indicare il nome della persona colla quale ha contrattato, e qualora il committente avesse usato di questa facoltà ed il commissionario, dichiarando di non aver egli venduto o comprato, non si prestasse al comando del committente, ben potrebbe questi usando del diritto riconosciutogli dall'art. 1165 codice civile, chiedere lo scioglimento del contratto (5).

57. Si è veduto al n° 40 che il commissionario deve agire nei limiti del mandato ricevuto. Se il commissionario fece delle operazioni con violazione od eccesso del mandato, il committente può, ciononostante, approvarle, e, nel caso le approvi, la ratifica sana la violazione o l'eccesso del mandato, di cui il commissionario si sia reso colpevole, contrattando con terzi (6). L'approvazione dell'operato del commissionario si presume nel caso in cui il committente ritarda a rispondere dopo ricevuto l'avviso, per un termine maggiore di quello richiesto dalla natura dell'affare, o concesso dagli usi del commercio (7), purchè l'avviso contenga la specificazione di tutte quelle circostanze che possono influire sulla determinazione del committente di approvare o rifiutare l'affare. Ma si presume anche quando, pur rispondendo al committente, serbi silenzio su quanto il commissionario fece con violazione od eccesso di mandato, tanto più se, scrivendo più tardi, pretende di invalidare il contratto sotto tutt'altro aspetto, senza lamentarsi della violazione o dell'eccesso nei quali il commissionario incorse (8).

Quello di approvare quanto dal commissionario è stato fatto con violazione od eccesso del mandato è un diritto del committente, una facoltà della quale può usare o no; sicchè il commissionario non potrebbe rifiutarsi a far la consegna della merce comprata, sotto pretesto ch'egli ha ecceduto il mandato, pur dichiarandosi pronto a risarcire il danno, una volta che il committente credesse di proprio interesse di approvare il contratto, quale fu dal commissionario conchiuso (9).

58. Se crede di non approvare quanto è stato fatto con violazione od eccesso di mandato; se il commissionario ha venduto per un prezzo inferiore al limite fissato, ed, in difetto, inferiore al prezzo corrente, l'interesse del committente non è leso per la vendita seguita, ma pel prezzo stabilito; ed è leso per la differenza fra il prezzo pel quale la vendita doveva, ed il prezzo pel quale la vendita stessa fu fatta. Questa limitata lesione dell'interesse del committente fa sì che i suoi diritti sieno limitati; egli non può rifiutarsi alla esecuzione del contratto dal committente stipulato, solo gli spetta il diritto che il commissionario adempia, rispetto a lui, alle condizioni dell'avuto incarico, e così di avere la differenza fra il prezzo pel quale la vendita fu, ed il prezzo pel quale doveva esser fatta (10). Ma, per la garanzia di questo suo diritto, gli competono tutti i diritti che competono ad un venditore verso il compratore, e però, se la vendita fu fatta a pronti, e la cosa è ancora nelle sue mani, avrà diritto di non farne la consegna, se insieme a quanto è dal terzo pagato non vi è aggiunta la differenza dovuta dal commissionario.

Il diritto ad ottenere la differenza cessa se il commissionario prova che la vendita al prezzo fissato ed al prezzo corrente era ineseguibile, e che colla vendita fatta il committente fu preservato da un danno (11). Ambedue queste condizioni sono necessarie acciò il commissionario non abbia alcun-

(1) Art. 385 cod. comm. it., 156 cod. spagnuolo, 54 cod. portoghese, 364 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay; Vidari, Op. cit., 144.

(2) Vidari, Op. cit., 131.

(3) Art. 386 capov. cod. comm. it., 376 ult. cap. Cod. germanico.

(4) App. Genova 4 novembre 1893, *Camagna* c. *Carello* (*Ann.*, 1893, 366).

(5) Con questo non si va contro al principio che in presenza di disposizioni speciali della legge circa gli effetti dell'inadempimento cessano di aver forza le norme generali; perchè la disposizione speciale che deroga alla norma generale è il diritto di scelta che compete al committente; quando il committente ha fatto la scelta per ciò che concerne l'adempimento delle obbligazioni risultanti a carico del commissionario in seguito alla avvenuta scelta, si rientra sotto l'impero delle norme generali.

(6) App. Napoli, 2 marzo 1873, *Manca* c. *Battista* (*Ann.*, 1873, 302). La ratifica degli atti del commissionario è un atto affatto diverso da quella ratifica di cui parla l'art. 1309 cod. civ. Delamarre e Le Poitvin, I, 167, 169.

(7) Art. 357 cod. comm. it., 350 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay.

(8) App. Genova 30 luglio 1886, *Minuto Ricci* c. *Balestra* (*Eco Gen.* 1886, 289), confermata dalla Cass. Torino, 30 giugno 1887 (*Giur. tor.*, 1887, 656).

(9) Vidari, Op. cit., 138.

(10) Art. 383 n° 1 cod. comm. it., 363 cod. germanico, 347 capo I cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay; Delamarre e Le Pointvin, II 307; Vidari, Op. cit., 138; App. Genova, 30 luglio 1886, *Minuto Ricci* c. *Balestra* (*Eco Gen.*, 1886, 289).

(11) V. articoli citati nella nota precedente. Vidari, Op. cit., 136. Fu giudicato che il commissionario è certamente obbligato per ogni colpa, violazione ed abuso nell'esercizio dell'avuto incarico, ma per

obbligazione. E ciò è naturale. Sia pure che il committente sia stato preservato da un danno, ciò non giustifica il commissionario, il quale, potendolo, non ha eseguito la vendita al prezzo fissato, ed in difetto, al prezzo corrente. Sia pure che la vendita al prezzo fissato od al prezzo corrente fosse ineseguibile, non per questo il commissionario è autorizzato a disporre della cosa altrui a condizioni diverse da quelle che dal proprietario della cosa stessa furono stabilite; il suo fatto non può essere giustificato che dalla utile gestione degli interessi del committente; è solo la preservazione del committente da un danno che può sanare l'eccesso nel quale il commissionario è incorso.

59. Nei casi nei quali il commissionario abbia stipulato a carico del committente un corrispettivo superiore a quello che il committente aveva fissato, od al corrente, l'interesse del committente quello si è di non esser tenuto al corrispettivo maggiore; ed alla tutela di questo interesse può essere provveduto in due modi: od addossando al commissionario l'operazione compiuta, o facendo sopportare al commissionario la differenza fra il correspettivo fissato o corrente, e quello convenuto. Che il committente possa pretendere che il suo interesse debba essere tutelato in questo secondo modo è da escludersi: pel fatto del mandatario che viola od eccede il mandato l'interesse del mandante non è punto compromesso, perchè egli non resta punto obbligato; se il suo interesse non è punto compromesso, egli nulla può pretendere dal mandatario; non può dunque pretendere che il commissionario sopporti la differenza fra il correspettivo fissato o corrente e quello convenuto; salvo, sempre s'intende, il risarcimento del danno che può esser derivato dalla inesecuzione della obbligazione. Il suo interesse sarebbe invece compromesso, quando a suo carico dovesse rimanere l'operazione dal commissionario compiuta con violazione od eccesso del mandato; e tale interesse è salvaguardato col rimedio di addossare al commissionario l'operazione compiuta; egli dunque non può avere che questo diritto. Il suo diritto però è tutelato se il commissionario offre di sopportare la differenza del correspettivo; dunque, se il commissionario fa questa offerta, il committente non può respingere l'operazione e considerarla fatta per conto del commissionario, ma deve accettarla: egli pagherà il correspettivo pattuito, ed il commissionario regolerà col terzo i suoi rapporti conformemente al contratto col terzo convenuto. Il n° 2 dell'art. 383 cod. comm. conformemente agli art. 364, 1ª p., cod. germanico e 347, cap. II, cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay fa una applicazione speciale di questo principio alla compra effettuata ad un prezzo superiore a quello fissato, od in difetto a quello corrente: se il commissionario ha comprato per un prezzo superiore a quello fissato od in difetto a quello corrente, il committente può respingere l'operazione e considerarla fatta per conto del commissionario ove questo non abbia a sopportare la differenza del prezzo (1). Ma se il commissionario senza attendere l'approvazione gli abbia fatto la spedizione della merce, il committente che respinge l'operazione ha le obbligazioni che l'art. 351 addossa al commerciante che riceve merce di altro commerciante anche se il committente non è un commerciante perchè i contratti obbligano anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità ne derivano, e non è equo che uno dei contraenti con una assoluta noncuranza degli interessi dell'altro contraente cagioni un danno. Il disposto dell'art. 382, n. 2, si ripete, non è che una applicazione di un principio più generale, e però se il commissionario ha contratto un prestito ad un tasso di interesse superiore a quello fissato dal committente, questi può respingere il prestito e considerarlo fatto per conto del commissionario ove questi non offra di pagare la differenza dell'interesse; lo stesso si avvera nel caso di assicurazione per un premio superiore a quello fissato, ecc. (2).

Il Vidari (3) ritiene applicabile anche alla compra ad un prezzo superiore a quello fissato il principio che il commissionario è liberato dalle conseguenze dell'eccesso del mandato se il contratto al prezzo fissato era ineseguibile, e se col contratto conchiuso il committente fu preservato da un danno. Tale opinione non può essere accolta. Il principio posto nel n. 1° dell'art. 383 codice di commercio fa eccezione alla regola generale scritta nella 1ª parte dell'art. stesso, che le operazioni fatte dal commissionario con violazione o con eccesso di mandato restano a suo carico; e come eccezione a tal regola non può essere estesa dal caso della vendita, caso pel quale è stata data, alla compra, caso pel quale la legge non ripete l'eccezione che aveva stabilita per la vendita. E non senza ragione la legge in materia di compra non ha stabilito la eccezione che stabilì in materia di vendita. In materia di vendita vi sono dei dati obbiettivi per stabilire se o meno il committente fu preservato da un danno; le spese per la custodia della cosa, per esempio, per la riconsegna della stessa al committente, sono dati quasi certi sui quali calcolare se o meno colla vendita eseguita il committente fu o no preservato da un danno. Quando viene dato mandato di vendere, non si può essere determinati alla operazione che da un solo motivo: ci si vuole privare della merce ottenendo il maggiore possibile vantaggio. Ma in materia di compra i dati, coi quali calcolare la preservazione del committente da un danno, non possono consistere che nei motivi che determinano il committente alla operazione che si intende compiere, dato questo tutto soggettivo che sfugge a qualsiasi calcolo, poichè il committente può far credere di avere dei motivi per compiere una operazione affatto diversi dai motivi reali; ed in ogni caso spetta a lui solo, non già al commissionario, valutare se gli sia più utile non compiere l'operazione anzichè compierla a condizioni diverse da quelle che il commissionario ha stabilite: quando ha stabilito pel compimento della operazione delle condizioni vuol dire che aveva le sue buone ragioni di ciò fare, e non può esser costretto ad accettare una operazione compiuta non conformemente a quanto è stato da lui disposto. Se il committente troverà di proprio utile la compra dal commissionario operata ad un prezzo più alto di quello fissato, si può star certi che egli ratificherà l'eccesso di mandato nel quale il commissionario cadde; il rifiuto di ratificare tale eccesso di mandato si può considerare, in via generale, come la prova la più evidente che il commissionario si è ingannato sulla valutazione del-

l'attuazione pratica di tale responsabilità, necessita indagare quali sono state le conseguenze del fatto addebitatogli. In ispecie trattandosi di vendita seguita per un prezzo inferiore al limite fissato dal committente, il commissionario è dispensato dal pagare la differenza quando prova che la vendita al prezzo voluto dal committante era ineseguibile, e che questi colla compiuta operazione fu preservato da un danno (App. Milano 13 febbraio 1884, *Ditta Busch Sohn* c. *Ditta Ferrario*: *Mon. dei Trib.*, 1884, 503).

(1) Vidari, Op. cit., 131.
(2) Op. cit., 140.
(3) Op. cit., 136.
(4) Op. cit., 139.

l'interesse del committente, e che ciò che il commissionario riteneva utile al committente, non lo è punto.

60. Nel caso in cui il commissionario abbia comprato merce di qualità diversa dalla commessa, siccome il committente non può essere costretto a ricevere cosa diversa da quella che egli volle comperare, così non può essere costretto ad osservare il contratto dal commissionario consentito: nel contratto di commissione è di rigore l'esatta osservanza del mandato circa la qualità della merce (1). Di qui il disposto dell'art. 383, n. 3°, codice di commercio, il quale, conformemente agli art. 135, capoverso 1°, codice spagnuolo e 66 codice portoghese, stabilisce che, se la cosa comperata non corrisponde alla qualità commessa, il committente può rifiutarla. E può rifiutarla tanto se è di qualità inferiore, quanto se è superiore a quella commessa, fosse stata in questo secondo caso pagata anche al prezzo dal committente fissato, perchè al committente può, pei suoi fini, importare di avere quella precisa qualità che ha commessa, e però non può esser costretto a ricevere cosa che ai suoi fini non serve (2).

Ma in qual modo il committente farà constatare la qualità della merce dal commissionario fattagli tenere? Risponde l'Appello di Aquila (3) che lo farà conformandosi al disposto dell'articolo 71 codice di commercio. Non vi può esser dubbio sull'esattezza di questa opinione. L'art. 71 è invero al titolo della vendita, ma il suo disposto lo si osserva esteso ad altri casi nei quali è d'uopo constatare la qualità della cosa (4); è d'uopo dunque riconoscere che lo stesso è estensibile per analogia a tutti i casi nei quali si deve far constare della qualità di una cosa che si riceve, e però è applicabile anche nel caso in cui il committente deve ricevere una cosa dal commissionario. Una volta che nel caso che si sta esaminando trova applicazione l'art. 71 codice di comm., il committente, che non si è giovato delle disposizioni di quell'articolo, deve nel caso di contestazione provare rigorosamente l'identità ed i vizî della merce (5); ma, quando la prova che si propone è in contraddizione coi documenti che si producono, la prova stessa deve essere dichiarata inammissibile (6).

Il disposto dell'art. 383, n. 3°, codice di commercio deve essere però coordinato col principio di cui all'art. 387, 1ª p., codice stesso, col principio, cioè, che il commissionario non è responsabile delle obbligazioni assunte dalla persona colla quale ha contrattato quando non vi sia convenzione od uso contrario. Ond'è che, se il commissionario non ha assunto lo *star del credere*, il committente può in confronto del commissionario rifiutare la merce comprata perchè non corrisponde alla qualità commessa, solo quando il commissionario ha comprato la cosa che si intende rifiutare; che se il commissionario ha comprato la cosa corrispondente alla qualità commessa, ove il venditore faccia la spedizione di cosa di qualità diversa, nei rapporti fra commissionario e committente, salvi i rapporti col terzo, la merce non può essere rifiutata, chè altrimenti ritenendo si verrebbe ad ammettere la responsabilità nel commissionario per la esecuzione da parte del terzo della obbligazione da questi assunta.

61. Se il commissionario, sebbene non autorizzato, fa anticipazioni, vendite od altre operazioni a fido, l'interesse del committente sarebbe leso ove egli dovesse stare a quanto dal commissionario è stato compiuto. Ma l'interesse del committente è tutelato, quando il commissionario assuma a suo carico il rischio del fido fatto: di qui il disposto dell'art. 384 codice di commercio, il quale, conformemente agli art. 154 cod. spagnuolo, 52 cod. portoghese, 362, 1ª p., cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, 369, cap. ult., cod. germanico stabilisce che il commissionario, il quale senza autorizzazione del committente fa anticipazioni, vendite od altre operazioni a fido, assume i rischi a suo carico, ed il committente può esigere da lui il pagamento della somma corrispondente ai fidi fatti (7). Ma giustizia vuole anche che il committente non goda di quei vantaggi che dalla anticipazione o dalla operazione a fido provvengono, e che quei vantaggi sieno goduti dal commissionario che ha gli svantaggi provenienti dal fido fatto: di qui la conseguenza che in questo caso il committente deve lasciare al commissionario gli interessi ed i vantaggi che derivano dal fido fatto (8). Ma, per determinare cosa in questo caso il committente deve cedere al commissionario è d'uopo fare attenzione al disposto della prima parte dell'art. 383 codice di commercio, il quale stabilisce una obbligazione assoluta del commissionario: quella di assumere a suo carico i rischi; e stabilisce un diritto del committente: quello di esigere da lui il pagamento immediato della somma corrispondente ai fidi fatti. Pur sussistendo l'assunzione da parte del commissionario del rischio, il committente può non usare del diritto di chiedere l'immediato pagamento, ed in questo caso il di più che il terzo corrisponde pel fido fattogli andrà distinto; l'interesse corrente sulla somma importare del fido spetterà al committente, al commissionario non spetterà che ciò che supera l'interesse stesso, e nulla gli spetterà se tutto il vantaggio della operazione consiste nell'interesse corrente.

62. Ma la violazione o l'eccesso di mandato può verificarsi anche relativamente alla persona del terzo col quale il commissionario ha contrattato, o relativamente alle condizioni del contratto, o relativamente alla quantità delle merci dedotte in contratto. In questo caso vale il principio contenuto nella prima parte dell'art. 383 codice di commercio contemperato dal principio che il committente non può pretendere una tutela più efficace di quella che il suo interesse esige. E però, se la violazione e l'eccesso dell'incarico si saranno verificati relativamente alla quantità delle cose, il committente ha diritto di lasciare a carico del commissionario le operazioni per la quantità che eccede la commissione, nel caso in cui la quantità contrattata sia maggiore di quella commessa; se la quantità contrattata è minore ha diritto di lasciare l'operazione a carico del commissionario se questi non offre la differenza fra la quantità contrattata e quella commessa dal momento che una quantità minore di quella commessa può rendere impossibile al committente il raggiungimento di quei fini che egli intendeva raggiungere colla operazione.

(1) Cass. Torino, 4 luglio 1873, *Rimini* c. *Bertero* (*Gazz. gen.* 1873, 224).

(2) Delamarre e Le Poitvin, I. 240, 241.

(3) 13 sett. 1887, *Ditta Cibrario* c. *Monello* (*Foro Abruzz.* 1887, 159).

(4) Confr. art. 402 cod. comm.

(5) Art. 71, cap. ult., cod. comm.

(6) App. Aquila, dec. cit.

(7) Vedi Vidari Op. c., 141 e seg.; App. Torino, 9 dic. 1871, *Andizzoja* c. *Peluffo* (*Ann.*, 1872, 280); App. Genova 30 luglio 1886, *Minuto* c. *Balestra* (*Eco gen.* 1886, 289). — Fu giudicato che il commissionario che si obbliga a vendere a pronti contanti deve rispondere del fatto di aver consegnata la merce al compratore senza esigere il contemporaneo pagamento del prezzo, ed è indifferente la circostanza che il compratore sia caduto in fallimento (App. Genova, 9 aprile 1866, *Sanguinetti* c. *Ighiene: Gazz. gen.* 1866, 430).

(8) Art. 384, prima parte, cod. comm.

Per quanto concerne gli altri casi, se la natura della operazione è tale che l'obbligazione al cui adempimento il committente ha diritto può essere adempiuta dal commissionario, o la violazione e l'eccesso del mandato relativamente alle condizioni stabilite sono tali che il commissionario può del proprio supplire a quanto il committente ha interesse sia adempiuto, in allora il committente quando il commissionario si offra ad adempire a quanto esso committente ha interesse sia adempiuto, non può rifiutare l'offerta del commissionario dal momento che quando questi lo pone nella posizione nella quale si sarebbe trovato se il mandato fosse stato strettamente adempiuto, il suo interesse è tutelato; in caso contrario il committente ha diritto di lasciare a carico del commissionario l'operazione compiuta (1).

Se il commissionario non fa la spedizione o la consegna delle somme che appartengono al mandante nel giorno in cui la spedizione o la consegna deve esser fatta, l'art. 355 codice di commercio stabilisce che è tenuto a pagare l'interesse sulle somme stesse (2). Se il giorno in cui la spedizione deve esser fatta è determinato nel contratto, è da tal giorno che comincierà l'obbligazione del pagamento degli interessi: se non è determinato dal contratto, questo giorno è quello nel quale non è più necessario che il commissionario detenga le somme che appartengono al committente per la esecuzione dell'incarico: cessato il bisogno di detenere le somme necessariamente cessa il diritto di detenere le somme stesse e però sorge l'obbligo di pagare gli interessi.

Non è però questo il solo caso in cui il commissionario è obbligato al pagamento dell'interesse sulle somme di appartenenza del commissionario da lui detenute. Chè in tutti i casi nei quali il deposito presso il commissionario di somme fosse un deposito regolare, ed egli impiegasse le somme stesse a proprio uso, in applicazione dell'art. 1700 codice civile, egli dovrebbe gli interessi sulle somme impiegate.

63. L'inadempimento da parte del commissionario alle sue obbligazioni non produce effetti speciali che nei casi dei quali ci si è occupati nei numeri 54 e seg.; in tutti gli altri casi al committente non spettano che i diritti che si sono menzionati al n. 53, i diritti cioè o di costringere il commissionario all'adempimento, quando sia possibile, o di chiedere la risoluzione del contratto.

Si trova giudicato:

1° Se con unico contratto fossero state date diverse commissioni, ricusandosi il commissionario di adempiere una delle obbligazioni da lui assunte, il committente è in diritto di rifiutare la sua accettazione alla tratta pel pagamento della commissione medesima (3).

2° Il committente di una compra-vendita di effetti pubblici a termine che ha dato incarico per telegrafo con richiesta di risposta telegrafica, può respingere il contratto conchiuso dal commissionario se la risposta non gli arriva il giorno stesso (4).

Niente di meno che esatto è affermato in queste decisioni: l'inadempimento da parte del commissionario alle sue obbligazioni, legittima da parte del committente l'inadempimento delle proprie; il committente non è tenuto a vedere accrescere il danno che gli è poi derivato in seguito all'inadempimento a suo pregiudizio avvenuto, coll'adempiere le obbligazioni che avrebbe verso il commissionario in seguito al contratto.

Si trova in quella vece giudicato che il committente non può sottrarsi all'adempimento delle obbligazioni dal commissionario contratte, sebbene il commissionario non gli abbia dato avviso (5). Questa decisione non può essere approvata. La mancanza nel dare l'avviso è un inadempimento da parte del commissionario alle sue obbligazioni, e questo inadempimento autorizza il committente a non adempiere le proprie ed a far dichiarare la risoluzione del contratto di commissione.

Capo IV. — Diritti del commissionario.

64. Preliminari. — 65. Diritto ad ottenere i mezzi necessari alla esecuzione dell'incarico. — 66. Diritto agli interessi sulle somme sborsate. — 67. Diritto del commissionario quale ricevitore di cose del committente. — 68. Diritti nella trattazione dell'affare. — 69. Può il commissionario comperare una merce per un suo committente e venderla ad un prezzo superiore ad altro suo committente? — 70. Diritti per certe operazioni di vendere o comperare esso stesso. — 71. Diritto di sostituire altri a sè nella esecuzione dell'incarico. — 72. Diritto di apporre alla girata dei titoli all'ordine la clausola « senza garanzia ». — 73. Diritti dopo la trattazione dell'affare; diritto a che il committente esegua il contratto col terzo; effetti dell'inadempimento da parte del committente di tale obbligazione; rilievo dalle liti. — 74. Rimborso delle anticipazioni e delle spese. — 75. Risarcimento delle perdite sofferte per occasione della commissione. — 76. Diritto alla provvigione. — 77. Privilegio competente a garanzia dei crediti. — 78. A chi compete il privilegio, per quali affari, e per quali crediti compete. — 79. Su quali cose compete e per quali affari; ritenzione delle cose. — 80. Grado del privilegio. — 81. Esercizio del privilegio. — 82. Solidarietà fra committenti.

64. Per ciò che concerne le obbligazioni del commissionario si sono considerati i tre momenti della esecuzione del contratto di commissione: ciò che può intervenire fra committente e commissionario per la trattazione dell'affare, la trattazione dell'affare, il porre il committente in condizione da trar profitto dall'affare trattato. I due primi momenti si devono considerare anche per ciò che concerne i diritti del commissionario; il terzo momento che deve essere considerato quello si è del conseguimento da parte del commissionario di ciò che ha diritto di conseguire in esito alla operazione compiuta.

65. Per trattare un affare commerciale ben di rado si può agire impiegando esclusivamente la propria attività personale; quasi sempre sono necessari mezzi materiali, che sono diversi a seconda dell'affare che deve essere trattato. E competenza della tecnica commerciale stabilire quali mezzi sono necessari per la trattazione di ogni singolo affare; alla scienza giuridica basta constatare in fatto, che in tanto il commissionario può dar mano alla trattazione dell'affare, in quanto sia in condizione di procedere alla trattazione dell'affare stesso, abbia, cioè, i mezzi necessari acciò la trattazione possa aver luogo.

(1) Fu però giudicato che il committente che detenga le merci non può rifiutare l'esecuzione del contratto anche se il commissionario abbia ecceduto i limiti del mandato (App. Genova, 15 luglio 1866, *Minuto c. Ricci*: *Ann.*, 1866, 477).

(2) Vidari, Op. cit., 17.

(3) App. Genova 30 gennaio 1872, *N.N.* (*Giur. Ital.*, 1872, 56).

(4) Trib. di comm. di Venezia 4 febbraio 1874, *N.N.* (*Eco Trib.*, 1874, 719).

(5) App. Venezia 21 gennaio 1875, *Pivetta c. Ditta Gasparini Codognato* (*Giur. Ital.*, 1875, 273).

Sarà forse il commissionario obbligato a fornire tali mezzi? Per alcuni affari il commissionario non potrebbe, nemmeno volendo, fornire i mezzi necessari alla esecuzione della commissione: trattasi, per esempio, di vendere delle merci di proprietà del committente? necessariamente deve essere il committente colui che deve dare al commissionario le merci da vendere. Per altri affari il commissionario potrebbe egli fornire i mezzi necessari alla esecuzione della commissione: se trattasi di comprare delle merci, ben potrebbe il commissionario sborsare il prezzo; se trattasi di far delle spese per l'esecuzione della commissione, ben potrebbe il commissionario fornire del suo il danaro necessario per le spese stesse. Ma sarà il caso di ritenerlo per effetto della accettazione della commissione obbligato a fornire questi mezzi? L'interesse diretto, principale per l'esecuzione della commissione, è del committente, non già del commissionario, il primo è il padrone dell'affare; è dunque ragionevole che egli fornisca al commissionario i mezzi necessari per l'esecuzione della commissione (1). Di qui il disposto dell'art. 360 codice di commercio: il committente è tenuto a somministrare al commissionario i mezzi necessari per l'esecuzione dell'incarico(2). E siccome non avvi nessuna ragione per vietare alle parti di convenire diversamente, così l'articolo stesso si affretta a far notare, che il committente è tenuto a tale somministrazione, se non vi è convenzione contraria. Delamarre e Le Poitvin (3) ritengono non applicabile l'articolo 360 predetto a quelle spese lievi che per gli usi commerciali vengono anticipate dal commissionario; ma bisogna andar più in là; siccome i contratti obbligano anche alle conseguenze che secondo l'uso ne derivano (4), così ognora quando è di uso che il commissionario fornisca egli i mezzi necessari alla esecuzione dell'incarico, siano o no lievi le spese che è necessario anticipare, quando il commissionario nella accettazione dell'incarico non abbia espressamente escluso di esser tenuto a fornire i mezzi necessari, il commissionario è tenuto a fornire i mezzi stessi (5) dal momento che i contratti obbligano non solo a quanto in essi è espresso ma anche alle conseguenze che secondo l'uso ne derivano. Se poi fosse abitudine fra committente e commissionario che questi fornisca i mezzi necessari alla esecuzione dell'incarico, sarebbe sempre il commissionario in diritto di non fornirli per l'affare di cui viene incaricato, ma della sua determinazione dovrebbe avvertire il committente in quel termine entro il quale ogni commerciante è obbligato a dichiarare che non intende accettare l'incarico offertogli. La ragione di ciò è evidente! Quando pei rapporti che esistono fra due persone colui che assume la qualità di commissionario è abituato a fornire i mezzi necessari per l'esecuzione dell'incarico, il committente ritiene che il commissionario non intende usare del diritto che l'art. 360 codice commerciale gli riconosce, e però ritiene di aver fatto da parte sua quanto è necessario acciò l'incarico sia eseguito. La buona fede commerciale esige che il commissionario, che intende mutar sistema, avverta il committente del mutamento che intende apportare a quanto fino allora si è praticato: la commissione è un contratto, ed a termini dell'art. 1124 codice civile i contratti devono essere eseguiti in buona fede.

Se nel contratto fu stabilito il luogo dove il commissionario avrebbe ricevuto quanto dal committente gli deve essere dato per l'esecuzione dell'incarico, è in questo luogo che il ricevimento deve avvenire; ma se sul proposito nulla fu determinato dalle parti, è al domicilio del commissionario che il committente deve fare la consegna (6) dal momento che non è il commissionario interessato ad esigere, ma è il committente interessato a pagare.

Se il commissionario non è obbligato a fornire i mezzi necessari all'esecuzione della commissione, egli non è punto obbligato a dar mano alla trattazione dell'affare fino a quando il committente non si è prestato alla esecuzione della sua obbligazione (7). Se i mezzi posti a disposizione del commissionario sono divenuti insufficienti, il commissionario deve avvertire il committente, acciò questi fornisca i supplementi che fossero del caso, e non sarebbe obbligato a proseguire nella trattazione dell'affare, fino a quando il supplemento non fosse stato posto a sua disposizione; se per l'interruzione della trattazione dell'affare la trattazione stessa è divenuta meno utile imputi a sè il committente questa minore utilità; se egli avesse fornito al commissionario sin dal bel principio quanto a questi era necessario, l'interruzione non avrebbe avuto luogo. E dovrebbe imputare il committente a sè stesso i danni verificatisi anche se avesse, tosto che ne fu richiesto, forniti al commissionario i mezzi necessari, ove essi per una cagione qualsiasi, anche indipendente dal fatto suo, non fossero giunti a destinazione, o fossero giunti troppo

(1) Vedi Cass. Napoli 13 aprile 1869, *Romano* c. *Labonini* (*Gazz. Proc.*, IV, 232); Cass. Roma, 26 febbraio 1877, *Borridi* c. *Cavalieri* (*Legge*, 1877, 1, 705).

(2) Fu giudicato che il commissionario essendo esposto verso il terzo per l'esecuzione del contratto, può farsi consegnare dal committente la somma che stima necessaria per mettersi al coperto, somma che rappresenta la caparra o la garanzia del commissionario (App. Venezia 13 febbr. 1891, *Freund* c. *Galanti*: *Temi Ven.*, 1891, 135). La decisione è così motivata:

« Si dice dal Galanti e si afferma dal tribunale che la simulazione del contratto risulta evidente dal fatto, che si rilasciavano da esso Galanti delle cambiali mano mano che si liquidavano i prezzi dei generi dedotti in contratto, le quali rappresentavano la differenza fra il prezzo del frumento o mais fissato nel contratto e quello risultante dal corso della giornata.

« Su di che giova osservare che la ditta Freund nel contratto in parola agì da semplice commissionata, ed intorno a ciò non vi è dubbio, perchè risulta da tutte le corrispondenze e dallo stesso telegramma 15 ottobre 1888 che essa comprò il grano ed il grano turco in via di commissione.

« Ora è risaputo che il commissionario, per disposto degli articoli 380 e seg. cod. comm., è quello che tratta gli affari in nome proprio ma per conto del committente, per cui esso è obbligato direttamente verso la persona colla quale ha contrattato come se l'affare fosse suo. Assumendo quindi il commissionato una personale responsabilità verso colui col quale ha contrattato, egli verrebbe a risentirne le dannose conseguenze in caso di inesecuzione del contratto. Ond'è che stante tale eventualità, che spesso si verifica nei contratti a lungo termine, egli a titolo di garanzia si fa consegnare una determinata somma che stima necessaria da metterlo al coperto.

« Da qui è che se la ditta Freund colla lettera 10 ottobre 1888 chiese alla ditta Galanti a titolo di deposito mezzo fiorino per ogni quintale di merce acquistata in commissione per conto di essa ditta Galanti, tale deposito non rappresentava che appunto la caparra, ossia la garanzia della ditta Freund per la eventuale inesecuzione del contratto 15 ottobre 1888 da parte della ditta Galanti, e non già la differenza per il ribasso della merce ».

(3) II, 221 e seg.

(4) Art. 1124 cod. civ.

(5) Vidari, Op. cit., 31.

(6) Confr. art. 1260, n° 6° cod. civ.; App. Genova 11 giugno 1872, *Frassetti* c. *Molinari* (*Giur. Ital.*, 1872, 389).

(7) Art. 124 cod. spagnuolo e 58 cod. portoghese.

le cose alla scadenza convenuta (1), il committente a comperare deve ricevere la merce dal commissionario, o da chi per questi, speditagli, e non potrebbe rifiutarla perchè non abbia tutte le qualità indicate nella fattura quando corrisponde al termine od ai termini della commissione, e risulti che il commissionario è esente da ogni colpa o malafede per la diversità delle merci indicate nella fattura (2). Ma non può esigere dal committente più di quanto il terzo esige da lui, e però se il terzo rinunciasse a parte dei diritti che gli competono in forza del contratto, il commissionario non potrebbe pretendere dal committente l'adempimento integrale delle obbligazioni, null'altro potrebbe pretendere se non che l'adempimento di ciò a cui il terzo non ha rinunziato.

Fu giudicato che il commissionario che si obbliga ad acquistare la merce ed a farla pervenire subito al committente, non può pretendere che questi la riceva, quando, sia pur per forza maggiore, l'arrivo ne è ritardato di tanto che non può più servire all'uso destinato (3). Questo principio è erroneo. Che il compratore sia in diritto di rifiutare la merce arrivata in ritardo, anche se ciò sia avvenuto per forza maggiore, può anche ammettersi, ma questo diritto non può essere esercitato che in confronto del venditore servendosi del mezzo del commissionario, non già in confronto del commissionario; non si potrà cioè rifiutare la merce al commissionario ma costringere il commissionario a rifiutarla al terzo, sia perchè il commissionario non risponde della forza maggiore, sia perchè il commissionario non risponde delle obbligazioni assunte dal terzo col quale ha contrattato se non vi è convenzione contraria. Nel caso di cui nella surriferita decisione il commissionario aveva adempiuta la sua obbligazione di ordinare la merce, era stato il terzo che per un evento di forza maggiore non aveva eseguito l'obbligazione che si era assunta; il committente poteva costringere il commissionario ad agire contro il terzo, non doveva egli agire contro il commissionario.

Se il committente non esegue la obbligazione, il commissionario, oltre al risarcimento del danno che da tale inadempimento risente, ha anche il diritto di fare in conformità alla legge ed agli usi commerciali, tutto ciò che è necessario onde non incorrere nelle conseguenze che a suo danno si produrrebbero per l'inesecuzione della sua obbligazione verso il terzo, o per attenuare le conseguenze stesse, ponendo a carico del committente le perdite che per tale motivo viene a soffrire. E però trovasi rettamente giudicato:

1° Se il committente rifiuta nel giorno della scadenza i titoli acquistati per suo conto, deve sottostare alla perdita dello storno fatto legalmente dal commissionario; e se questi ha ottenuto lo storno verso pagamento di moneta d'oro, con questa ha diritto di essere rimborsato (4).

2° Quando il commissionario a vendere ha eseguito la commissione, il committente è tenuto a consegnare la merce alla scadenza convenuta, e se il committente non consegna la merce al tempo stabilito, il commissionario può acquistarla per farne la consegna al terzo compratore, ed ha diritto alla rifazione dei danni (5).

---

(1) Dec. stessa.

(2) Cass. Torino, 11 maggio 1882, *Singimbosco* c. *Pietranera* (*Giurisp. tor.*, 1882, 380).

(3) Cass. Torino, 17 maggio 1867, *Caffarel* c. *Morello* (*Ann.*, 1867, 316). La decisione è così motivata:

« Attesochè è ammesso dal Caffarel, ed è provato dalla stessa lettera 5 settembre 1866, da lui prodotta come titolo costitutivo della convenzione intesa col Moretto, che nell'assumere l'incarico di provvedere per quest'ultimo le pelli di cui si tratta, obbligossi di farle spedire subito, e a prezzo franco qui in Torino.

« Attesochè l'obbligo assunto di far venire subito ed a prezzo franco qui in Torino le pelli prova che il contratto restò d'accordo delle parti concluso nel senso che il Moretto faceva compera di quella merce per valersene ad un uso premuroso e stringente.

« Che il commissionario, che in tali circostanze prende sopra di sè l'incarico della pronta ed immediata provvista della merce e che, ove bisogna, si assoggetta di conseguenza dell'obbligo assunto alla eventualità di vederne ricusata l'accettazione ogniqualvolta l'arrivo della merce venga ritardato di tanto che al tempo dell'arrivo essa non possa più servire all'uso destinato, perocchè quegli che compra alla condizione di aver tosto la merce comprata, è chiaro che intenda non obbligarsi a riceverla quando gli venga consegnata troppo tardi, e che ciò avvenendo, essa debba restare a rischio e pericolo del commissionario, il quale non ha potuto, o saputo compiere l'assunta obbligazione della quale egli poteva e doveva misurare le possibili contingenze.

« Che pertanto rettamente il tribunale di commercio di questa città, nella sentenza appellata, interpretò i termini del contratto e le circostanze complessive della causa, là dove disse che il Moretto non doveva ritenersi obbligato di ricevere in dicembre le pelli che il Caffarel gli aveva promesso di fargli pervenire subito qui dal principio del settembre, quantunque tanto ritardo possa per avventura essere derivato dalla sopravvenuta intercettazione della strada, più che da colpa o da fatto del Caffarel; mentre, giova ripeterlo, l'onere in lui di sopportare il rifiuto della merce arrivata tardivamente deriva di conseguenza dalla obbligazione assunta in sè di darla senza ritardo: la quale non essendo stata adempiuta pone il Moretto nel diritto di pretendere lo scioglimento del contratto, onde non essere costretto, per fatto del tutto a lui estraneo, di ricevere e pagare una merce che più non servirebbe allo scopo per cui ne aveva pattuito la consegna pronta e sicura.

« Che a giustificazione della sentenza appellata sta la dottrina e la giurisprudenza, secondo cui è ritenuto in massima che, sebbene il venditore possa andare immune da danni ed interessi verso il compratore per il ritardo della consegna della merce venduta, allora quando il ritardo deriva da forza maggiore, pur non di meno anche in tal caso debba essere pronunciato lo scioglimento del contratto nell'interesse del compratore, ogniqualvolta si tratti di un acquisto per lui fatto a tempo determinato, o per un caso che non ammettesse dilazione maggiore del tempo ordinariamente richiesto per il viaggio, il trasporto e la consegna.

« Che quindi cadono i ragionamenti dal Caffarel, desunti in contrario dall'art. 98 codice di commercio e dall'art. 1225 codice civile, dovendosi distinguere tra l'obbligazione del risarcimento del danno cui può esser tenuto il venditore verso il compratore per il ritardo alla consegna delle cose vendute, e lo scioglimento del contratto perchè vi sono casi in cui il ritardo alla consegna può dar luogo allo scioglimento del contratto in favore del compratore, senza che il venditore sia tenuto inoltre al risarcimento del danno.

« Attesochè le premesse considerazioni, unite a quelle già svolte nella sentenza appellata, valgono pure a dimostrare l'inutilità, nello stato presente della controversia, del capitolo dedotto dal Caffarel all'effetto di stabilire i gravissimi incagli e ritardi che subirono le merci in viaggio per la via del Moncenisio, allorchè nello scorso autunno quella strada fu devastata dalle acque, non potendo, per le ragioni già addotte, siffatte contingenze ridondare a danno del Moretto, nel punto da obbligarlo alla osservanza di un contratto al quale non si vincolò per il caso di ritardo nella consegna della merce ».

(4) App. Venezia, 20 febbraio 1875, *Pivetta* c. *Ditta Gasparini e Codognato* (*Giur. It.*, 1875, 273).

(5) App. Napoli, 2 marzo 1873, *Marone* c. *Battista* (*Ann.*, 1873, 302).

modo che agirebbe un regolato commerciante; perchè deve presumere che la mancanza di riscontro al suo avviso, abbia origine da circostanze indipendenti dalla volontà del committente, non essendo presumibile che un regolato commerciante, avvertito di salvaguardare i propri interessi, non si curi dell'avvertimento ricevuto ed ometta di dare quelle istruzioni che sono necessarie onde evitare pregiudizi.

Se pei patti intervenuti le merci non dovessero rimanere presso il commissionario che per un tempo determinato, o se trattasi di merci avariate, il commissionario ha diritto a che, trascorso il tempo convenuto, il committente le ritiri; e qualora non si prestasse non può disconoscersi al commissionario il diritto di provocare il deposito giudiziale delle merci stesse.

Le cose possono essere state ricevute in buono stato, e nel tempo in cui il commissionario le detiene, verificarsi alle stesse un danno del quale il commissionario non è tenuto a rispondere. Il capov. dell'art. 410 del progetto preliminare, in conformità al disposto dell'art. 366 del codice germanico, per tal caso disponeva che, se per la natura del danno è urgente provvedere alla vendita degli effetti, e manca il tempo necessario a chiedere istruzioni, od il committente tarda a darle, il commissionario può venderle sotto la propria responsabilità, o provocare le disposizioni indicate nell'art. 68 del progetto (71 del codice). Questa disposizione non fu riprodotta nè nel progetto definitivo, nè nel codice; ma ad eccezione della facoltà di dirigersi al presidente del tribunale od al pretore per far ordinare la vendita (1), non vi può esser dubbio sulla facoltà del commissionario di vendere le merci, quando si verifichino gli estremi di fatto nel capov. dell'art. 410 dal progetto preliminare previsti. E non solo non può dubitarsi della facoltà, ma nemmanco dell'obbligo del commissionario di procedere a tale vendita, dal momento che suo obbligo è quello di far tutto ciò che dall'interesse al committente è comandato, e che vale a preservare questi da danni od a non accrescere i danni che avesse sofferto.

68. I diritti del commissionario relativamente alla trattazione dell'affare, sono determinati dall'indole dell'affare, la trattazione del quale fu commessa, e dalle istruzioni che il committente gli ha date.

Salva l'osservanza delle istruzioni dal committente impartite, il commissionario rappresenta il committente in tutto ciò che è relativo alla trattazione dell'affare (2), ed ha diritto di compiere liberamente tutti gli atti necessari alla esecuzione dell'incarico, ancorchè non espressamente indicati nell'atto col quale l'incarico fu conferito (3). Conseguentemente il commissionario, salvo diverse disposizioni che fossero state date nelle istruzioni, s'intende autorizzato ad assicurare le cose del committente dai rischi ai quali sono esposte (4), ad incontrare le spese di spedizione che fossero necessarie, le spese di altre commissioni in luoghi diversi da quelli nei quali il commissionario risiede, di senseria, dello *star del credere* di altri commissionari onde essere sicuro dell'adempimento del contratto che si sarà per stipulare col terzo, di sconti, di compera di divisa, di compera di monete diverse da quelle aventi corso obbligatorio o legale, quando la compra è necessaria per l'esecuzione dell'incarico (5). Se egli però avesse assunto lo *star del credere* verso il proprio committente, non s'intende punto autorizzato ad incontrare la spesa di un ulteriore *star del credere* che venisse assunto da un successivo commissionario: in questo caso lo *star del credere* che viene assunto dal commissionario successivo non è utile al committente, che collo *star del credere* del suo commissionario diretto ha la garanzia dell'adempimento della obbligazione col terzo col quale il commissionario sarà per contrattare, ma è utile soltanto al commissionario diretto che colla convenzione accessoria stipulata viene ad ottenere una garanzia dell'adempimento di quella obbligazione, la garanzia della quale egli ha assunta verso il committente suo; le spese di questo *star del credere* devono sempre essere assunte da esso commissionario diretto, non già dal committente.

Se non sono date istruzioni che per alcune particolarità dell'affare, si deve ritenere che per le altre particolarità, per cui si è taciuto, il mandato sia libero (6), e se furono commessi più affari, per alcuni dei quali soltanto furono date istruzioni, il mandato è libero per gli altri (7).

69. Il tribunale di commercio di Milano (8) ha deciso che il commissionario può acquistare la merce per un committente, e rivenderla ad altro committente suo, per un prezzo superiore a quello pagato pel primo committente. Questo principio, nei termini nei quali è formulato, non può essere accettato, ma è duopo apportare allo stesso delle notabili restrizioni. Se un commissionario riceve una commissione di comperare merci e di rivenderle, e dopo eseguita la compera riceve una commissione successiva da altra persona per comperare merci della stessa specie e qualità di quella già comperata, e che tiene per rivendere, nulla osta a che egli possa vendere al secondo committente la merce comprata pel primo: non avvi alcuna incompatibilità a che il commissionario compia le due operazioni, potendo benissimo fare l'interesse di ambedue i suoi committenti, senza essere costretto, per fare l'interesse di uno, omettere di fare quello dell'altro. È appunto uno dei benefizi economici del commercio e della commissione quello di rendere possibile la conclusione di affari a mezzo di una persona sulla quale si concentrano le offerte e le domande, e così di rendere possibile la conclusione di affari senza provocare quei ribassi di prezzi che provengono da offerte di vendita, o quei rialzi che vengono provocati da ricerche di compera. In questi limiti è vero il principio posto dal tribunale di Milano nella surriferita decisione.

Ma che si possa estendere quel principio anche al caso in

(1) L'art. 71 cod. comm. riceve applicazione in quei casi nei quali fra più interessati vi è opposizione di interesse, non in quei casi nei quali, come in quelli previsti nel testo, la opposizione di interesse non esiste.

(2) In applicazione di questo principio fu giudicato che la persona incaricata dal venditore di curare la vendita della merce ha il mandato di rappresentarla in tutto ciò che può occorrere per la completa esecuzione del contratto, e però il venditore è validamente rappresentato dal commissionario anche per la perizia nel caso di rifiuto della merce (App. Genova, 15 dic. 1883, *Blumenfeld e Gondrand* c. *Liberti*: *Eco Gen.*, 1884, 166).

(3) Art. 350, cap. II, cod. comm. Vidari, Op. c., 8.

(4) Vedi **Assicurazioni marittime**, 52. Se gli fu proibito di fare l'assicurazione, ed egli assicura medesimamente, a tutti gli effetti di legge non è che un gestore di negozii: l. c.

(5) Vedi app. Venezia, 6 marzo 1879, *Ditta Verna* c. *Heidelmann* (*Monit. giudiziario*. Venezia, 1879, 184).

(6) Art. 350, capov. 1°, cod. comm.

(7) Vidari, Op. cit., 8.

(8) 9 febbraio 1878, *Ditta Tavola* c. *Franzi* (*Giorn.*, 1878, 226).

cui il commissionario dopo accettata la prima commissione, avanti di eseguire la compera pel primo committente, accetti la seconda commissione di compera della stessa merce, è assolutamente da escludersi, siccome incompatibile colle obbligazioni che al commissionario sono addossate. Se il commissionario è tenuto a procurare pel suo committente le migliori condizioni possibili quando egli deve comperare la merce, se la compera per conto del primo committente per rivendere la merce al secondo per un prezzo superiore non procura per questo secondo committente le migliori condizioni che gli era possibile ottenere, perchè per procurargli queste migliori condizioni egli avrebbe dovuto fare direttamente la compra pel secondo committente stesso, risparmiandogli quella differenza di prezzo che viene guadagnata dal primo committente. Se vuole mantenersi imparziale ed adempiere le obbligazioni che egli ha, o deve comperare la merce per lo stesso prezzo per ambedue i committenti, ed allora resta escluso che possa passare al secondo la merce comperata pel primo dal momento che per questi l'operazione sarebbe inutile non riuscendo a realizzare alcun guadagno; o se per le condizioni del mercato non è disponibile tanta merce quanta ne occorra per soddisfare alla richiesta di ambedue i committenti, deve rinunziare ad una delle due commissioni, a sua scelta, se è in tempo di poter fare la rinunzia, o se non è più in tempo di rinunziare alla prima commissione ricevuta, non deve accettare la seconda.

70. Al momento della formazione del codice di commercio vigente si questionava, in teoria, se il commissionario poteva egli stesso comperare le merci della cui vendita era incaricato, e vendere al committente la cosa che aveva avuto incarico di comprare. Alcune legislazioni lo vietavano in modo assoluto (1); il codice germanico (2) lo permetteva per i titoli di credito e per le merci che hanno un valore di borsa o di mercato. Nella Commissione che elaborò il progetto preliminare del codice la questione fu sollevata ma non fu risoluta (3), e nel progetto preliminare non fu inserita nessuna disposizione sul proposito. Ma nel progetto definitivo all'articolo 383 fu inserita la disposizione che divenne l'articolo 386 del codice, disposizione della quale ora ci si deve occupare.

Nelle commissioni di compra o di vendita di cambiali, di obbligazioni dello Stato o di altri titoli di credito circolanti in commercio, o di merci che hanno un prezzo di borsa o di mercato, il commissionario, se il committente non ha disposto altrimenti, può somministrare egli stesso, al prezzo corrente, la cosa che deve comperare, o ritenere per sè, al prezzo corrente, la cosa che deve vendere per conto del committente (4). Ma questo diritto, si ripete, non può esercitarlo se il committente ha altrimenti disposto, e la contraria disposizione del committente può essere esplicita, e può essere anche soltanto implicita. È implicita tutte le volte che le istruzioni date dal committente sono tali da creare pel commissionario una impossibilità morale a ritenere per sè la operazione. E così fu rettamente giudicato che il commissionario non può usare della facoltà accordatagli dall'articolo 386 1ª p. codice commerciale, quando egli sia stato costituito dal committente giudice sulla opportunità della vendita o della compra, in modo che l'interesse del commissionario, come compratore, o come venditore, si trovi in opposizione con quello del committente venditore o compratore: in questo caso il commissionario non può valersi del diritto accordatogli dall'art. 386 1ª p. codice commerciale senza venir meno alla lealtà commerciale, e però nei casi stessi il contratto che il commissionario avesse ritenuto per sè, sarebbe come non avvenuto (5). Per esercitare il diritto riconosciutogli dall'art. 386 1ª p. codice commerciale, se si tratta di compra, è d'uopo che il commissionario si trovi ad avere a sua disposizione la cosa che intende vendere al committente; non potrebbe egli comperare detta cosa per proprio conto ad un prezzo per rivenderla al committente ad un prezzo maggiore senza venir meno al suo dovere di procurare al committente il maggior possibile vantaggio (6). Ond'è che se il commissionario facesse una operazione di questo genere, il committente avrebbe diritto di ripetere da lui la differenza fra il prezzo al quale la merce fu comprata, ed il prezzo pel quale fu al committente conteggiata.

Nei casi nei quali il commissionario può usare ed usa della facoltà di cui l'art. 386, 1ª p., codice di commercio, il contratto di commissione non resta annientato, perdura in tutta la sua forza, ed allo stesso si aggiunge un contratto di compra-vendita, però il committente ha verso il commissionario tutti i diritti ed i doveri provenienti dal contratto di commissione, e tutti i diritti ed i doveri del compratore o del venditore, a seconda che di compera o di vendita era l'incarico affidato; ed alla sua volta il commissionario verso il committente ha tutti i diritti e tutti i doveri che provengono dal contratto di commissione, più tutti i diritti e tutti i doveri del venditore o del compratore.

71. Colui che ha uno stabilimento commerciale anche di mediocre importanza non può attendere da solo al dettaglio delle operazioni commerciali che dal suo stabilimento devono esser fatte; necessariamente si vale per il dettaglio delle operazioni stesse, dei propri agenti. Nessun dubbio che il commissionario, al quale non sia espressamente proibito di ciò fare, si possa valere dei suoi agenti per l'esecuzione della commissione. Uno stabilimento commerciale può essere esercitato da un institore; nessun dubbio che il proprietario della taberna il quale assume direttamente una commissione, possa farla eseguire dal suo institore se ciò non gli fu espressamente proibito. Ma all'infuori dell'opera dei propri institori ed agenti, può il commissionario sostituire altri a sè per l'adempimento dell'incarico che a lui fu affidato?

Per gli art. 406 e 407 del progetto preliminare, eguali agli art. 355 e 356 codice di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, veniva riconosciuto al commissionario il diritto di sostituire altri, se egli non poteva adempiere personalmente la commissione, e mancava il tempo necessario a chiedere istruzioni, o queste non giungessero, e la natura o le circostanze dell'operazione esigessero la sostituzione, o se ne avesse ricevuto autorizzazione dal committente: in questi casi il commissionario era liberato da ogni responsabilità pel fatto del sostituto, responsabilità che perdurava, con diritto nel

(1) Art. 161, 162 cod. spagnuolo '77, 78 cod. portoghese, 367, 368 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay.

(2) Art. 376, 1ª p.

(3) *Atti della Commissione*, ecc., delib. n. 182.

(4) Art. 386, 1ª parte, cod. comm. V. Vidari, Op. cit., 126 e seg.

(5) App. Genova 15 settembre 1892, *Binghen* c. *Ottolenghi* (*Ann.*, 1892, 355); Cass. Torino, 3 gennaio 1893, *stessi* (*Ann.*, 1893, 98).

(6) Vedi quanto fu detto nel numero precedente.

committente di dirigersi tanto contro il sostituente, quanto contro il sostituito, se la sostituzione fosse stata fatta senza autorizzazione o senza necessità. Queste disposizioni non furono inserite nè nel progetto definitivo, nè nel codice, sicchè questa materia resta regolata dal diritto comune. Ed il diritto comune al riguardo si è che il mandatario è sempre in diritto di sostituire altri a sè nella esecuzione dell'incarico, sia o no stata la sostituzione autorizzata dal mandante, lo abbia anche il mandante proibito (1): se tale diritto compete ad ogni mandatario, compete anche al commissionario, che, come si è veduto, non è che un mandatario (2). Le differenze che vi sono fra caso e caso non sono relative che alla responsabilità del mandatario pel fatto del sostituto, perchè, se è stata data la facoltà di sostituire e fu indicata la persona che doveva essere sostituita, il commissionario non ha alcuna responsabilità verso il committente pel fatto del sostituto (3); se fu data la facoltà di sostituire senza indicazione della persona del sostituto, il commissionario non risponde verso il committente del fatto del sostituto se non quando la persona scelta era notoriamente incapace a trattare l'affare che doveva esser trattato ed era non solvente (4), ed in questi casi l'istituito cessa, e committente e sostituito si trovano in rapporti diretti; se infine non fu data facoltà di sostituire o fu proibita la sostituzione, il commissionario risponde del fatto del suo sostituto. E la sostituzione può avvenire in modo che il sostituito sia un mandatario del commissionario, od in modo che sia un suo commissionario, perchè anche al commissionario come qualunque altro commerciante può interessare di non entrare, per una o per altra ragione, in rapporti diretti con colui col quale l'affare deve essere trattato.

Le spese della sostituzione devono essere sostenute dal sostituente se la sostituzione fu volontaria, cioè se non fu richiesta od imposta dalla natura dell'affare; ma, se la natura dell'incarico, od un evento costituente forza maggiore, ha imposto la sostituzione, le spese devono essere sostenute dal committente (5).

72. Il commissionario può trovarsi detentore di titoli all'ordine di proprietà del committente. Questi titoli possono essere stati al commissionario girati in bianco. Siccome in tal caso il passaggio del titolo ad altra persona si effettua colla sola tradizione manuale, ed il commissionario non assume alcuna responsabilità cambiaria per la girata dei titoli stessi, così in questo caso non avvi alcuna difficoltà che possa richiamare l'attenzione: il commissionario trasmette manualmente il titolo al committente od a quella qualunque persona alla quale deve essere trasferito. Se però pei patti corsi fra committente e commissionario questi dovesse apporre la sua firma alla girata dei titoli all'ordine che passano per le sue mani, se il titolo fosse stato a lui girato in bianco, egli dovrebbe riempire la gira, e girarla poi in bianco od in pieno alla persona alla quale deve passare. Se poi fosse il terzo ad esigere che il titolo che a lui deve passare contenga la firma del commissionario, questi avrebbe verso il suo committente l'obbligo di apporre la sua firma, e sarebbe responsabile dei danni dal committente risentiti in seguito al rifiuto del terzo a ricevere il titolo attesa la mancanza della firma del commissionario, perchè il committente ha sempre diritto a che il commissionario si obblighi direttamente verso il terzo, essendo ciò della essenza del contratto di commissione.

Se il titolo che il commissionario detiene fu a lui girato in pieno, od il titolo è un «pagherò», ancorchè non vi sieno patti speciali, il commissionario che passa questo titolo al suo committente è autorizzato ad apporre nella girata la clausola «senza garanzia». Ciò lo si deduce da che il commissionario non è punto responsabile dell'adempimento delle obbligazioni assunte dalle persone colle quali ha contrattato, ed assumerebbe questa responsabilità, se non verso il proprio committente, poichè come si è veduto al n° 47 verso questo non sarebbe responsabile anche se la sua firma vi fosse nella cambiale, verso i terzi ai quali il committente girasse il titolo dal commissionario rimessogli. Se il committente vuole evitare quella deteriorazione che può soffrire il titolo in seguito ad una girata colla clausola «senza garanzia», nello stesso contenuta, ha un mezzo efficace per riuscire nell'intento; convenga col commissionario che le girate dei titoli da questi fatte debbano essere senza restrizioni. Per quanto concerne le girate che il commissionario dovesse fare a terzi se questi si accontentano di una girata senza garanzia, nessuno avrebbe a che vedere, ma se per l'esigenza del commissionario di girare i titoli senza garanzia dovesse il committente soffrirne danno, il commissionario per le ragioni di sopra esposte sarebbe responsabile del danno stesso.

73. I diritti che al commissionario competono dopo la trattazione dell'affare sono: il diritto a che il committente esegua le obbligazioni dal commissionario per conto di lui assunte, il diritto ad ottenere il rimborso delle anticipazioni e delle spese fatte e di esser tenuto indenne delle perdite sofferte in occasione dell'avuto incarico, il diritto alla provvigione, il diritto a speciali garanzie per ottenere il rimborso delle anticipazioni e delle spese ed il pagamento della provvigione.

Se le obbligazioni che assume il mandatario sono essenzialmente assunte per conto del mandante, perchè se si fossero assunte per conto del mandatario non ci sarebbe più mandato, ma gestione per proprio conto, è di essenza del mandato che le obbligazioni assunte dal mandatario sieno eseguite dal mandante: di qui il disposto dell'art. 1752 1ª p. codice civile: il mandatario ha diritto a che il mandante esegua le obbligazioni da esso mandatario assunte secondo la facoltà che gli ha dato. Questo che è un diritto di ogni e qualsiasi mandatario è un diritto anche del commissionario (6). E però, quando il commissionario a vendere ha eseguito la commissione, il committente è tenuto a consegnare

(1) Confr. art. 1748 cod. civ.

(2) Vedi Vidari, Op. cit., 12.

(3) Confr. art. 1748 1ª p. 1, n. 1 cod. civ.; Delamarre e Le Poitvin II, 191.

(4) Confr. art. 1748 I p. 1, n. 2 cod. civ.; Delamarre e Le Poitvin, II, 192.

(5) Delamarre e Le Poitvin, II, 671.

(6) L'App. di Napoli, 2 marzo 1873, *Marna* c. *Battista* (*Ann.*, 1873, 302), così sentenziava:

«Che producendo il contratto di commissione un vincolo di diritto tra il committente ed il commissionario, indipendentemente dai rapporti col terzo, ne segue che adempiuta la commissione secondo gli ordini del committente, rimane costui in dovere di eseguire le obbligazioni contratte dal commissionario, a norma delle facoltà conferite, sia coll'invio della merce, sia coll'adempimento degli altri obblighi. E qui cade in acconcio osservare che gli obblighi del committente verso il commissionario non nascono col contratto, come quelli del commissionario, ma prendono la loro origine solamente dalla esecuzione del contratto medesimo, subito che questo venga eseguito ed approvato».

le cose alla scadenza convenuta (1), il committente a comperare deve ricevere la merce dal commissionario, o da chi per questi, speditagli, e non potrebbe rifiutarla perchè non abbia tutte le qualità indicate nella fattura quando corrisponde al termine od ai termini della commissione, e risulti che il commissionario è esente da ogni colpa o malafede per la diversità delle merci indicate nella fattura (2). Ma non può esigere dal committente più di quanto il terzo esige da lui, e però se il terzo rinunciasse a parte dei diritti che gli competono in forza del contratto, il commissionario non potrebbe pretendere dal committente l'adempimento integrale delle obbligazioni, null'altro potrebbe pretendere se non che l'adempimento di ciò a cui il terzo non ha rinunziato.

Fu giudicato che il commissionario che si obbliga ad acquistare la merce ed a farla pervenire subito al committente, non può pretendere che questi la riceva, quando, sia pur per forza maggiore, l'arrivo ne è ritardato di tanto che non può più servire all'uso destinato (3). Questo principio è erroneo. Che il compratore sia in diritto di rifiutare la merce arrivata in ritardo, anche se ciò sia avvenuto per forza maggiore, può anche ammettersi, ma questo diritto non può essere esercitato che in confronto del venditore servendosi del mezzo del commissionario, non già in confronto del commissionario; non si potrà cioè rifiutare la merce al commissionario ma costringere il commissionario a rifiutarla al terzo, sia perchè il commissionario non risponde della forza maggiore, sia perchè il commissionario non risponde delle obbligazioni assunte dal terzo col quale ha contrattato se non vi è convenzione contraria. Nel caso di cui nella surriferita decisione il commissionario aveva adempiuta la sua obbligazione di ordinare la merce, era stato il terzo che per un evento di forza maggiore non aveva eseguito l'obbligazione che si era assunta; il committente poteva costringere il commissionario ad agire contro il terzo, non doveva egli agire contro il commissionario.

Se il committente non esegue la obbligazione, il commissionario, oltre al risarcimento del danno che da tale inadempimento risente, ha anche il diritto di fare in conformità alla legge ed agli usi commerciali, tutto ciò che è necessario onde non incorrere nelle conseguenze che a suo danno si produrrebbero per l'inesecuzione della sua obbligazione verso il terzo, o per attenuare le conseguenze stesse, ponendo a carico del committente le perdite che per tale motivo viene a soffrire. E però trovasi rettamente giudicato:

1° Se il committente rifiuta nel giorno della scadenza i titoli acquistati per suo conto, deve sottostare alla perdita dello storno fatto legalmente dal commissionario; e se questi ha ottenuto lo storno verso pagamento di moneta d'oro, con questa ha diritto di essere rimborsato (4).

2° Quando il commissionario a vendere ha eseguito la commissione, il committente è tenuto a consegnare la merce alla scadenza convenuta, e se il committente non consegna la merce al tempo stabilito, il commissionario può acquistarla per farne la consegna al terzo compratore, ed ha diritto alla rifazione dei danni (5).

---

(1) Dec. stessa.

(2) Cass. Torino, 11 maggio 1882, *Singimbosco* c. *Pietranera* (*Giurisp. tor.*, 1882, 380).

(3) Cass. Torino, 17 maggio 1867, *Caffarel* c. *Morello* (*Ann.*, 1867, 316). La decisione è così motivata:

« Attesochè è ammesso dal Caffarel, ed è provato dalla stessa lettera 5 settembre 1866, da lui prodotta come titolo costitutivo della convenzione intesa col Moretto, che nell'assumere l'incarico di provvedere per quest'ultimo le pelli di cui si tratta, obbligossi di farle spedire subito, e a prezzo franco qui in Torino.

« Attesochè l'obbligo assunto di far venire subito ed a prezzo franco qui in Torino le pelli prova che il contratto restò d'accordo delle parti concluso nel senso che il Moretto faceva compera di quella merce per valersene ad un uso premuroso e stringente.

« Che il commissionario, che in tali circostanze prende sopra di sè l'incarico della pronta ed immediata provvista della merce e che, ove bisogna, si assoggetta di conseguenza dell'obbligo assunto alla eventualità di vederne ricusata l'accettazione ogniqualvolta l'arrivo della merce venga ritardato di tanto che al tempo dell'arrivo essa non possa più servire all'uso destinato, perocchè quegli che compra alla condizione di aver tosto la merce comprata, è chiaro che intenda non obbligarsi a riceverla quando gli venga consegnata troppo tardi, e che ciò avvenendo, essa debba restare a rischio e pericolo del commissionario, il quale non ha potuto, o saputo compiere l'assunta obbligazione della quale egli poteva e doveva misurare le possibili contingenze.

« Che pertanto rettamente il tribunale di commercio di questa città, nella sentenza appellata, interpretò i termini del contratto e le circostanze complessive della causa, là dove disse che il Moretto non doveva ritenersi obbligato di ricevere in dicembre le pelli che il Caffarel gli aveva promesso di fargli pervenire subito qui dal principio del settembre, quantunque tanto ritardo possa per avventura essere derivato dalla sopravvenuta intercettazione della strada, più che da colpa o da fatto del Caffarel; mentre, giova ripeterlo, l'onere in lui di sopportare il rifiuto della merce arrivata tardivamente deriva di conseguenza dalla obbligazione assunta in sè di darla senza ritardo: la quale non essendo stata adempiuta pone il Moretto nel diritto di pretendere lo scioglimento del contratto, onde non essere costretto, per fatto del tutto a lui estraneo, di ricevere e pagare una merce che più non servirebbe allo scopo per cui ne aveva pattuito la consegna pronta e sicura.

« Che a giustificazione della sentenza appellata sta la dottrina e la giurisprudenza, secondo cui è ritenuto in massima che, sebbene il venditore possa andare immune da danni ed interessi verso il compratore per il ritardo della consegna della merce venduta, allora quando il ritardo deriva da forza maggiore, pur non di meno anche in tal caso debba essere pronunciato lo scioglimento del contratto nell'interesse del compratore, ogniqualvolta si tratti di un acquisto per lui fatto a tempo determinato, o per un caso che non ammettesse dilazione maggiore del tempo ordinariamente richiesto per il viaggio, il trasporto e la consegna.

« Che quindi cadono i ragionamenti dal Caffarel, desunti in contrario dall'art. 98 codice di commercio e dall'art. 1225 codice civile, dovendosi distinguere tra l'obbligazione del risarcimento del danno cui può esser tenuto il venditore verso il compratore per il ritardo alla consegna delle cose vendute, e lo scioglimento del contratto perchè vi sono casi in cui il ritardo alla consegna può dar luogo allo scioglimento del contratto in favore del compratore, senza che il venditore sia tenuto inoltre al risarcimento del danno.

« Attesochè le premesse considerazioni, unite a quelle già svolte nella sentenza appellata, valgono pure a dimostrare l'inutilità, nello stato presente della controversia, del capitolo dedotto dal Caffarel all'effetto di stabilire i gravissimi incagli e ritardi che subirono le merci in viaggio per la via del Moncenisio, allorchè nello scorso autunno quella strada fu devastata dalle acque, non potendo, per le ragioni già addotte, siffatte contingenze ridondare a danno del Moretto, nel punto da obbligarlo alla osservanza di un contratto al quale non si vincolò per il caso di ritardo nella consegna della merce ».

(4) App. Venezia, 20 febbraio 1875, *Pivetta* c. *Ditta Gasparini e Codognato* (*Giur. It.*, 1875, 273).

(5) App. Napoli, 2 marzo 1873, *Marone* c. *Battista* (*Ann.*, 1873, 302).

3° Per le regole fissate dalla Associazione dei mediatori di cotone della piazza di Liverpool per le vendite a consegna, mentre il venditore è tenuto a presentare la merce al compratore nel tempo specificato nel contratto, e può anche darne immediata consegna, il compratore alla sua volta rimane obbligato ad eseguire il pagamento nei dieci giorni che seguono la data della relativa fattura, con diritto nel venditore, ove il compratore non adempia al suo obbligo prima delle ore 12 m. del giorno susseguente alla scadenza dei dieci di cui sopra, di far procedere, dopo aver dato 24 ore prima avviso in iscritto, alla rivendita della merce, e di farsi rimborsare dal compratore la perdita che siasi con ciò verificata. È pur uso riconosciuto nella piazza di Liverpool, che un commissionario ha diritto di vendere il cotone dichiarato pronto per la consegna anche prima del decimo giorno della fattura, se il compratore non gli ha fatto i fondi per ritirarlo, e rimesso la differenza in conformità alle premesse stipulazioni, nè il commissionario è tenuto a rispettare le 24 ore di avviso per iscritto, perchè questo concerne soltanto il primo venditore. In applicazione degli usi e delle massime precedenti, il commissionario che sulla piazza di Liverpool ha comperato a consegna una quantità di cotone, ed ha dato in seguito avviso al suo committente che il cotone fu dichiarato e fatturato, allo scopo di averne il pattuito prezzo totale o parziale, ha diritto, se il committente manca al suo obbligo, di far vendere senza il suo consenso il cotone anche prima dei dieci giorni dalla fattura, e di farsi rimborsare dal committente la differenza del prezzo fra la vendita e la rivendita (1).

4° Se il committente respinge il contratto conchiuso, il commissionario è libero di regolare fra lui ed il terzo contraente i rapporti derivati dal contratto medesimo, anche mediante lo storno, senza pregiudizio dell'azione di danno verso l'inadempiente (2).

Il committente che si rende inadempiente a consegnare la merce pattuita, è anche obbligato a restituire le anticipazioni che il commissionario gli avesse fatte, sia che non consegni merce alcuna, sia che non consegni merce che abbia quelle qualità che, in seguito ai patti intervenuti, la merce deve avere; ed in questo secondo caso la merce consegnata resta a suo rischio. E però fu rettamente giudicato che il fabbricatore, il quale abbia trascurato di eseguire la fornitura sui campioni forniti ed alle condizioni espresse nella nota dei compratori, deve rifondere il commissionario del maggiore importo ricevuto in tante anticipazioni sulle singole fatture spedite, restando la merce difettosa a tutto pericolo del committente fabbricatore (3).

Il commissionario può essere convenuto dal terzo a motivo dell'affare trattato. Se la lite promossa dal terzo è causata da fatti colposi del commissionario, evidentemente il committente non ha alcun obbligo di intervenire a rilevare il commissionario dalle conseguenze della lite; la colpa del commissionario può originare dalla obbligazione di questi verso il committente, mai dai diritti. Ma se il fatto che serve di fondamento all'azione esperita dal terzo non è un fatto colposo del commissionario, il committente deve rilevare questi, e subire tutte le conseguenze della lite mossa dal terzo (4): è questa una conseguenza dell'obbligo del committente di eseguire la obbligazione dal commissionario contratta, nei limiti dell'incarico.

74. Il commissionario tratta l'affare per conto del committente; le anticipazioni, le spese che fa, non le fa dunque per proprio conto, ma per conto di coloro che gli diedero l'incarico. Di qui ne viene il diritto del commissionario ad ottenere il rimborso delle anticipazioni e delle spese fatte per l'esecuzione dell'incarico (5), per esempio spese di trasporto, di sconto, di assicurazione, di magazzinaggio, di adattamento di locali per depositare la merce ricevuta dal committente (6), di senseria, di compra di moneta diversa da quella avente corso obbligatorio o legale (7), ecc. Invece i salari pagati dal commissionario ai suoi agenti non sono oggetto di speciale restituzione (8), entrando tali salari nelle spese generali dello stabilimento commerciale dal commissionario esercitato; lo sarebbe quanto venisse pagato a sostituti del commissionario, mandatari o commissionari suoi, quando l'opera di questi fosse stata necessaria, oltre all'opera del commissionario, per l'adempimento dell'incarico (9), chè quando l'opera stessa non è necessaria, essendo il commissionario e non il committente che risente i benefizi della loro opera, nulla può essere preteso dal commissionario per questo titolo.

Trovasi giudicato che chi dà incarico ad un commissionario di compiere una operazione su differenze, è sempre tenuto verso il commissionario al rimborso delle anticipazioni da lui fatte, nonostante pretenda trattarsi di veri giochi o scommesse di borsa (10). Questo principio non può accettarsi senza una restrizione, nel caso che il pagamento fatto dal commissionario sia della differenza. Indubbiamente, se il contratto fra commissionario e terzo è stato fatto sui foglietti bollati, di cui alla legge 13 settembre 1876, n. 3326, il committente sarà obbligato a rifondere al commissionario ciò che da questi è stato pagato, ma quando il contratto non è stato fatto con quei foglietti, il committente non è punto obbligato a fare il rimborso, ammenochè non abbia dato espresso incarico di fare il pagamento, quantunque la legge non sia stata osservata. Quando il contratto di borsa ha per

(1) Appello Milano, 13 febbraio 1884, *Ditta Busch Sons* c. *Ditta Grassi Ferrario* (*Monit. dei Tribunali*, 1884, 503).

(2) Trib. di comm. di Venezia, 4 febbraio 1874, *M. N.* (*Eco Trib.*, 1874, 719).

(3) App. Venezia, 15 febbraio 1875, *Zecchin* c. *Pellexfen* (*Eco Trib.* 1875, 587).

(4) App. Messina, 8 luglio 1872, *Marinelli* c. *Alessio e Consolo* (*Temi Zanclea* 1872, 100).

(5) Art. 1753, 1ª p., cod. civ. it., 138 cod. spagnuolo, 46 cod. portoghese, 381 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, 185 brasiliano, 371, 1ª p., cod. germanico.

(6) Fu però giudicato: quando il commissionario si obbliga di pagare ad un prezzo fisso la merce ricevuta in commissione per venderla e ritenere a proprio compenso il maggior prezzo che potesse ritrarre, egli assume implicitamente a proprio carico tutte le spese di fitto e di adattamento occorrenti per attuare il negozio di vendita (App. Venezia, 2 agosto 1881, *Casa di pena della Giudecca* c. *Crepas*: *Temi Ven.* 1882, 134). Questo principio può essere affermato nei singoli casi come risultato della interpretazione di ciò che fu dalle parti voluto, non come principio assoluto da valere per tutti i casi nei quali il commissionario si obbliga di pagare ad un prezzo fisso la merce ricevuta in commissione per venderla e ritenere a proprio compenso il maggior prezzo che potesse ritrarne.

(7) App. Torino, 6 agosto 1885, *Canevaro* c. *Gallina* (*Giur. tor.*, 1885, 307).

(8) Vidari, Op. cit., 116.

(9) Vedi retro n. 68.

(10) Trib. di comm. di Genova, 30 dicembre 1881, *Van Lee* c. *Grano* (*Eco Gen.*, 1882, 237).

oggetto il pagamento della sola differenza, anche se il contratto è fatto a mezzo di commissionario (1), in tanto vi è azione in giudizio, in quanto si sieno adoperati i foglietti bollati (2); il commissionario che paga quella differenza, paga una somma che il committente non sarebbe punto stato obbligato a pagare; dunque non può pretendere rimborso (3). Se però ha ricevuto incarico di fare il pagamento quantunque non sieno stati adoperati i foglietti bollati, il commissionario ha diritto al rimborso, perchè il fatto contrario alla legge è quello di non adoperare pel contratto i foglietti bollati; ma non è punto contrario alla legge il pagare quanto si è promesso di pagare, sia pure per un rapporto pel quale non ci sarebbe stata azione in giudizio.

Se il commissionario è imputabile di qualche colpa, vanno a suo carico le spese colposamente fatte, ma se nessuna colpa intervenne, il committente non può dispensarsi dal rimborso, qualunque sia l'esito della operazione (4), e non ostante che sia stato assunto lo *star del credere*, o si sia convenuta una provvigione da pagarsi al netto ricavo della vendita (5). Ed il committente non ha nemmeno il diritto di far ridurre le anticipazioni e le spese sotto pretesto che avrebbero potuto essere minori (6), cioè senza dimostrare la colpa del commissionario nel fare le anticipazioni e le spese. Come si è veduto al n. 23, il conto corrente e la commissione possono coesistere, senza che i rapporti nascenti dai due contratti, pur intrecciandosi fra loro, vengano ad elidersi: di qui la conseguenza, che l'esistenza del conto corrente non esclude il rimborso delle spese per gli affari che vi si riferiscono (7).

75. Senza anticipare somme del proprio, e senza fare del proprio spese per l'esecuzione dell'incarico, può avvenire che il commissionario per occasione dell'assunto incarico soffra delle perdite; equità vuole che queste perdite non debbano colpire colui che ha ricevuto l'incarico, ma colui a cui favore l'incarico fu adempiuto; come questi risente i benefici che derivano dall'esecuzione dell'incarico, così deve sopportarne anche i danni. Di qui la disposizione dell'art. 1751 codice civile, per la quale il commissionario ha diritto di essere tenuto indenne delle perdite sofferte per occasione dell'avuto incarico, quando non gli si possa imputare alcuna colpa (8). È necessario che fra incarico avuto e danno sofferto ci sia una evidente ragione di connessità (9), come, per esempio, che a causa del collocamento delle merci ricevute nell'edificio del commissionario, l'edificio stesso venga danneggiato. Ma se, sempre continuando nell'esempio dato, il danneggiamento dell'edificio fosse proveniente da che l'edificio stesso non era adatto a riceverle, la connessità mancherebbe, e di conseguenza la perdita non sarebbe risarcibile.

76. In commercio, per regola generale, ognuno lavora per guadagnare, nulla si fa o si dà senza correspettivo. Di qui ne deriva che non si presume che il commissionario abbia voluto prestare gratuitamente l'opera propria (10); e però, se non vi è patto in contrario, il commissionario ha diritto di ottenere il pagamento di quel compenso per la sua prestazione che si chiama *provvigione* (11), compenso che gli compete anche quando, usando della facoltà riconosciutagli dall'art. 386, p. 1ª, codice commerc. (12) egli stesso vende o compra le cose che è stato rispettivamente incaricato di comperare o di vendere (13).

L'Appello di Torino (14) decise che non è dovuta provvigione per le merci invendute e dal commissionario volontariamente restituite al committente; dal che potrebbe indursi il principio che non sia dovuto compenso se l'affare non fu concluso. Ma all'accoglimento di questo principio fa ostacolo l'art. 1753 del codice civile, pel quale il mandante non può dispensarsi dal pagamento del compenso al mandatario, ancorchè l'affare non sia riuscito (15). Ed in perfetto accordo coll'articolo 1753 del codice civile, le consuetudini della piazza di Venezia (16) e della piazza di Trieste (17) stabiliscono che, in caso di non effettuata vendita, spetti al concessionario un compenso, che è la metà della provvigione che gli sarebbe spettata se la vendita si fosse effettuata, e tale compenso compete a titolo di *provvigione di consegna* (18). E che la legge commerciale non abbia voluto immutare al codice civile, lo si può argomentare dacchè il legislatore all'articolo 32 codice di commercio ha dichiarato che al mediatore non compete diritto di mediazione se l'affare non è stato concluso, nel mentre pel commissionario tace affatto. Si dia uno od altro nome a quanto al commissionario può spettare nel caso di non riuscita dell'affare, quello che è certo si è che un compenso gli spetta se altrimenti non è stato convenuto; il quale compenso sarà determinato a norma degli usi commerciali (19), ed, in mancanza di usi, in ragione dei servizi prestati e del tempo impiegato.

Le parti possono fra loro convenire l'ammontare della

(1) App. Genova, 22 dicembre 1892, *Pontremoli* c. *Fuckel* (*Temi Ven.*, 1893, 113).

(2) Art. 4 legge 13 settembre 1876, n. 3326.

(3) App. Venezia, 12 dicembre 1889, *Freund* c. *Galanti* (*Temi Ven.*, 1890, 513). Tale decisione è così motivata:

« La Ditta Freund dice da ultimo che contro di lei non potrebbe valere la eccezione di gioco perchè agì semplicemente come commissionata, ossia come mandataria della Ditta Galanti. Ma questa deduzione evidentemente non ha fondamento giuridico, perciocchè se fosse un contratto veramente differenziale, ossia di gioco, essa Ditta avrebbe preso parte ad un contratto fondato sopra una causa illecita ed immorale, e quindi non può accampare quella azione che al suo mandante non spetterebbe ».

La Cass. di Torino, 13 dicembre 1893, *Pontremoli* c. *Fuckel* (*Giur. It.*, 1894, 225), ha però giudicato che, sebbene nei rapporti diretti fra contraenti non è data azione in giudizio per contratti di borsa aventi per effetto la sola liquidazione delle differenze, quando essi non risultano da foglietti bollati, non è a dirsi lo stesso nei rapporti fra committente e commissionario.

(4) Vidari, Op. cit., 31, 33.

(5) App. Genova, 5 aprile 1879, *Valle* c. *Conte* (*Eco Gen.*, 1879, 119).

(6) Art. 1753, cap., cod. civ.

(7) Art. 346 cod. comm.

(8) Vidari, Op. cit., 33.

(9) Vidari, l. c.

(10) Art. 349, cap., cod. comm.

(11) Delamarre e Le Poitvin, II, 671.

(12) Vedi retro n. 69

(13) Art. 386, 1ª p., cod. comm. it., 376 cod. germanico. Vidari, Op. cit., 130.

(14) 25 marzo 1866, *Faure-Biaghetti* (*Gazz. Gen.*, 1866, 1, 282).

(15) Vedi Delamarre e Le Poitvin, II, 671 e seg; Vidari, Opera cit., 34.

(16) Art. 29.

(17) Art. 30.

(18) Sarebbe la provvigione di *riconsegna* dell'art. 371, cap. I, cod. germanico.

(19) Confr. art. 361 cod. comm.

provvisione che dovrà essere al commissionario pagata, ed in questo caso, naturalmente, si dovrà stare alla convenzione intervenuta. Se committente e commissionario fossero in rapporto di affari e fosse abitudine delle loro case di corrispondere la provvigione in una certa misura o sotto certe condizioni, si intenderebbero tacitamente pattuite la provvigione e le condizioni di uso, anche se, per alcuni affari, non espressamente convenute. Se non vi è convenzione, la provvigione si determina secondo gli usi del luogo in cui lo incarico fu eseguito (1). L'articolo 427 del progetto preliminare, conformemente all'articolo 357 del cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, stabiliva che il commissionario non è tenuto a pagare più di una provvigione per ciascuna operazione, salvo che si tratti di operazioni da compiersi in varie piazze. Questo articolo non fu riprodotto nè nel progetto definitivo nè nel codice, perchè, affermatosi nell'art. 356 del primo e 361 del secondo che la misura della provvigione in difetto di convenzione si determina secondo gli usi del luogo in cui la commissione viene eseguita, diveniva inopportuna una disposizione legislativa che regolasse pei singoli casi ciò che concerne il quanto che al commissionario è dovuto (2).

Può avvenire che in una piazza non vi sia un uso fisso relativamente alla provvigione da pagarsi al commissionario, ma nella trattazione di affari del genere di quello trattato venga corrisposta ora una provvigione, ed ora una provvigione diversa. L'Appello di Genova (3) decise che in questi casi il giudice può stabilire il compenso dovuto al commissionario col sistema delle medie, tenendo conto cioè delle varie provvigioni che vengono pagate, facendo la media delle stesse, e dichiarando dovute le somme risultanti in seguito al calcolo. Una volta che costantemente non si paga al commissionario una determinata provvigione, non si può parlare di consuetudine vigente, perchè acciò vi sia una consuetudine, è necessario che gli atti molteplici, in base ai quali si vuole sorta la consuetudine, sieno uniformi (4); e questa uniformità manca, se ora viene corrisposta una provvigione ed ora una provvigione diversa. Se manca la convenzione, se manca la consuetudine, e se d'altra parte il commissionario deve essere compensato, non avvi altro modo per determinare il compenso che rimettersi al prudente arbitrio del magistrato; egli determinerà il compenso con quei criteri che crede opportuni, e potrà, se crederà del caso, assumere come criterio la media dei compensi praticati; ma ciò non come consuetudine o come criterio di diritto, ma come criterio di puro fatto, che sfugge alla censura della Corte di cassazione.

La provvigione può essere stabilita in una cifra assoluta, come compenso per affare singolo, o come stipendio per affari continuati, ovvero può essere stabilita in una quota-parte del valore dell'affare trattato: questo secondo è il modo ordinario col quale si calcola la provvigione dovuta al commissionario, e per le consuetudini della piazza di Venezia (5) e della piazza di Trieste (6) la provvigione per la effettuata vendita è del 2 per cento del prezzo di vendita. Quando la provvigione consiste in una quota-parte del prezzo, può nascer questione se sia dovuta sul prezzo lordo, cioè sul prezzo ricavato non dedotte le spese che dal committente devono essere sostenute, o sul prezzo netto, cioè sul prezzo ricavato dedotte le spese. Anche questa materia, se non intervenne fra le parti convenzione, deve essere regolata a base degli usi mercantili del luogo ove la commissione fu eseguita; ed è consuetudine della piazza di Venezia (7) e della piazza di Trieste (8) che la provvigione sia calcolata sul prezzo lordo di vendita, meno lo sconto, senza alcun diffalco per senseria pagata, spese di trasporto, carriaggio, ecc. Se nulla sia dalla consuetudine stabilito, considerando che l'interesse del committente è quello di avere dal terzo, col quale il commissionario tratta, ciò che nel contratto fra commissionario e terzo è stato stabilito, meno lo sconto, che però la prestazione del commissionario è relativa a questo ricavato della operazione, è d'uopo ritenere che la provvigione deve essere calcolata non già sul ricavo netto, ma sul ricavo lordo della operazione (9), dedotto lo sconto, essendo lo sconto una diminuzione della somma che dal terzo viene pagata, e però venendo nel fatto a diminuire l'interesse del committente.

Il compenso spettante al commissionario può essere stabilito in modo diverso dalla somma fissa o dalla percentuale sul valore dell'affare; può pattuirsi che il commissionario faccia proprio il maggior prezzo che può ricavare dalle cose; che il commissionario debba consegnare al committente le cose per un prezzo prestabilito, libero di ritenere come compenso la differenza fra il prezzo che il committente gli paga, e quello minore che potrà ottenere dal terzo col quale sarà per contrattare. Nel primo caso si ha un contratto misto di commissione ed estimatorio (10), ed i rapporti fra le parti andranno regolati colle norme della commissione per gli elementi che nella convenzione ci sono di questo contratto, colle norme del contratto estimatorio per gli elementi che a questo contratto si riferiscono (11). Per quanto concerne il secondo caso fu giudicato che la clausola contenente l'obbligo della consegna franco a bordo per un prezzo invariabile previamente stabilito dà vita ad una commissione *sui generis*, che ha per effetto che non si possa dal committente chiedere diminuzione di prezzo nè elevare reclami per la misura della provvigione dovuta al commissionario, anche se superiore a quella ordinariamente praticata (12): dal momento che nè la misura della provvigione nè il modo di calcolarla sono di essenza del contratto di commissione, sarebbe stato più esatto dire che la commissione resta commissione come tutte le altre; soltanto che il compenso del commissionario ha carattere aleatorio, e che, come il committente corre l'alea a lui favorevole di una compra da parte del commissionario per un prezzo superiore al fissato, così deve

(1) Art. 361 cod. comm. it., 137 cod. spagnuolo, 379 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay — App. Genova 10 luglio 1879, *Forte c. Canevaro* (*Eco Gen.* 1879, 293); Cass. Napoli, 14 maggio 1887, *Spadari c. Bergamini* (*Legge*, 1887, 1, 804).

(2) Vedi Vidari, Op. cit., 155.

(3) 10 luglio 1879, *Forte c. Canevaro* (*Eco Gen.*, 1879, 293).

(4) Vedi, in questa Raccolta, alla voce **Consuetudini ed usi locali**, 13.

(5) Art. 29.

(6) Art. 30.

(7) Art. 30.

(8) Art. 31.

(9) Delamarre e Le Poitvin, III., 80; Vidari, 153.

(10) Vedi retro n. 19.

(11) Vedi App. Venezia, 2 agosto 1881, *Casa di pena alla Giudecca c. Crepas* (*Temi Ven.*, 1882, 134).

(12) App. Genova, 18 giugno 1877, *Maggi c. Ditta Maks* (*Eco Gen.*, 1877, 526), confermato dalla Cass. di Torino 2 luglio 1878 (*Eco Gen.*, 1878, 528).

correre l'alea a lui sfavorevole di una compra per un prezzo inferiore.

Tra questa, della quale si è parlato, e la provvigione ordinaria avvi però una provvigione speciale, la quale anche viene determinata dalla convenzione intervenuta fra committente e commissionario, ed in mancanza di convenzione, dagli usi del luogo della eseguita commissione; e questa provvigione speciale compete al commissionario, oltre la provvigione ordinaria, quando egli abbia assunto lo *star del credere* (1): ai maggiori oneri che il commissionario con siffatta convenzione si assume, deve corrispondere un compenso maggiore; ed un tal compenso maggiore è costituito dalla speciale provvigione alla quale, in questo caso, il commissionario ha diritto; provvigione che è il prezzo del rischio che egli assume a suo carico dell'adempimento della obbligazione da parte del terzo col quale ha contrattato.

La provvigione è dovuta per intero quando la commissione sia stata eseguita (2), ma acchè sia dovuta non è punto necessario che anche il terzo abbia eseguito il contratto dal commissionario conchiuso (3), basta che tale contratto sia divenuto perfetto perchè il commissionario abbia senz'altro diritto ad ottenere il compenso, quando il commissionario non abbia assunto lo *star del credere*. Ma se egli ha assunto lo *star del credere*, è d'uopo che il contratto venga anche eseguito, dal momento che il committente non può essere costretto ad adempiere le sue obbligazioni senza che il commissionario abbia adempiuto quelle per le quali le prime sono il compenso, adempimento che non si ha se non ad esecuzione, e completa, del contratto concluso col terzo. Si è avuto occasione di far notare che il conto corrente e la commissione possono coesistere e che in tal caso gli effetti dei due contratti si intrecciano, ma non si elidono (4). Di qui ne viene che l'esistenza del conto corrente non esclude il diritto alla provvigione per gli affari che vi si riferiscono (5). Questa presunzione cade di fronte ad una prova in contrario (6), dal momento che la presunzione che il mandato commerciale non sia gratuito cade di fronte alla prova che le parti vollero la gratuità.

Il credito della provvigione, sia o no passato in conto corrente, se è liquido ed esigibile produce interessi di pieno diritto (7), dal momento che questo è un effetto generale che per l'art. 48 codice commerciale viene prodotto dalla liquidità ed esigibilità di credito per somma di danaro.

Il commissionario può non aver eseguita la commissione che in parte, avere, per esempio, collocato solo parte della merce, aver potuto solo in parte contrarre un prestito. Se la commissione è indivisibile, ineseguita in parte è come se fosse rimasta ineseguita per intero, ed in questo caso i rapporti fra le parti relativamente alla provvigione si regolano colle norme relative alla inesecuzione della commissione. Ma se la commissione è divisibile, ed il commissionario non la ha eseguita che in parte, se la provvigione consiste in una percentuale sul valore dell'affare, il commissionario ha diritto alla percentuale intera per quella parte della commissione che fu eseguita; per quella parte che resta ineseguita i rapporti fra le parti relativamente al compenso, si regolano colle norme della commissione rimasta ineseguita (8). Se la provvigione è stabilita in una somma fissa, ed il commissionario non ha eseguito la commissione che in parte, non ha diritto che ad una quota di provvigione proporzionata a quanto è stato concluso; e però, se il committente incarica il commissionario di concludere un prestito per una determinata somma, promettendogli una data provvigione fissa, ed il prestito è concluso per una somma minore, il commissionario ha diritto alla somma convenuta, ma proporzionata al prestito effettivamente concluso (9).

La provvigione è dovuta al commissionario. Ma se egli ha sostituito altri a sè, è d'uopo distinguere il caso in cui il sostituto si trova per effetto della avvenuta sostituzione in rapporti diretti col committente, dal caso in cui invece questi rapporti diretti col committente non esistono: nel primo caso la provvigione deve essere pagata al sostituto, ma nel secondo deve essere pagata al commissionario diretto, salvo a questi regolare i suoi rapporti col sostituto.

Per l'art. 1249 codice civile il pagamento di una somma di danaro deve esser fatto nel luogo fissato dal contratto, ed in mancanza di fissazione al domicilio del debitore. Di conseguenza, se nel contratto di commissione non è designato il luogo nel quale la provvigione deve essere pagata, il commissionario non ha diritto di pretendere il pagamento della provvigione che al domicilio del committente. In applicazione di questi principî fu rettamente giudicato che, quando anche si ammetta che l'esecuzione delle obbligazioni del commissionario deve aver luogo in una città, non per questo ne deriva che anche l'esecuzione delle obbligazioni del committente debba aver luogo nella città medesima, e però, se nel contratto di commissione non si accenna al luogo in cui deve esser pagata la provvigione, questa non si può pretendere che al domicilio del debitore (10). Non si deve far eccezione al principio posto nemmeno nel caso in cui si tratti di commissione di compera, perchè è ben vero che pel combinato disposto degli art. 1249, capoverso, e 1508 codice civile il compratore deve pagare il prezzo delle cose comperate nel luogo in cui deve farsi la tradizione, ma il pagamento del prezzo di compera, ed il pagamento della provvigione al commissionario che ha fatto la compera, sono due atti distinti, e le disposizioni date dalla legge per uno di questi casi non possono essere estese all'altro.

77. L'interesse del commercio esige che vi sia il maggior numero possibile di persone disposte a prestare l'opera propria nella trattazione di affari per conto altrui; l'interesse del commercio esige che ciascun commerciante possa, anche in piazze lontane ed ove egli sia poco conosciuto, con facilità trovar persone pronte ad incaricarsi dei suoi affari. Ma difficilmente, massime se la persona è poco nota, si potrebbero trovar persone disposte ad impiegare la propria attività

(1) Art. 387, II cap., cod. comm.

(2) Art. 187 cod. brasiliano, 385, 1ª parte, cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay.

(3) Vidari, Op. cit., 35. *Contra:* cod. germanico, art. 371, 1° cap.

(4) Vedi retro n. 23.

(5) Art. 346 cod. comm.

(6) Cass. Torino 10 febbraio 1888, *Bollo* c. *Reynaud* (*Giur. tor.*, 1888, 377).

(7) Vedi App. Torino, 30 marzo 1888, *Rossi* c. *Santagata* (*Giur. tor.*, 1888, 323).

(8) Delamarre e Le Poitvin, III, 78.

(9) Conf. art. 366 cod. comm. Delamarre e Le Poitvin, II, 671; Cass. Napoli, 10 dicembre 1873, *Queriolo* c. *Fanelli* (*Gazz. Proc.*, IX, 9).

(10) Cass. Firenze, 17 maggio 1883, *Zilli* c. *Ditta Nodari* (*Temi Ven.*, 1883, 345).

personale per conto di altre persone, disposte a fare anticipazioni e spese per conto altrui, se non vi fossero le cautele necessarie a garantire tali persone che il loro tempo non sarà inutilmente impiegato, che le somme che fossero per esborsare saranno con sicurezza loro restituite. A dare alle persone disposte a trattare affari per conto altrui garanzie convenzionali non è il caso di pensare; troppo sciupìo di tempo, troppe spese, troppi imbarazzi sarebbero necessari acchè in ogni singolo caso al commissionario fossero date garanzie sufficienti a farlo sicuro che egli otterrà il pagamento di quanto gli sarà per spettare. L'interesse del commercio esige che sieno stabilite a favore del commissionario delle garanzie legali, delle garanzie che esistano di pieno diritto senza uopo che siano dalle parti enunciate, e che siano tali da non inceppare il corso degli affari, da non lasciar inoperosi capitali, da non impedire che le cose che servono alla garanzia possano liberamente circolare. E le legislazioni provvedono col riconoscere al commissionario un diritto reale, che alcuni chiamano privilegio (1), altri diritto di pegno (2). La prima denominazione è stata adottata dall'art. 362, 1ª parte, codice di commercio italiano (3).

78. Per l'art. 362, 1ª parte, codice di commercio, che per l'art. 380, capoverso, codice stesso è applicabile anche ai rapporti fra commissionario e committente, il privilegio compete al commissionario, di qualunque specie esso sia. La legge belga 5 maggio 1872 (4) ammette al privilegio anche chi con moneta od effetti di commercio fornì al commissionario le somme necessarie alle anticipazioni, ai prestiti ed alle spese da questo fatte per eseguire la commissione, sempre che il fornitore, od un terzo eletto dalle parti, abbia per lo meno il possesso simbolico delle merci di proprietà del committente per mezzo di lettere di vettura o di polizze di carico girate o consegnate dal commissionario al fornitore dei fondi o alla terza persona. Niente osterebbe a che ciò avvenisse anche sotto l'impero del vigente codice di commercio, solchè non si tratterebbe di un diritto di privilegio competente direttamente verso il committente al fornitore dei fondi, ma di un diritto di pegno sul diritto reale competente al commissionario, che dalle disposizioni relative al pegno commerciale dovrebbe andar regolato. Più avanti sarà esaminato se il privilegio compete al sostituto del commissionario.

Gli art. 73 e 76 del codice del 1865 e 435 e 439 del progetto preliminare, conformemente agli art. 169, 170 del codice spagnuolo, 49, 51 codice portoghese, perchè il commissionario potesse godere del privilegio, esigevano che la spedizione delle merci dovesse avvenire da piazza a piazza; chè se le merci venivano depositate e consegnate da persona che aveva residenza nel luogo ove risiedeva il commissionario, il privilegio era regolato dalle disposizioni relative al pegno (5). Ma il progetto definitivo ed il codice, seguendo l'esempio degli art. 95 della legge francese 23 maggio 1863, 14 legge belga 5 maggio 1872, 374 codice germanico, 189 del codice brasiliano e della legge olandese 14 luglio 1874, non fanno parola di siffatta condizione, ond'è che per la vigente legislazione commerciale il privilegio è ammesso per qualunque affare di commissione abbia luogo fra piazze diverse o nelle stesse piazze (6).

(1) Art. 362, 1ª parte, cod. comm. it., 93 cod. francese, 95 legge francese 23 maggio 1863, 169 cod. spagnuolo, 49 cod. portoghese, 80 legge olandese 4 luglio 1874, 189 cod. brasiliano, 384 e 386 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, 14 legge belga 5 maggio 1872.

(2) Art. 374 cod. germanico.

(3) Vedi Delamarre e Le Poitvin, III, 225 e seg.

(4) Art. 16, 17.

(5) L'art. 386 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay non richiede la rimessa da piazza a piazza, ma vuole che committenti e commissionari non risiedano nello stesso luogo.

(6) Nella elaborazione del codice di commercio vigente formò oggetto di discussione il punto, se si dovesse o no riconoscere il privilegio nel caso in cui committente e commissionario risiedono nella stessa piazza. Al n. 177 dei Verbali della Commissione compilatrice del progetto preliminare si legge: « Riguardo all'art. 73 del codice vigente che concerne il privilegio spettante al commissionario per le sue anticipazioni, interessi, spese e provvigioni sulle merci delle quali gli fu fatta o promessa da altra piazza la spedizione per la vendita, il prof. Vidari osserva che negli affari di commercio può accadere benissimo che il contratto di commissione si concluda anche nella stessa piazza, sicchè non gli sembra conveniente di limitare il privilegio al solo caso di spedizione da una ad altra piazza. Ricorda poi che la legge francese del 23 maggio 1863 ha introdotto una rimarchevole modificazione in questa materia, e propone che il privilegio sia esteso analogamente anche nel nostro codice. Il sen. Cabella avverte che molte frodi potrebbero commettersi alla vigilia del fallimento, se fosse concesso ai commercianti di accordare sotto forma di contratto di commissione, un privilegio sopra merci che tengono nei loro magazzini. Il prof. Carnazza-Puglisi osserva che in ogni caso non potrebbesi accordare nella stessa piazza il privilegio dietro la semplice promessa di consegna della merce, e che la citata legge francese esige pure qualche atto reale o effettuazione della promessa. Il presidente, considerando che dalla discussione avvenuta si manifesta la tendenza della Commissione ad ammettere non solo la disposizione dell'art. 73, ma di estenderla anche con limitazioni al caso di commissione conclusa nella stessa piazza, e considerando che a ciò si riferisce la disposizione dell'art 76, interroga la Commissione se sia disposta ad accogliere l'art. 73 con riserva di deliberare sulla proposta Vidari allorchè verrà in discussione l'articolo 76 predetto. La Commissione accetta ».

Ed al n. 181 dei Verbali stessi si legge: « Procedendosi a versare sul merito dell'art. 76, il quale ha per iscopo di escludere il privilegio per le commissioni conchiuse sulla stessa piazza, e sulla proposta del prof. Vidari di eliminare il divieto, il sen. Cabella osserva che la questione si riduce a vedere se debba adottarsi il sistema della legge francese che permette la stipulazione del pegno a voce. L'esame di questa grave questione si connette sostanzialmente alla materia del pegno commerciale, e per ciò l'esponente propone che salva ed impregiudicata la proposta del prof. Vidari la determinazione delle conseguenze del contratto di commissione conchiuso fra commercianti sulla stessa piazza debba comprendersi fino a che siasi deliberato sulla ammessibilità della stipulazione verbale del pegno commerciale. La Commissione aderisce ».

Quando il Corsi presentò la sua proposta relativamente al mandato commerciale ed alla commissione, la disposizione che divenne l'articolo 439 del progetto preliminare passò senza discussione.

L'art. 362 del codice di commercio non fa distinzione fra caso e caso, e riconosce ad ogni mandatario commerciale il privilegio, nessuna restrizione a questo principio si trova portata nel capo relativo alla commissione; una volta che avvi contratto di commissione anche se committente e commissionario risiedono nella stessa piazza, anche il commissionario che risiede nello stesso luogo nel quale risiede il committente ha il privilegio. E ciò è naturale. Riconosciuto che anche questa commissione serve ad importanti fini economici, non vi è ragione di negare al commissionario le garanzie che ad ogni commissionario competono. Dalla discussione che di sopra si è esposta si è veduto che la sola obbiezione che fosse mossa contro l'estensione del privilegio ad ogni e qualsiasi commissionario, era relativa al pericolo delle frodi nel caso di

Il commissionario ha privilegio per le sue anticipazioni e spese, per gli interessi delle somme sborsate e per la sua provvigione, nonchè pel prezzo pagato delle merci che egli comperò per conto del committente (1). Fino a questo punto non vi sono difficoltà. Solo è da notare che, essendo le leggi, che accordano privilegi, leggi eccezionali e però non estensibili a casi in esse leggi non previsti, e non facendo menzione l'art. 362, 1ª parte, codice di commercio, dei crediti per perdite subite dal commissionario per occasione della commissione, questi crediti non sono privilegiati. Ma le difficoltà sorgono quando si tratta di decidere se il privilegio del commissionario vi sia per le anticipazioni, spese e provvigioni relative alle merci sulle quali intende esercitare il privilegio od anche per quelle relative a merci diverse. I sistemi adottati dalle legislazioni nel proposito sono tre. Gli art. 95, 1ª parte, della legge francese 23 maggio 1863, 14, 1ª parte, legge belga 5 maggio 1872, 374 codice germanico ammettono il privilegio anche per le spese e le anticipazioni, ed il codice germanico anche per le provvigioni dipendenti da affari diversi da quelli relativi alle merci nelle quali il privilegio viene esercitato; la legge olandese 14 luglio 1874 limita il privilegio pei crediti dipendenti dalle merci sulle quali il privilegio viene esercitato; gli articoli 362, 1° capoverso, codice italiano, 189 codice brasiliano, 384 codice di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, parlano di spese e di anticipazioni fatte prima o dopo che le cose sulle quali s'intende esercitare il privilegio sono pervenute nelle mani del commissionario, senza specificare se le dette anticipazioni e spese debbano riferirsi all'affare pel quale le merci sono nelle mani del commissionario o ad affari diversi. Il Vidari (2) ritiene che basti che committente e commissionario siano gli stessi anche se si tratti di affari diversi, ma la giurisprudenza italiana ritiene che il commissionario non abbia privilegi sulle cose attualmente detenute per un credito dipendente da una precedente commissione (3), o dipendente da cose che egli più non detiene (4), anche se si tratta di operazioni continuative o dipendenti da unico contratto (5).

In mancanza di legge che altrimenti disponga, è d'uopo accogliere il principio affermato dalla giurisprudenza italiana. Il privilegio accordato dall'art. 362, 1ª parte, codice di commercio, come è dell'indole dei privilegi tutti, è un diritto di prelazione che la legge accorda alla causa del credito (6), è un privilegio accordato non già perchè creditore sia un commissionario, ma perchè sorge in esecuzione di un contratto di commissione. È un privilegio speciale, come espressamente è detto nell'art. 362, 1ª parte, codice di commercio.

Ora è dell'indole del privilegio speciale, accordato a causa del credito, la esistenza di un legame fra la causa del credito e la cosa sulla quale il privilegio può essere esercitato (7). In tema di commissione questo legame esiste fra le anticipazioni, le spese e la provvigione dovute a causa di una commissione eseguita per una cosa, e la cosa per la quale la commissione fu eseguita, ma non esiste fra questa cosa ed una commissione eseguita per una cosa diversa, e però questa seconda non potrà essere vincolata a privilegio a causa delle anticipazioni, spese e provvigioni dovute per la prima.

Pel resto non importa acciò sussista il privilegio che il credito sia già esistente, o sia soltanto eventuale; anche pei crediti eventuali il privilegio sussiste. Sicchè sarebbe d'uopo riconoscere il diritto di privilegio al commissionario il quale si trovi disposto a pagare un debito del committente (8). Quello che importa si è che il credito, già sorto od eventuale, sia provato sussistente con mezzi consentiti dalla legge commerciale (9), e che non sia stato novato, o se intervenne novazione che il commissionario abbia fatto espressa riserva del suo privilegio (10). Di qui ne viene che siccome il contratto di conto corrente produce novazione della obbligazione precedente nei rapporti tra il rimettente ed il ricevente (11), se il credito del commissionario è passato nel conto corrente che esiste fra lui ed il committente, ed il commissionario non ha fatto espressa riserva del suo privilegio, non avvi più credito privilegiato.

79. Il privilegio speciale che compete al commissionario esiste sulle cose di ragione del committente che egli detiene per l'esecuzione della commissione, o che si trovano a sua disposizione nei suoi magazzini o in luogo di pubblico deposito, o delle quali egli può provare la fattagli spedizione col possesso legittimo della polizza di carico « sola » o « prima » o della lettera di vettura (12); se le cose del com-

fallimento; ma se il possibile abuso di un diritto fosse motivo sufficiente di negare il riconoscimento al diritto stesso sarebbe d'uopo negare il riconoscimento alla massima parte dei diritti, perchè dalla massima parte dei diritti è possibile l'abuso. Quando il legislatore è nella alternativa o di non poter ottenere l'utilità che in via ordinaria si ottiene da una disposizione di legge non inserendo nella legge la disposizione stessa, o di rendere possibile colla inserzione, in casi eccezionali, le frodi, la scelta non può esser dubbia; deve inserire nella legge la disposizione, salvo a prendere le opportune precauzioni acchè la frode non avvenga, o se avvenuta la si scopra.

(1) Art. 362, I p. e II cap., cod. comm. it., 93 cod. francese, 95 legge francese 23 maggio 1863, 169 cod. spagnuolo, 49 cod. portoghese, 80 legge olandese 4 luglio 1874, 189 cod. brasiliano, 374 cod. germanico, 384, 385 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, 14 legge belga 5 maggio 1872.

(2) Op. cit. 37. Nello stesso senso Delamarre e Le Poitvin, III, 225 e seg.

(3) Cass. Torino, 25 aprile 1879, *Fallimento Haysser* c. *Trobliet* (*Giur. tor.*, 1879, 420).

(4) App. Torino, 4 febbraio 1873, *Fagiani* c. *Dejacoli* (*Legge*, 1873, 1, 396); App. Milano, 21 luglio 1876, *Pratolongo c Risch* c. *Semenza* (*Giur. It.*, 1876, 937.

(5) App. Torino, 21 gennaio 1871, *N. N.* (*Giur. tor.*, 1871, 148).

(6) Art. 1952 cod. civ.

(7) Confr. art. 1958, 1961, 1962, II cap., cod. civ., 671, 673, 675, cod. comm.

(8) Cass. Torino, 30 marzo 1875, *Damiani* c. *Brazzadoro* (*Ann.*, 1875, 470).

(9) Fu giudicato che il commissionario che pretende il privilegio, non solo deve provare di trovarsi nelle condizioni speciali stabilite dalla legge, ma deve eziandio provare il proprio credito; tale prova deve venir fatta in modo da non lasciar dubbio, e però non basterebbe una semplice fattura non sorretta da altri documenti (Dec. cit. nella nota antecedente).

(10) Art. 1274 cod. civ.

(11) Art. 345, n° 1°, cod. comm.

(12) Art. 362, 1ª parte, codice di commercio. Sul proposito fu giudicato:

1° Il privilegio esiste e può esercitarsi sulle cose tutte senza distinzione che il commissionario detiene, o che gli sono state spedite (Cass. Torino, 27 febbraio 1890, *Ghio* c. *Fallimento Saredo: Temi Gen.*, 1890, 197).

2° Il commissionario, il quale a garanzia del prezzo della merce comprata ha pattuito di ritenere in sua mano le polizze di carico fino all'intero pagamento, si ha come creditore munito di

mittente sono state vendute, il privilegio si esercita sul prezzo (1).

Dal momento che la legge non limita il privilegio del commissionario ad alcune cose, ne viene che il privilegio stesso si esercita sulle cose di qualunque specie, sieno le stesse mobili o immobili. Solchè, per quanto concerne gli immobili, e per le navi, per l'esercizio del privilegio non sarà a discorrere di materiale detenzione delle stesse, ma di quella detenzione giuridica che consiste nel non potersi disporre in modo efficace di fronte ai terzi delle cose sulle quali il privilegio si esercita senza l'intervento di colui al quale il privilegio compete: è allora che si può dire essere le cose, sulle quali il privilegio si vuole esercitare, a disposizione del commissionario. Per quanto concerne il privilegio sul prezzo delle cose vendute, nessuna difficoltà vi è quando il prezzo o è stato pagato al commissionario, o costituisce un credito del commissionario verso il terzo. Ma quando costituisce un credito diretto del committente o perchè il commissionario fin da principio stipulò che il prezzo dovesse essere pagato al committente, o perchè successivamente avvenne la cessione del credito stesso al committente, il privilegio esisterà medesimamente? Atteso il disposto generale dell'art. 362, ultimo capoverso, codice di commercio, la risposta non può essere che affermativa. Ma il commissionario non potrà esercitare il suo privilegio a danno dei terzi i quali avessero acquistato verso il committente diritto sul prezzo stesso; sicchè il privilegio sussiste solo sino a quando il credito non è uscito dalla disposizione del committente; se il committente ne ha disposto o col ricevere il pagamento dal terzo contraente, anche solo passandolo in conto corrente, o col cederlo ad altri, o se i creditori del committente nel fallimento di questi hanno acquistato diritto acchè il credito entri nella massa, il privilegio non può più essere esercitato. Sicchè il commissionario, il quale voglia essere certo che il suo privilegio non potrà perire, deve rendere indisponibile nelle mani del debitore il prezzo, o quella parte che è necessaria a pagarlo del suo avere, cogli atti opportuni a dare vita a tale indisponibilità. Non vi è poi bisogno di rilevarlo, perchè lo si comprende da sè, che, qualora si tratti di titolo di credito, il commissionario non ha alcun diritto di privilegio sui titoli stessi tostochè siano passati nel possesso di terza persona, anche se i titoli stessi costituiscono il prezzo e non sono stati ancora realizzati.

La legge vuole, acciò esista il privilegio, che le cose siano di ragione del mandante, sicchè, se le cose non sono di ragione del mandante, il privilegio non sussiste punto. Di qui ne viene che il sostituto del commissionario, mandatario o commissionario che esso sia, il quale per effetto della sostituzione non si trovi in rapporti diretti col committente, e che sappia non appartenere le cose al suo sostituente, non ha punto privilegio sulle cose stesse, salvo ad esercitare, se del caso, quale creditore del commissionario diretto, i diritti che a questo competessero verso il committente.

Se le cose sulle quali il commissionario ha diritto di esercitare il suo privilegio periscono o si deteriorano, il suo privilegio passa sulle somme dovute dagli assicuratori (2). in quanto al momento in cui le cose perirono o furono deteriorate, fossero nelle condizioni volute dalla legge acchè il privilegio potesse essere esercitato; se le cose non siano in tali condizioni, il privilegio non sussiste punto, e non sus-

privilegio sulla merce medesima (App. Genova, 15 febbraio 1867, *Danovaro* c. *Drasconich* e *Regolini: Ann.*, 1867, 483).

Vedi anche App. Genova, 4 maggio 1875. *Raggio e Fallimento Forte* c. *Dall'Orso* (*Giur. It.*, 1875, 788); 8 luglio 1867, *Morgani* c. *Martinengo* (*Gazz. Gen.*, 1867, 669); 6 aprile 1877, *Solari* c. *Ghio* (*Eco Gen.*, 1877, 160); Cass. Firenze, 30 marzo 1875, *Damiani* c. *Brazzadoro* (*Ann.*, 1875, 470); App. Torino, 21 gennaio 1871, *N. N.* (*Giur. tor.*, 1871, 148); 4 febbraio 1873, *Fagiani* c. *Dejaculis* (*Legge*, 1873, 396); App. Venezia, 15 febbraio 1875, *Zecchin* c. *Pollexfen* (*Eco Trib.*, 1875, 587).

(1) Art. 362, ult. cap., cod. comm. it., 94 cod. francese, 95 ult. cap. legge francese 23 maggio 1863, 169 cod. spagnuolo, 49 cod. portoghese, 15 legge belga 5 maggio 1872. Sul proposito trovasi giudicato che il commissionario al quale sia stata girata la polizza a carico con facoltà di venderla, se anticipa al suo committente il prezzo della merce venduta, ha diritto di essere rimborsato con privilegio sul prezzo che sia ancora dovuto in tutto od in parte dal compratore, anche se le merci vendute fossero proprietà di un terzo, se con questi nè il commissionario nè il compratore ebbero rapporti (App. Genova, 8 luglio 1867, *Morgani* c. *Martinengo: Gazz. Gen.*, 1867, 669).

(2) Art. 1951, 1ª p., cod. civ. L'App. di Genova, con la citata sentenza 15 febbraio 1867, *Danovaro* c. *Drasconich* e *Regolini*, così decideva:

« Considerando, quanto alla questione che essendosi perduta la cosa assicurata si mantenga per Giorgio Drasconich il privilegio sulle somme per cui seguì l'assicurazione, che certo la è questione grave, e sopra cui ferma non fu la giurisprudenza; ma opportunamente fu arrecato dai difensori del Drasconich l'art. 1951 del codice civile italiano, secondo il quale, se le cose, oggetto del privilegio, sono perite o deteriorate, le somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita o del deterioramento, sono vincolate al pagamento dei crediti privilegiati secondo il loro grado. E si disse arrecato questo articolo opportunamente; conciossiachè, se vero è in generale che, trattandosi di fatti anteriori alla pubblicazione di un nuovo codice, sia da tenersi al principio della non retroattività della legge, principio che è di ordine pubblico, ve ne sono però di cotali che, per la loro natura, possono riportarsi ai fatti preteriti, che senza attribuire ad esso effetto retroattivo, possono applicarsi a fatti anteriori che niuna legge non reggea, ed erano variamente governati dalla giurisprudenza; e le raccolte forensi porgono dei casi dove la legge nuova fu ritenuta interpretativa di regole di equità anteriori alle materie sopra le quali o la legislazione non conteneva disposizioni precise, o in vario modo avevano i tribunali pronunciato. E qui l'equità non solo, ma la concordanza di una precisa disposizione di legge riguardo ai privilegi di coloro che acquistano merci per conto altrui, o ritengano le merci stesse o le polizze di carico, domanda l'applicazione del detto art. 1951. E per vero l'art. 103 del codice di commercio in vigore nel 1863, l'art. 74 di quello ora vigente, messi in osservanza contemporaneamente al codice civile italiano, attribuiscono privilegio a coloro che acquistano per conto altrui. È dunque spontaneo che questo privilegio si mantenga, e a nulla si ridurrebbe se, perite o deteriorate le cose, non continuasse sulle somme assicurate. E tanto più è ciò a dirsi nel concreto caso, in cui l'assicurazione fu fatta *per conto di chicchessia*, come si ritrae dalla polizza del 14 luglio 1863.

« Nè contro l'applicazione dell'articolo dal nuovo codice civile introdotto s'adduce che esso provegga soltanto pel caso che l'assicurazione fosse fatta dal debitore delle cose vincolate a pegno, e non si possa applicare a danno dell'assicurato per proprio conto per le somme anticipate, qual è il cav. Danovaro, perchè già si sono ripetuti i termini dalla polizza rilasciatagli; e poi l'articolo non distingue, e della distinzione non era il caso, perchè il legislatore avrebbe distrutto con la disposizione di un codice la disposizione di un altro codice, in cui è consacrato il privilegio a colui che acquista merci per conto di altri, e compera le polizze di carico, come fece il Drasconich per espressa convenzione, in caso di non avuto intero soddisfacimento del suo credito o del Regolini o del Danovaro ».

sia posto in essere dal commissionario, parla di persone colle quali il commissionario ha contrattato, ed il commissionario contratta tanto colle persone colle quali tratta l'affare, quanto colle persone alle quali dà mandato o commissione di trattare l'affare. L'applicazione di quel capoverso dunque è generale, si applica anche ai mandati ed alle commissioni che dal commissionario venissero conferite, ed anche verso i mandatari e commissionari del commissionario al committente non compete azione.

Dal momento che esistono rapporti diretti fra commissionari e persone colle quali il committente ha contrattato, e non esiste alcun rapporto diretto fra queste persone ed il committente, ne deriva, che, salvo la responsabilità del commissionario verso il suo committente, tutti i fatti relativi alla estinzione di diritti, derivanti dal contratto concluso, i quali hanno esistenza giuridica nei rapporti fra commissionari e terzi, sono efficaci ad estinguere i diritti anche nei rapporti fra terzi e committente, e questi non può insorgere contro i fatti stessi. Epperò è pienamente valido il pagamento fatto dal terzo al commissionario; il debito del terzo si compensa col credito che il terzo ha verso il commissionario (1), anche se il commissionario cade in istato di fallimento; la citazione ed altri atti notificati dal committente al terzo non valgono ad interrompere il corso della prescrizione fra terzo e commissionario. Dallo stesso principio risulta che quei fatti che sarebbero estintivi delle obbligazioni del terzo verso il committente in dipendenza del contratto concluso, non lo sono punto quando il terzo ha agito col commissionario; e però il terzo azionato dal commissionario non può invocare la compensazione del debito derivante dal contratto col credito che egli vantasse in confronto del committente in dipendenza di altri rapporti giuridici fra loro intervenuti (2).

Avvi però un caso nel quale vi è una azione diretta del committente verso il terzo, ed è il caso di assicurazione fatta dal commissionario per conto del committente, o per conto di chi spetta. Finchè il sinistro non è avvenuto direttamente obbligato verso l'assicuratore è il commissionario (3), ma a sinistro avvenuto l'azione diretta contro l'assicuratore pel pagamento dell'indennizzo compete al committente (4), anzi il commissionario non potrebbe agire contro l'assicuratore in proprio nome, dal momento che non essendo egli danneggiato, l'assicuratore potrebbe sempre opporre contro di lui la mancanza di interesse ad agire; il commissionario non potrebbe agire contro l'assicuratore che in nome del committente, ma allora sarebbe spogliato della qualità di commissionario ed assumerebbe quella di mandatario. Alla voce **Associazioni marittime**, n. 385, è affermato il principio che l'assicuratore può opporre la compensazione del suo debito per indennizzo col suo credito per premio, se il committente non ha ancora pagato il premio al commissionario; non la può opporre se il pagamento del premio fu fatto. Ciò non è esatto. Il committente verso l'assicuratore, in seguito all'avvenuto sinistro, assume quella stessa posizione giuridica che verso l'assicuratore stesso ha il commissionario, tutte le eccezioni che l'assicuratore avrebbe potuto opporre al commissionario può opporle al committente, e però può opporre la compensazione del suo debito per indennizzo col suo credito per premio, abbia o no il committente pagato il premio al suo commissionario.

85. Il disposto dell'articolo 381, capoverso, codice commerciale è generale, però lo stesso è applicabile tanto per ciò che concerne le obbligazioni provenienti direttamente dal contratto, quanto per ciò che concerne le obbligazioni alle quali ha dato vita la colpa contrattuale nella quale si sia incorsi nella esecuzione del contratto stesso: se il contratto resta ineseguito in tutto od in parte per dolo o colpa del committente o del terzo, non per questo il terzo ha azione contro il committente, od il committente ha azione verso il terzo; l'azione compete dal o contro il commissionario, come compete solo contro il commissionario quando la colpa della inesecuzione è di questo. L'articolo 560 codice commerciale fa una applicazione speciale di questo principio al caso in cui il commissionario non rilasci al capitano, che la domandi, ricevuta della cosa indicata nella polizza di carico o nel contratto di noleggio: è il commissionario che in tal caso deve rifondere le spese ed i danni, compresi quelli del ritardo cagionato dal rifiuto.

Dal principio or ora posto ne viene che, se nel contratto intervenuto fra committente e commissionario è stabilita una penale pel caso di inadempimento o di ritardo alla esecuzione degli obblighi che saranno per sorgere in seguito al contratto che verrà formato fra commissionario e terzo, non potrebbe il committente in base al diritto competente al commissionario di essere risarcito dei danni che risente dall'inadempimento da parte del terzo della obbligazione da questo assunta, chiedere direttamente al terzo la pena che a lui è dovuta dal commissionario; è il solo commissionario che può agire contro il terzo. Ma il commissionario, che, a titolo di danni, chiede al terzo il pagamento di quella penale alla quale egli è obbligato verso il committente, salvo a giudicare se questo danno abbia quei caratteri che a termini degli articoli 1128 e 1129 codice civile deve avere il danno acciò sia risarcibile, per aver ragione di regresso contro il terzo deve provare che fece il pagamento della penale stessa al committente (5); se non fece il pagamento e viene chiamato in giudizio dal committente pel pagamento della penale, egli null'altro può fare che chiamare in garentia il terzo, onde all'atto della sua condanna verso il committente, ottenere sentenza che condanni il terzo a garantirlo pel pagamento stesso.

Per quanto sia generale il principio che il committente non ha azione verso il terzo, ed il terzo non ha azione verso il committente, il principio stesso non va applicato a quei fatti dei possessori successivi di una cosa per i quali il primo possessore non è obbligato a dar garantia al suo dante causa. E così, se il terzo sopprime il marchio o segno distintivo del produttore o commerciante, ed il committente distrugge il marchio o segno distintivo del produttore o commerciante terzo, l'azione fra committente e terzo è diretta, perchè il commissionario, come qualunque acquisitore di merci, non garantisce punto al suo diretto contraente, che coloro ai quali le merci passeranno, non saranno per distruggere il marchio o segno distintivo antedetto (6).

(1) Vidari, Op. cit., 170.

(2) App. Genova. 25 marzo 1893, *Campanaro* c. *Guirel* (*Temi Gen.*, 1893, 252).

(3) Vedi, in questa Raccolta, alle voci **Assicurazione**, 149, **Assicurazioni marittime**, 380.

(4) Vedi **Assicurazione**, 149-151.,

(5) App. Genova 12 novembre 1869, *Robertson* c. *Fisoli* (*Gazz. Gen.*, 1889, 631).

(6) Confr. art. 3 legge 30 agosto 1868, n. 4577.

81. La legge francese 3 maggio 1863 (1), e la legge belga 5 maggio 1872 (2), conformemente agli articoli 73 e 76 del codice italiano del 1865 ed agli articoli 435 e 439 del progetto preliminare, non stabiliscono alcun procedimento speciale per l'esercizio del privilegio competente al commissionario (3); in quella vece il codice germanico (4) e la legge olandese 14 luglio 1874 (5) dispongono che la vendita delle cose sulle quali il commissionario esercita i suoi diritti deve essere autorizzata dal giudice di commercio, e della domanda e della autorizzazione deve essere avvertito il committente appena sia possibile. Il progetto definitivo del codice di commercio italiano ed il codice adottarono il sistema del procedimento speciale, distinguendo il caso in cui il committente sia fallito, dal caso in cui non lo sia.

Dato che ci siano tutte le condizioni volute dalla legge acciò il privilegio esista, nel caso di fallimento del committente l'art. 362, capoverso 4°, codice di commercio dispone che il privilegio del commissionario sulle cose comperate per conto del committente stesso, si esercita secondo le disposizioni del capo III, titolo IV, libro III detto codice. Di qui ne viene che, in caso di fallimento del committente, il commissionario sul prezzo delle cose comprate ha tutti i diritti che competono al venditore. La legge non fa parola relativamente all'esercizio del privilegio sugli altri crediti del commissionario verso il committente fallito; ma evidentemente in tale caso va applicato quanto è disposto nel capo I, titolo IV, libro III del codice di commercio; il commissionario è nella posizione di qualunque altro creditore privilegiato, e deve fare tutto ciò che da qualunque altro creditore privilegiato deve essere fatto (6). Se nell'esercizio del privilegio sulle cose il commissionario non è intieramente pagato del suo avere, ha diritto di essere ammesso al passivo del fallimento, quale creditore chirografario, per la differenza di cui risultasse creditore (7). Sicchè puossi affermare che il procedimento speciale dalla legge stabilito, non è ammesso che nel caso in cui il committente non sia fallito.

Per esercitare il suo privilegio il commissionario deve far notificare al committente la nota delle somme che gli sono dovute, con intimazione di fare il pagamento entro tre giorni, e coll'avvertimento che in difetto si procederà alla vendita delle cose soggette a privilegio (8). Il committente può fare opposizione con citazione ad udienza fissa, notificata entro lo stesso termine (9). Se il committente non ha residenza o domicilio eletto nel mandamento di residenza del commissionario, il termine per fare opposizione è di giorni quattro se risiede in mandamento limitrofo, di giorni sei se risiede in mandamento non limitrofo ma compreso nella giurisdizione dello stesso tribunale civile, di giorni dieci se risiede in giurisdizione limitrofa di tribunale o nella giurisdizione della stessa Corte di appello, di giorni venti se risiede in giurisdizione non limitrofa di tribunale nè nella giurisdizione di Corte d'appello limitrofa, di giorni venticinque se risiede nella giurisdizione di Corte di appello non limitrofa, di giorni quaranta se risiede in uno Stato limitrofo all'Italia, di giorni novanta se risiede in uno Stato non limitrofo, ma in Europa, di giorni centottanta se risiede in uno Stato fuori di Europa (10).

L'opposizione deve esser fatta davanti il pretore od il tribunale del luogo di residenza del commissionario (11) a seconda che il credito pel quale il commissionario procede è inferiore o superiore alle lire 1500. Trascorso il termine o rigettata l'opposizione, il commissionario può senza altre formalità far vendere le cose, oggetto del privilegio, al pubblico incanto, ed anche al prezzo corrente se le cose hanno un prezzo di borsa o di mercato, col mezzo di un pubblico ufficiale autorizzato a tale specie di atti (12). Questo procedimento è applicabile si tratti di cose mobili od immobili; ma, se prima che il commissionario sia autorizzato a procedere alla vendita, altri creditori del committente procedano ad atti esecutivi sulle cose sulle quali il commissionario ha privilegio, il commissionario non ha punto facoltà di giovarsi del procedimento speciale autorizzato dall'art. 363 codice di commercio nella parte che concerne la vendita; il procedimento esecutivo deve seguire il suo corso ordinario a termini del codice di procedura civile; il codice di commercio suppone che il commissionario si trovi da solo di fronte al committente, quando altri creditori esercitano il diritto loro riconosciuto dall'art. 1948 codice di commercio, il commissionario si trova in rapporto cogli altri creditori procedenti, e però divengono applicabili le norme relative al concorso dei creditori, norme alle quali non fu punto derogato dal codice di commercio. Sul ricavato della vendita il commissionario preleva quanto gli spetta, ed il rimanente va depositato per conto del committente, o distribuito fra gli altri creditori.

Il procedimento speciale viene seguito quando il commissionario è in Italia, ed in Italia si trovano le cose sulle quali si intende esercitare il privilegio, dal momento che le forme degli atti da farsi per l'esercizio e la conservazione dei diritti che derivano da una obbligazione commerciale e per la loro esecuzione, sono regolate dalla legge del luogo ove si fanno o si eseguiscono gli atti suddetti (13). Se il commissionario è all'estero, e le cose sulle quali intende esercitare il privilegio sono in Italia, saranno validi in Italia gli atti fatti all'estero a termini della legge e degli usi mercantili aventi forza di legge nel luogo ove gli atti furono fatti, e potranno essere eseguiti in Italia nelle forme volute dagli art. 363, cap. III, e 68, cap. I, cod. comm., previo procedimento di delibazione; delibazione che dovrà essere ac-

(1) Art. 95.

(2) Art. 14.

(3) Epperò sotto l'impero del codice del 1865 l'App. di Genova rettamente giudicava che il commissionario che a sè fece intestare la polizza di carico ha diritto di cedere ad altri la polizza stessa per rimborsarsi delle fatte anticipazioni (6 aprile 1877, *Solari* c. *Ghio*: *Eco gen.*, 1877, 160). Questo principio sarebbe erroneo oggi avendo il vigente codice stabilito un procedimento speciale per l'esercizio del privilegio.

(4) Art. 375.

(5) Art. 82, 83.

(6) Vedi App. Milano, 21 luglio 1876, *Pratolongo e Risch* c. *Finanze* (*Giur. it.*, 1876, 937).

(7) App. Genova 4 maggio 1875, *Raggio e Fallimento Forte* c. *Dall'Orso* (*Giur. it.*. 1875, 788).

(8) Art. 363, I p., cod. comm.

(9) Art. 363, cap. I, cod. comm.

(10) Art. 363, cap. II, cod. comm., 147. 1ª parte, nn. 3, 4, 5 e cap., 148, 1ª parte, nn. 4, 5, 150 cod. proc. civ.

(11) Confr. art. 363 cap. II cod. comm. comb. con art. 147 codice proc. civ. Vedi App. Genova, 10 giugno 1895, *Valensin* c. *Di Bartolo* (*Foro it.* 1895, 851).

(12) Art. 363, cap. III, e 68, cap. I, cod. comm. V. App. Genova, 27 febbraio 1871, *Fascina e Chirico* c. *Wild* (*Giur. it.*, 1871, 133); Cass. Torino, 26 aprile 1881, *Chirico* c. *Wild* (*Foro it.*, 1881, 620).

(13) Art. 58 cod. comm.

cordata anche se il committente non sia stato citato, quando a lui sia stata notificata la nota dei crediti, pei quali il commissionario intende procedere, e conformemente alle disposizioni delle leggi straniere sia stato posto in condizione di opporsi, volendo, alla nota stessa: riconosciuto che in questa materia non vi è necessità della citazione per il procedimento che segue in Italia, non si può pretendere la citazione pel procedimento che segue all'estero. Se il commissionario è in Italia, e le cose all'estero, saranno validi in Italia gli atti fatti conformemente alla legge italiana, ma la possibilità della loro esecuzione sulle cose esistenti all'estero è subordinata alle disposizioni della legge straniera al riguardo, e sempre l'esecuzione deve avvenire in conformità alle disposizioni di questa legge (1).

Va da sè, quantunque non espressamente dichiarato nell'ultimo capoverso dell'art. 362 codice commerciale, che quando il privilegio si esercita sul prezzo, il commissionario, senza uopo di seguire procedimenti speciali si rimborsa sul prezzo che esiste nelle sue mani, trattenendo quanto è l'importare del suo avere.

82. La commissione può essere stata conferita da più persone: per questo caso nulla è disposto dalla legge commerciale, ma disponendo l'art. 1756 codice civile che se il mandato è stato conferito da più persone per un affare comune, ciascuna di esse è tenuta in solido verso il mandatario per tutti gli effetti del mandato, non vi può esser dubbio che più committenti sono tenuti in solido verso il commissionario quando l'affare della trattazione del quale il commissionario è stato incaricato è fra loro comune. Ma se più persone anche collo stesso atto dànno una commissione per affari non comuni, l'obbligazione non è solidale, ma esistono tante obbligazioni quanti sono i singoli affari che al commissionario vengono affidati.

Capo V. — **Rapporti coi terzi.**

83. Rapporti coi terzi indipendenti dal contratto concluso dal commissionario. — 84. Rapporti coi terzi in dipendenza del contratto concluso dal commissionario, sorgono esclusivamente tra commissionario e terzo. — 85. Azioni derivanti da colpa contrattuale. — 86. Irrilevanza della rivelazione del nome del committente. — 87. Contratto per persona da nominare. — 88. Fra committente e terzo non vi è l'azione di gestione di negozio. — 89. Nemmeno l'azione di utile versione: fatti posteriori che possono far sorgere tale azione. — 90. Rapporti diretti fra committente e terzo. — 91. Rapporti che sorgono in seguito al fallimento del committente, del commissionario o del terzo.

83. La legge in materia di commissione si occupa in modo speciale soltanto dei rapporti fra committente e commissionario ed il terzo col quale il commissionario ha trattato; ma lo studio di ciò che concerne la commissione non sarebbe completo se non venissero studiati anche altri rapporti coi terzi indipendenti dal contratto conchiuso dal commissionario con colui col quale trattò l'affare.

Anzitutto è la legge stessa che all'art. 434, cap. I, codice di commercio si occupa del fatto o colpa del committente e del commissionario che cagionò la perdita delle cose assicurate od il danno alle cose stesse; di fronte all'assicuratore, per ciò che concerne il fatto o colpa che cagiona la perdita od il danno, committente e commissionario costituiscono una sola persona, sia stata fatta l'assicurazione da uno o da altro di loro; l'assicuratore non risponde della perdita e dei danni derivati da fatto o colpa del committente o commissionario dell'assicurato (2).

Il commissionario nella esecuzione dell'incarico può incorrere in una colpa extracontrattuale. Il commissionario è un mandatario del committente, ma un mandatario che agisce in proprio nome, che pone dinanzi ai terzi esclusivamente la propria personalità; non è una di quelle persone poste sotto la dipendenza di un'altra e per la colpa extracontrattuale delle quali quest'ultima deve rispondere. Per la colpa extracontrattuale, nella quale incorre, il commissionario impegna esclusivamente la responsabilità propria, non mai quella del committente (3), salvo che quest'ultimo gli avesse dato incarico di porre in essere il fatto colposo, chè allora anche egli dovrebbe rispondere in solido col commissionario, non già in forza dei principî relativi alla commissione ma in forza del principio della corresponsabilità solidale che esiste per più autori di un delitto o quasi-delitto (4).

I terzi possono incorrere in colpa extracontrattuale a danno del commissionario o del committente, o di ambedue. Nel primo caso il diritto di agire pei danni risentiti spetta esclusivamente al commissionario; se il danno fu risentito solo da lui e non già dal committente, a quest'ultimo non può spettare l'azione di risarcimento. Al committente, invece, spetta l'azione di risarcimento nel secondo caso, e può esercitarla personalmente e direttamente contro l'autore del fatto dannoso, dal momento che il disposto dell'art. 381, capoverso, codice comm., come si vedrà ben presto, concerne i rapporti con quel terzo col quale il commissionario ha trattato l'affare, non già i rapporti che dalla trattazione dell'affare sono indipendenti. Però non si può negare al commissionario veste per agire anche in questo caso per conto del committente, in seguito alla rappresentanza del committente che dal commissionario è assunta, e pel fatto che il commissionario di fronte ai terzi pone avanti la propria personalità per tutto ciò che direttamente od indirettamente ha riferimento alla trattazione dell'affare. Il terzo caso va regolato coi principî posti pel primo e pel secondo caso.

Pria di lasciare questa materia è opportuna una osserva-

(1) Ciò era dichiarato espressamente nel progetto preliminare art. 438, conformemente all'art. 75 del cod. del 1865 ed agli art. 94 cod. francese, 95, ult. cap., legge francese 13 maggio 1863, 169 cod. spagnuolo, 49 cod. portoghese, 15 legge belga 6 maggio 1872, 85 legge olandese 14 luglio 1874.

(2) Vedi, in questa Raccolta, alla voce **Assicurazione**, 388.

(3) Chironi, *Colpa extracontrattuale* (Tor. 1887) nn. 195-197. L'App. di Trani 13 dic. 1877, *Giustiniani* c. *Bayli (Riv. di giur.* Trani, 1877, 129), decise che il commissionario non è tenuto verso i terzi dei danni cagionati per sua colpa nell'eseguire un trasbordo, quando consta che egli agì a nome di un committente determinato. A parte se sia o no esatto affermare che il mandatario non è responsabile dei danni che cagiona ai terzi per colpa extracontrattuale, non essendo questo argomento del quale ci si possa occupare alla presente voce, e pur supposto che il principio stesso sia esatto; nel caso deciso dalla Corte di Trani non si tratta di commissionario ma di mandatario, che col nome di commissionario veniva denotato dalla legge in allora imperante, e però il principio ammesso da quella decisione non può affermarsi contrario al principio affermato nel testo.

La parola *committente*, che si legge nell'art. 1153, III cap., cod. civ., ha un significato assolutamente diverso da quello che ha la parola stessa relativamente al contratto di commissione. Il nome *committente* che si legge nell'art. 1153 è correlativo a *commesso* ed il commissionario non è un *commesso*.

(4) Vedi alla voce **Azione di danni**.

zione. Come si è veduto al n° 49, se il commissionario ha verso la stessa persona crediti dipendenti da operazioni diverse fatte per conto di più committenti, e nel caso di pagamento non indica nei suoi libri il credito per cui il pagamento viene fatto, il pagamento viene imputato proporzionalmente a ciascun credito (1). Con ciò non si generano rapporti fra i diversi committenti; ciascun committente viene a trovarsi per questo pagamento creditore del commissionario di una quota proporzionale all'importare del suo credito, senza che possa minimamente ingerirsi in ciò che può essere intervenuto fra il commissionario e gli altri committenti.

84. Come si disse, i rapporti coi terzi, dei quali la legge si occupa in modo speciale, sono quelli derivanti dal contratto intervenuto fra commissionario e terzo, ed è dei principi relativi a tale classe di rapporti che ora importa fare l'esposizione.

È della essenza del contratto di commissione che pei rapporti che sorgono in seguito alla trattazione dell'affare con colui col quale l'affare fu trattato, il commissionario sia direttamente (2) obbligato verso quest'ultimo (3), e che conseguentemente il committente non abbia azione verso la persona colla quale il commissionario ha contrattato, nè questo abbia azione contro il committente (4); il momento, che distingue nei suoi effetti l'esecuzione del contratto di commissione dalla esecuzione del contratto di mandato, è appunto questo non intervento del mandante-committente nei rapporti fra mandatario-commissionario e le persone colle quali il contratto fu concluso per conto del mandante (5). Questo principio si trova esplicitamente affermato nell'articolo 381 codice di commercio: « Il commissionario è obbligato direttamente verso le persone colle quali ha contrattato come se l'affare fosse suo. Il committente non ha azione verso le persone colle quali il commissionario ha contrattato nè queste hanno azione verso il committente ». Epperò fu rettamente giudicato che:

1° Il commissionario, a differenza del procuratore, contrae una obbligazione tutta propria verso la persona colla quale contratta (6).

2° Colui che agisce in proprio nome, anche ritenuta la prepositura, non obbliga il preponente (7).

3° Il commissionario commerciale, a differenza del procuratore e del mandatario, resta obbligato direttamente con colui col quale ha contrattato (8).

4° Per la natura rispettiva del mandato commerciale e della Commissione, chi ha trattato col mandatario non ha azione diretta contro colui ma solo contro il mandante, nel mentre il commissionario è obbligato direttamente verso le persone colle quali ha contrattato come se l'affare fosse suo (9).

5° Il commissionario è responsabile direttamente verso colui col quale ha contrattato come se l'affare fosse suo (10).

6° Nei contratti fatti per commissione, il terzo col quale il commissionario ha contrattato non ha azione diretta contro il committente, ma contro il commissionario (11).

7° Chi contratta con un commissionario il quale agisce in proprio nome, sebbene per conto altrui, non contrae alcun rapporto giuridico con colui per conto del quale il commissionario ha contrattato (12).

L'art. 560 codice di commercio fa una applicazione speciale di questo principio al caso di commissionario che riceve la cosa indicata nella polizza di carico o nel contratto di noleggio; a termini dell'articolo stesso è il commissionario che deve dare al capitano, che la domandi, ricevuta della cosa stessa.

Il commissionario può non trattare l'affare direttamente col terzo interessato, ma con un commissionario di questi. In questo caso i rapporti giuridici che sorgono in seguito al contratto concluso fra commissionari si svolgono esclusivamente fra loro in modo che uno dei committenti non ha azione diretta nè contro l'altro committente, nè contro il commissionario di questo, ed uno dei commissionarii non ha azione diretta verso il committente dell'altro (13): l'articolo 381 codice commerciale è troppo chiaro perchè possano sorgere dubbi sulla sua applicazione a questi casi.

Al n. 70 si è veduto che il commissionario può sostituire a sè altri nella esecuzione dell'incarico, sia come mandatario, sia come commissionario suo.

I casi nei quali il commissionario ha facoltà di sostituire non entrano nella presente disamina, perchè fatta la sostituzione che era stata autorizzata, il commissionario è posto fuor di causa, ed il sostituto è il diretto mandatario o commissionario del committente. Nella presente disamina non entrano che i casi nei quali il commissionario non avendo facoltà di sostituire, colla sostituzione il commissionario continua ad essere obbligato verso il committente. Che in questi casi il mandatario o commissionario del commissionario abbia azione diretta verso il committente, è da escludersi: il mandatario del mandatario non ha mai azione diretta verso il mandante. Ma può dirsi lo stesso del committente verso il mandatario o commissionario del commissionario? La ragione del dubbio sorge dacchè l'articolo 1748, capoverso, codice civile, dispone che nei casi di sostituzione fatta dal mandatario, il mandante può direttamente agire contro la persona che venne sostituita dal mandatario. Ma il dubbio viene tolto dal capoverso dell'articolo 381 codice commerciale, il quale a termini dell'articolo 1 codice stesso ha la prevalenza sul codice civile. L'articolo 381, capoverso, codice commerciale non distingue fra contratto e contratto che

(1) Art. 382 cod. comm.

(2) L'art. 402 del progetto preliminare diceva anche *esclusivamente*, ma tale parola era un pleonasmo, se subito dopo si diceva che « il terzo non ha azione verso il committente », epperò non fu riprodotta nè nel progetto definitivo nè nel codice.

(3) Art. 118 cod. spagnuolo, 42 cod. portoghese, 77 cod. olandese, 166 cod. brasiliano, 337 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, 360 cap. I cod. germanico.

(4) Art. 43 cod. portoghese, 78 cod. olandese, 166 cod. brasiliano, 337 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay.

(5) Vedi retro n. 18.

(6) Trib. di comm. di Messina, 15 luglio 1873, *Brenot* c. *Calindo* (*Tem. Zanclea*, 1873, 37).

(7) Cass. Napoli, 3 agosto 1895, *Ditta Lubalma* c. *Attanassio* (*Gazz. Proc.*, X, 355).

(8) Cass. Roma, 10 luglio 1877, *Sagripanti* c. *Moscato* (*Legge*, 1877, 1, 833).

(9) App. Genova, 22 gennaio 1886, *Fritz* c. *Galiano* (*Eco Gen.*, 1886, 38).

(10) App. Trani, 15 giugno 1881, *De Nittis* c. *Dumeil Leblé*, (*R. di giur.* Trani, 1881, 686).

(11) Cass. Torino, 30 giugno 1887, *Balestra* c. *Ricci* (*Giur. tor.*, 1887, 656).

(12) App. Genova, 25 marzo 1893, *Campanaro* c. *Guiret* (*Temi Gen.*, 1893, 252).

(13) Cass. Torino 1° dicembre 1888 (*Giur. It.*, 1889, 283).

sia posto in essere dal commissionario, parla di persone colle quali il commissionario ha contrattato, ed il commissionario contratta tanto colle persone colle quali tratta l'affare, quanto colle persone alle quali dà mandato o commissione di trattare l'affare. L'applicazione di quel capoverso dunque è generale, si applica anche ai mandati ed alle commissioni che dal commissionario venissero conferite, ed anche verso i mandatari e commissionari del commissionario al committente non compete azione.

Dal momento che esistono rapporti diretti fra commissionari e persone colle quali il committente ha contrattato, e non esiste alcun rapporto diretto fra queste persone ed il committente, ne deriva, che, salvo la responsabilità del commissionario verso il suo committente, tutti i fatti relativi alla estinzione di diritti, derivanti dal contratto concluso, i quali hanno esistenza giuridica nei rapporti fra commissionari e terzi, sono efficaci ad estinguere i diritti anche nei rapporti fra terzi e committente, e questi non può insorgere contro i fatti stessi. Epperò è pienamente valido il pagamento fatto dal terzo al commissionario; il debito del terzo si compensa col credito che il terzo ha verso il commissionario (1), anche se il commissionario cade in istato di fallimento; la citazione ed altri atti notificati dal committente al terzo non valgono ad interrompere il corso della prescrizione fra terzo e commissionario. Dallo stesso principio risulta che quei fatti che sarebbero estintivi delle obbligazioni del terzo verso il committente in dipendenza del contratto concluso, non lo sono punto quando il terzo ha agito col commissionario; e però il terzo azionato dal commissionario non può invocare la compensazione del debito derivante dal contratto col credito che egli vantasse in confronto del committente in dipendenza di altri rapporti giuridici fra loro intervenuti (2).

Avvi però un caso nel quale vi è una azione diretta del committente verso il terzo, ed è il caso di assicurazione fatta dal commissionario per conto del committente, o per conto di chi spetta. Finchè il sinistro non è avvenuto direttamente obbligato verso l'assicuratore è il commissionario (3), ma a sinistro avvenuto l'azione diretta contro l'assicuratore pel pagamento dell'indennizzo compete al committente (4), anzi il commissionario non potrebbe agire contro l'assicuratore in proprio nome, dal momento che non essendo egli danneggiato, l'assicuratore potrebbe sempre opporre contro di lui la mancanza di interesse ad agire; il commissionario non potrebbe agire contro l'assicuratore che in nome del committente, ma allora sarebbe spogliato della qualità di commissionario ed assumerebbe quella di mandatario. Alla voce **Associazioni marittime**, n. 385, è affermato il principio che l'assicuratore può opporre la compensazione del suo debito per indennizzo col suo credito per premio, se il committente non ha ancora pagato il premio al commissionario; non la può opporre se il pagamento del premio fu fatto. Ciò non è esatto. Il committente verso l'assicuratore, in seguito all'avvenuto sinistro, assume quella stessa posizione giuridica che verso l'assicuratore stesso ha il commissionario, tutte le eccezioni che l'assicuratore avrebbe potuto opporre al commissionario può opporle al committente, e però può opporre la compensazione del suo debito per indennizzo col suo credito per premio, abbia o no il committente pagato il premio al suo commissionario.

85. Il disposto dell'articolo 381, capoverso, codice commerciale è generale, però lo stesso è applicabile tanto per ciò che concerne le obbligazioni provenienti direttamente dal contratto, quanto per ciò che concerne le obbligazioni alle quali ha dato vita la colpa contrattuale nella quale si sia incorsi nella esecuzione del contratto stesso: se il contratto resta ineseguito in tutto od in parte per dolo o colpa del committente o del terzo, non per questo il terzo ha azione contro il committente, od il committente ha azione verso il terzo; l'azione compete dal o contro il commissionario, come compete solo contro il commissionario quando la colpa della inesecuzione è di questo. L'articolo 560 codice commerciale fa una applicazione speciale di questo principio al caso in cui il commissionario non rilasci al capitano, che la domandi, ricevuta della cosa indicata nella polizza di carico o nel contratto di noleggio: è il commissionario che in tal caso deve rifondere le spese ed i danni, compresi quelli del ritardo cagionato dal rifiuto.

Dal principio or ora posto ne viene che, se nel contratto intervenuto fra committente e commissionario è stabilita una penale pel caso di inadempimento o di ritardo alla esecuzione degli obblighi che saranno per sorgere in seguito al contratto che verrà formato fra commissionario e terzo, non potrebbe il committente in base al diritto competente al commissionario di essere risarcito dei danni che risente dall'inadempimento da parte del terzo della obbligazione da questo assunta, chiedere direttamente al terzo la pena che a lui è dovuta dal commissionario; è il solo commissionario che può agire contro il terzo. Ma il commissionario, che, a titolo di danni, chiede al terzo il pagamento di quella penale alla quale egli è obbligato verso il committente, salvo a giudicare se questo danno abbia quei caratteri che a termini degli articoli 1128 e 1129 codice civile deve avere il danno acciò sia risarcibile, per aver ragione di regresso contro il terzo deve provare che fece il pagamento della penale stessa al committente (5); se non fece il pagamento e viene chiamato in giudizio dal committente pel pagamento della penale, egli null'altro può fare che chiamare in garentia il terzo, onde all'atto della sua condanna verso il committente, ottenere sentenza che condanni il terzo a garantirlo pel pagamento stesso.

Per quanto sia generale il principio che il committente non ha azione verso il terzo, ed il terzo non ha azione verso il committente, il principio stesso non va applicato a quei fatti dei possessori successivi di una cosa per i quali il primo possessore non è obbligato a dar garantia al suo dante causa. E così, se il terzo sopprime il marchio o segno distintivo del produttore o commerciante, ed il committente distrugge il marchio o segno distintivo del produttore o commerciante terzo, l'azione fra committente e terzo è diretta, perchè il commissionario, come qualunque acquisitore di merci, non garantisce punto al suo diretto contraente, che coloro ai quali le merci passeranno, non saranno per distruggere il marchio o segno distintivo antedetto (6).

(1) Vidari, Op. cit., 170.

(2) App. Genova, 25 marzo 1893, *Campanaro* c. *Guiret* (*Temi Gen.*, 1893, 252).

(3) Vedi, in questa Raccolta, alle voci **Assicurazione**, 149, **Assicurazioni marittime**, 380.

(4) Vedi **Assicurazione**, 149-151.,

(5) App. Genova 12 novembre 1869, *Robertson* c. *Fisoli* (*Gazz. Gen.*, 1889, 631).

(6) Confr. art. 3 legge 30 agosto 1868, n. 4577.

86. Sui principi finora esposti eserciterebbe influenza il fatto della rivelazione da parte del commissionario al terzo del nome del committente (1)? Si suppone necessariamente che il commissionario, pur rivelando il nome del committente, tratti l'affare in proprio nome, perchè se trattasse anche in nome del committente, allora non si tratterebbe più di commissione ma di mandato o gestione di negozi a seconda dei casi (2), epperò si tratterebbe di materia che nulla ha a che fare col contratto di commissione del quale ci si sta occupando.

A proposito di tale questione trovasi giudicato:

1° Quando il commissionario dichiara il nome del committente pel quale intende trattare, i terzi che con lui trattano non hanno azione contro di lui ma bensì contro il committente (3).

2° Il momento giuridico distintivo del mandato commerciale dalla commissione sta nella dichiarazione del nome di colui pel quale si agisce, ed omettendo il commissionario di dichiarare espressamente di agire per conto di altre persone rimane egli obbligato verso il terzo (4).

3° Il commissionario che non ha indicato il nome del committente, è obbligato con coloro coi quali ha contrattato, come se l'affare fosse suo (5).

Si trova in quella vece deciso:

1° Sebbene il commissionario agisca sempre per ordine e conto del committente, pure questi non ha diritti e doveri verso i terzi se non quando il commissionario abbia espressamente contrattato a nome di lui (6).

2° Dal fatto che il commissionario rivela il nome del committente, non ne deriva che egli assume la veste di semplice mandatario, il punto sostanziale stando nel decidere se abbia contrattato nel nome proprio o nel nome altrui (7).

3° La semplice indicazione fatta da uno all'altro contraente del nome del committente per conto del quale contratta, non importa che una operazione per conto si converta in operazione a nome del committente e che la commissione degeneri in mandato; e neppure sarebbe influente a dimostrare il mandato il fatto che la spedizione della merce al committente sia stata fatta materialmente dal terzo e non dal commissionario (8).

Al n. 26 si è dimostrato che, dal momento che i contratti non possono essere revocati o modificati che per mutuo consenso o per causa determinata dalla legge, il fatto del commissionario che rivela il nome del committente non poteva apportare il cangiamento del contratto di commissione in contratto di mandato. A questo luogo si riproduce la stessa

(1) Il codice portoghese art. 42 ed il codice olandese art. 77, lasciano intendere che no. Così lasciava intendere l'art. 69 del codice del 1865.

(2) Art. 79 legge olandese 14 luglio 1874, 360 cap. II codice germanico, 94 cap. I legge francese 13 maggio 1863, 13 cap. I legge belga 5 maggio 1872, 71 cod. del 1865. L'App. di Trani 15 giugno 1881, *De Nittis* c. *Dumeil Leblè* (*R. di giur.*, Trani, 1882, 666), decideva che se il commissionario abbia espressamente dichiarato di agire in nome e per conto del committente, egli non è responsabile verso colui col quale ha contrattato.

(3) Cass. Torino 5 marzo 1880, *Ferracini* c. *Bonelli* (*Giur. tor.*, 1880, 387).

(4) Cass. Torino, 11 dicembre 1877, *Ferrero* c. *Agliano* (*Giur. It.*, 1878, 616).

(5) App. Napoli, 16 ottobre 1874, *Attanasio* c. *Larro* (*Gazz. Proc.*, IX, 510).

(6) App. Napoli, 2 dicembre 1878, *Lombardo* c. *Conte* (*Gazz. Proc.*, XIII, 535).

(7) Cass. Torino, 7 giugno 1880, *Neuhaus* c. *Finolo* (*Giur. tor.*, 1880, 584).

(8) App. Roma 27 gennaio 1880, *Arpino* c. *Menotti Garibaldi* (*Foro It.*, 1880, 1. 555). Ecco il motivato di questa decisione:

« Osserva in diritto che i primi giudici fondarono la loro sentenza sopra un duplice elemento di fatto; l'uno si è che il commissionario signor Angelo Sardo avesse dichiarato al Garibaldi che egli comperava il grano romanello per conto dell'Arpino, e l'altro si è che il Garibaldi avesse avuto per certo per le manifestazioni del Sardo che l'acquirente del grano era l'Arpino, e costui direttamente lo spediva dalla stazione di Albano.

« Da questi fatti i primi giudici traevano la conseguenza che nel contratto il Sardo sarebbe stato un semplice mandatario dell'Arpino, e che questi fosse tenuto a pagare direttamente il grano al creditore Garibaldi.

« Osserva che, se pure i fatti fossero conformi al vero, non però sarebbe esatta la conseguenza alla quale venne il tribunale, imperocchè a determinare e decidere la responsabilità giuridica dell'Arpino, non è sufficiente indagare quali manifestazioni e quali propositi ebbero luogo tra il Sardo ed il Garibaldi, ma più utilmente debbonsi esaminare i fatti compiuti direttamente dall'Arpino, e da essi trarre il giudizio se egli sia mandante, o meglio committente nel contratto del grano. Ma tale esame è tanto più necessario per quanto a sensi dell'art. 69 cod. comm. la semplice indicazione del nome del committente non può avere forza, siccome ha creduto il tribunale, che una operazione per conto si converta in operazione in nome del detto committente.

« Osserva che le nozioni di fatto di sopra esposte rivelano in modo evidente siccome il Sardo, avesse o no dichiarato il nome dell'Arpino al Garibaldi, comprò il grano romanello per conto e non in nome del primo, e così adoperando non uscì dai termini e dalla figura del commissionario.

« Per fermo egli, il Sardo, acquistò il grano anche prima che l'Arpino avesse accettata la proposta di compra, e al suo primo rifiuto gli fece novelle premure, sicchè sarebbe poco serio ritenere l'Arpino mandante in un acquisto avvenuto anche prima della sua accettazione, e se questa si verificò posteriormente, è forza ritenerla non come un mandato, ma come una compiacente adesione alle proposte del commissionario Sardo.

« Aggiunge autorità a questo giudizio della Corte l'altro fatto giustificato dalla lettera ultima del Sardo, nella quale, indicandosi il prezzo definitivo del grano, s'invitava l'Arpino a segnare questa partita a credito del Sardo, e questa dichiarazione concorre mirabilmente a dimostrare che in tutto il periodo della contrattazione l'Arpino non mai seppe di un terzo venditore del grano, e non mai intese, o fu richiesto di assumere verso quest'ultimo alcuna maniera di obbligazione.

« Stando così le cose, l'art. 70 del nominato cod. di commercio esclude ogni responsabilità dell'Arpino verso il Garibaldi, e rende quest'ultimo, in riguardo al primo, carente di giuridica azione.

« Osserva che a questa conclusione della Corte non può fare ostacolo il fatto che il Garibaldi, o persona a lui sommessa, abbia spedito il grano all'Arpino; stantechè, a prescindere che un tal fatto nella contraddizione delle due ricevute di partenza non appare pienamente giustificato, vuolsi riflettere che il grano fu spedito per incarico del Sardo, e non mai per incarico mediato od immediato dell'Arpino, sicchè questi anche pel materiale invio del grano non può ritenersi obbligato verso il sig. Menotti Garibaldi.

« Osserva da ultimo che la chiesta prova testimoniale si appalesa a prima vista inutile e frustranea, e ciò s'intende nel senso che, per quanto fossero ritenuti siccome veri i fatti articolati nella comparsa conclusionale della parte appellata, non sarebbe meno fermo in diritto, per le fatte considerazioni, che la semplice indicazione del nome del committente, e lo invio di una derrata non producano una giuridica azione tra un committente e colui col quale un commissionario abbia per avventura contrattato ».

questione, però sotto altro aspetto, perchè, nel mentre al n. 26 ci si presenta la questione sotto l'aspetto dei rapporti fra committente e commissionario, qui si riproduce sotto l'aspetto dei rapporti fra commissionario, persona con la quale il commissionario ha contrattato e committente. Ma anche sotto questo aspetto è d'uopo riconoscere che quanto era stato fermato al momento in cui il contratto di commissione è divenuto perfetto, relativamente al modo col quale sarebbero per sorgere le obbligazioni alle quali l'esecuzione della commissione avrebbe dato vita, resta immutato sebbene il commissionario, autorizzato o no dal committente, abbia rivelato al terzo il nome di questi (1).

Nessuno può obbligare sè stesso verso altri, od obbligare altri a sè stesso, in seguito a contratto, senza la volontà di far sorgere l'obbligazione: requisito essenziale del contratto è il consenso, senza consenso non avvi contratto. Quando qualcuno intende contrattare a nome di commissionario cosa vuole? Vuole precisamente che colui col quale il contratto sarà conchiuso non resti obbligato verso di lui, ed egli non restare obbligato verso colui col quale sarà conchiuso il contratto; poichè appunto questi sono gli effetti della stipulazione a mezzo di commissionario. Il fatto del commissionario che indichi la persona del committente, ha forse tale efficacia da far volere al committente ciò che dal committente non è stato voluto? Il più elementare buon senso risponde a questa domanda: il fatto del commissionario che indichi la persona del committente non ha questa efficacia. Ammettendo dunque che l'indicazione del nome del committente fatta dal commissionario avesse forza di far nascere rapporti diretti fra committente e persona con la quale il commissionario ha contrattato, si ammetterebbe che potessero sorgere rapporti contrattuali senza il consenso di una delle parti, ciò che è assurdo. Lo stesso ragionamento, *mutatis mutandis*, deve esser fatto quando si prende in considerazione il consenso del commissionario e del terzo col quale il commissionario ha contrattato. I rapporti giuridici diretti fra committente e terzo potranno sorgere in seguito a fatti giuridici posteriori, capaci di immutare i rapporti giuridici sorti al momento in cui il contratto è stato concluso, ma di ciò in questo momento non è il caso di occuparsi; in questo luogo ciò che importa constatare si è che in seguito alla conclusione del contratto fra commissionario e terzo, abbia o no il primo, con o senza autorizzazione, rivelato al secondo il nome del committente, sorgono rapporti giuridici diretti fra commissionario e terzo, mai fra terzo e committente.

87. Può avvenire che il commissionario tratti col terzo l'affare per conto altrui ed in nome di persona da nominare. Se la dichiarazione della persona nel nome della quale l'affare fu conchiuso viene fatta dal commissionario conformemente a quanto fu stipulato, si cessa di essere nei termini della commissione, per entrare in quelli di mandato o di gestione di negozio a seconda che la persona nominata aveva o no dato l'incarico di stipulare non solo per suo conto, ma anche in suo nome. Ma se la dichiarazione della persona nel cui nome il contratto fu conchiuso non avviene, si è nei termini di contratto fatto per conto altrui ed in proprio nome, e però sono applicabili, per ciò che concerne i rapporti fra le parti, i principî che si sono esposti.

88. Quanto si disse vale per l'azione diretta proveniente dal contratto conchiuso. Ma se la persona con la quale il commissionario ha contrattato non ha verso il committente, ed il committente non ha verso la persona con la quale il commissionario ha contrattato, l'azione diretta proveniente dal contratto dal commissionario conchiuso, avrebbe forza l'azione diretta proveniente dalla gestione di negozio? O, per dirla nei termini coi quali questo istituto è denotato nella nomenclatura giuridica, è ammessa nel diritto italiano relativamente alla commissione la *gestione del terzo contraente?* (2) Il Cogliolo (3) ammette l'azione del terzo contraente quando il contratto è fatto dal commissionario, ed il terzo ebbe la considerazione del committente ed il negozio fu a questo utile o ratificato. Che il terzo abbia l'azione di gestione di negozio verso il committente quando il commissionario abbia contrattato non solo per conto, ma anche in nome del committente, e nel caso in cui il committente ratifichi l'operato del commissionario od il negozio gli sia utile, non vi può esser dubbio; gli articoli 1144 e 1752 codice civile sono là a provarlo. Questi però non sono casi che si comprendano nella così detta *gestione del terzo contraente*, sono casi di rappresentanza del committente che il commissionario assume verso il terzo. Nella gestione del terzo contraente non sono compresi che i casi nei quali la rappresentanza del committente di fronte al terzo non sia dal commissionario assunta, i casi nei quali il commissionario ha agito per conto altrui ed in nome proprio. Ed in questi casi, una azione di gestione di negozio del terzo verso il committente e del committente verso il terzo, è da escludersi. L'art. 381, capoverso, codice commerciale in modo assoluto nega al terzo una azione diretta verso il committente ed una azione diretta del committente verso il terzo, senza fare distinzione fra l'azione proveniente dal contratto e l'azione di gestione, e non è permesso all'interprete far entrare dalla finestra quello che il legislatore ha voluto mettere fuori dalla porta. Ed a tanto maggior ragione si deve escludere l'azione diretta di gestione di negozio quando si consideri che non sarebbe conforme al principio relativo alla gestione di negozio, riconoscere il diritto di esercitare la relativa azione nei casi che si stanno esaminando. Per l'azione di utile gestione, a differenza dell'azione di utile versione, è necessario che il gestore gerisca un affare altrui, e nel negozio gerito a mezzo di commissionario questo affare altrui manca. Colui che contratta col commissionario nel devenire al contratto non ha punto l'intendimento di gerire un affare del committente, e colui che dà incarico ad un commissionario di trattare un affare, non ha punto l'intendimento di gerire un affare del terzo; ognuna di queste persone nel porre in essere il negozio giuridico gerisce un affare proprio. Mancando l'affare altrui gerito, manca ciò che è re-

(1) Vidari, Op. cit., 171 e seg.

(2) In diritto romano, fermo il principio posto principalmente dalle LL. 5 § 13 e 30 (31) fr. D. *de neg. gest.* 3, 5 che si diano casi nei quali compete una azione contro colui per conto del quale il negozio fu conchiuso, anche se il negozio fu conchiuso a nome altrui (Vedi Arntds-Serafini, *Pand.* § 248; Windscheid, *Pand.* II, § 482 nota 8; Cogliolo, *Trattato teorico-pratico della amministrazione degli affari altrui nel diritto civile, commerciale e marittimo*, Firenze 1890, I, § 15), ferve questione se questa azione sia l'*actio negotiorum gestorum contraria* vera e propria, o soltanto *utilis*; od in quella vece sia l'*actio quasi institoria* od una azione speciale, un'*actio* cioè *negotiorum gestorum ad exemplum institoriae*, e se la stessa concorra o no con l'azione nascente dal contratto o la escluda.

(3) Op. cit., I, pag. 179 e 180.

quisito essenziale per l'esistenza dell'azione di gestione di negozio, epperò, anche se non vi fosse una esplicita disposizione di legge che, rettamente interpretata, nega l'azione diretta, tale azione dovrebbe essere medesimamente negata.

89. Gerendo un affare proprio, però, incidentalmente, con proprio danno patrimoniale, si può apportare un aumento patrimoniale ad altri, ed in questi casi è ammessa, in base ai principî generali di diritto, l'azione di utile versione. Se non è ammessa l'azione di gestione di negozio fra committente e terzo, potrà essere ammessa l'azione di utile versione? Questa azione non è ammessa se non quando vi è perdita patrimoniale per una delle parti ed aumento patrimoniale senza causa per l'altra. Questi estremi di fatto non si verificano nel contratto conchiuso a mezzo di commissionario. Il terzo, in seguito al contratto concluso, può vedere aumentato il proprio patrimonio, ma come corrispettivo di tale aumento deve prestare al commissionario ciò che in seguito al contratto si è obbligato a prestare; comunque sia, l'aumento patrimoniale di cui si benefica ha una causa riconosciuta dalla legge capace di produrre tale aumento: il consenso prestato dal commissionario al contratto intervenuto fra lui ed il terzo. Diminuisca pure il patrimonio del committente e della diminuzione si avvantaggi il patrimonio del terzo, non per questo dunque il terzo ha aumentato il suo patrimonio senza causa. Il committente può in seguito al contratto concluso dal commissionario col terzo vedere aumentato il suo patrimonio, ma come corrispettivo di tale aumento deve garantire il commissionario delle obbligazioni da questi assunte verso il terzo; comunque sia, l'aumento patrimoniale del quale si benefica ha una causa riconosciuta capace di produrre tale aumento: l'intervenuto contratto di commissione e l'esecuzione che a questo contratto è stata data dal commissionario. Diminuisca pure il patrimonio del terzo e della diminuzione si avvantaggi il patrimonio del committente, non per questo dunque il committente ha aumentato il patrimonio senza causa. Gli estremi di fatto, dunque, necessari acchè sia ammissibile l'azione di utile versione non possono mai esservi in seguito al contratto intervenuto fra commissionario e terzo.

Posteriormente al concluso contratto, ed indipendentemente dal contratto stesso, possono avvenire fatti capaci di dar vita all'azione di utile versione fra terzo e committente. Se dopo concluso il contratto il terzo rinunci ai suoi diritti verso il commissionario evidentemente il patrimonio del committente si avvantaggia senza causa di quanto in seguito alla rinuncia viene ad essere perduto dal terzo, perchè non potendo chiedere il commissionario al committente se non quanto il terzo chiede da lui (1), se il terzo nulla chiede, nulla deve il committente al commissionario. Il terzo dunque che rinuncia in confronto del commissionario ai diritti che gli competono in forza del contratto ha l'azione di utile versione contro il committente fino alla concorrenza di quanto il patrimonio di questo si avvantaggia in seguito alla avvenuta rinuncia. Questo però non è nè un effetto del contratto di commissione, nè un effetto della esecuzione del contratto stesso, è un effetto della avvenuta rinuncia. Ma nei rapporti fra committente e terzo non è nemmeno possibile che l'azione di utile versione sorga come effetto della rinuncia che il committente faccia dei suoi diritti verso il commissionario, dal momento che tale rinuncia gioverebbe al commissionario, ma nessuna utilità potrebbe apportare al terzo. Infatti la rinuncia che il committente facesse dei suoi diritti verso il commissionario lascierebbe inalterate le obbligazioni che in seguito al contratto sono sorte fra terzo e commissionario; il terzo opponendo al commissionario la rinuncia fatta dal committente non potrebbe per ciò solo far respingere la domanda che in forza del contratto il commissionario facesse contro di lui.

90. Se non esistono rapporti diretti fra committente e terzo possono però esisterne di indiretti, ed è venuto il momento di occuparsi di tali rapporti.

Il committente è interessato acchè il terzo adempia le sue obbligazioni verso il commissionario, perchè se il terzo non le adempie, il commissionario non le adempirebbe verso di lui. Non si può dunque disconoscere al committente il diritto di associarsi al commissionario nelle liti intentate contro il terzo, e di intervenire nei giudizî già vertenti fra commissionario e terzo (2). Il commissionario ha diritto a che il committente adempia verso di lui quelle obbligazioni che egli deve adempire verso il terzo e che la sentenza che ottiene il terzo contro di lui costituisca cosa giudicata fra lui ed il committente, onde, se del caso, non essere costretto a porre nuovamente in discussione il merito della vertenza quando egli deve regolare i suoi rapporti col committente stesso. Il commissionario, dunque, contro del quale il terzo ha promosso lite in dipendenza del contratto concluso, ha diritto di chiamare in garentia il committente (3), e però il terzo non potrebbe opporsi alla detta chiamata. Questo diritto non potrebbe, però, essere esercitato dal commissionario se non quando i fatti sui quali il terzo fonda la sua domanda, fossero fatti dei quali il committente deve rispondere in forza del contratto di commissione; in caso contrario nessuna garantia dovendo essere dal committente prestata, evidentemente la chiamata di questi in giudizio non potrebbe avvenire, ed il commissionario dovrebbe regolare i suoi rapporti esclusivamente col terzo. Se però il committente non si oppone alla sua chiamata in garantia, non potrebbe opporsi il terzo, poichè spetta sempre al committente di ratificare e far proprio il fatto dal commissionario compiuto con violazione od eccesso di mandato (4), ed il terzo, al quale la ratifica non porta vantaggio nè danno, non ha il diritto d'impugnarla.

Il commissionario ha rapporti obbligatorî col terzo, ha rapporti obbligatorî col committente; terzo e committente possono dunque esser creditori del commissionario. Il commissionario alla sua volta può essere creditore verso il committente, può essere creditore verso il terzo. Dal momento che i creditori per il conseguimento di quanto è loro dovuto possono esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del debitore (5), e che il credito del commissionario verso il committente o verso il terzo è un diritto, una azione del commissionario stesso, il committente creditore del commissionario potrà esercitare tutti i diritti e tutte le azioni al commissionario competenti verso il terzo debitore del commissionario; il terzo creditore del commissionario potrà esercitare tutti i diritti e tutte le azioni al commissionario competenti verso il committente debitore del commissionario (6),

(1) Vedi retro n. 72.

(2) Appello Torino, 31 gennaio 1887, *Frisione* c. *Fumagalli* (*Giur. tor.*, 1887, 224).

(3) Vedi Appello Messina, 8 luglio 1872, *Mannelli* c. *Alessio e Consolo* (*Temi Zanclea*, 1872, 100).

(4) Vedi retro n. 56.

(5) Art. 1234 cod. civ.

(6) Vidari, Op. cit., 175 e seg. Vedi App. Torino, 31 gennaio 1887, *Frisione* c. *Fumagalli* (*Giur. tor.*, 1887, 224). Per gli articoli 13 cod. portoghese, 337, 338 cod. di Buenos-Ayres e del-

e così committente e terzo trovansi in rapporti indiretti fra loro. Ma questa loro posizione non è dipendente dai rapporti di commissione, è dipendente solo dalla loro qualità di debitori e creditori del commissionario; di qui la conseguenza che questa loro posizione nulla ha di speciale, è quella di un qualunque debitore o creditore di colui i diritti e le azioni del quale vengono esercitati.

Possono verificarsi dei fatti giuridici in seguito ai quali il committente ed il terzo che in seguito alla conclusione del contratto non erano, come si è veduto, in alcun rapporto, vengano a trovarsi in rapporti diretti fra loro.

Il commissionario, dopo concluso il contratto, può cedere al terzo i diritti che gli competono verso il committente, ed al committente i diritti che gli competono verso il terzo. In questo caso, quando si abbia il consenso di colui a profitto del quale la cessione avviene, committente e terzo vengono a trovarsi, in forza dell'avvenuta cessione, in rapporti diretti fra loro, e si originano tutti gli effetti che in seguito all'avvenuta cessione si originano, effetti che furono esposti alle voci **Cessione**, **Cessione di crediti o di altri diritti**, alle quali si rimanda. Qui è solo il caso di rilevare che, divenuta perfetta la cessione tanto nei rapporti fra cedente e cessionario, quanto nei rapporti fra cessionario e terzi, il cedente resta spogliato di ogni e qualsiasi diritto sul credito ceduto, e però il pagamento del resto di prezzo, che dal terzo venisse fatto al commissionario dopo che la cessione è divenuta perfetta anche nei rapporti col terzo, è illegittimo (1). L'Appello di Genova (2) decise che se il terzo con cui il commissionario ha contrattato si è rivolto per l'esecuzione del contratto al committente riconoscendolo come colui nel cui interesse il contratto era stato stipulato, non può disconoscerlo e ricusare di rispondere verso di lui dell'esecuzione di quel medesimo contratto, che per suo conto era stato stipulato. Sull'esattezza di questo principio si possono sollevare seri e fondati dubbi. Posto, come è indubitato, che il terzo soltanto verso il commissionario acquista dei diritti ed assume degli obblighi in seguito all'esecuzione della commissione, non è giuridicamente possibile la sostituzione del committente al commissionario che o mediante la cessione, o mediante la novazione: fino a che uno di questi due atti non è intervenuto, i rapporti fra commissionario e terzo continuano a sussistere. E se continuano a sussistere, il terzo, il quale è estraneo ai rapporti che passano fra committente e commissionario, ben può rifiutarsi di adempiere verso il committente le obbligazioni che egli ha verso il commissionario, onde non esporsi al pericolo di dover adempiere due volte la stessa obbligazione. Se non altro, il terzo avrà diritto di non essere tenuto a riconoscere il terzo come suo diretto creditore senza l'intervento del commissionario che, volontariamente, o per sentenza di magistrato lo liberi dalle obbligazioni sorte in seguito al concluso contratto.

Oltre che per cessione, committente e terzo possono trovarsi in rapporti diretti fra loro per quella novazione che consiste nella sostituzione al commissionario, debitore o creditore, del committente o del terzo; come pure possono trovarsi nei detti rapporti diretti per la girata dei titoli all'ordine che il commissionario che li ha ricevuti da uno di loro faccia all'altro; ma queste materie nulla hanno di speciale che meriti di essere rilevato.

Tutte le volte che committente e terzo vengono a trovarsi in rapporti fra loro, il committente di fronte al terzo prende la veste giuridica di avente causa del commissionario, epperò il committente può esercitare verso il terzo tutti i diritti che competevano al commissionario ed è passibile di tutte le eccezioni che contro il commissionario avrebbero potuto essere opposte: il fatto del commissionario è fatto suo. L'art. 559 del codice di commercio fa una speciale applicazione di questo principio al caso in cui la polizza di carico sia riempiuta di mano del commissionario del caricatore: in questo caso se avvi diversità fra le polizze di carico, quella che è presso il capitano riempiuta di mano del commissionario del caricatore, fa prova. Dallo stesso principio deriva che se il commissionario si fosse reso verso il terzo contabile di colpa, questa colpa nuoce al committente, ed il terzo ha diritto di farla valere contro di lui a tutti gli effetti di legge (3).

91. Il committente, il commissionario ed il terzo possono cadere in istato di fallimento. Se cade in fallimento il commissionario, il committente ed il terzo esercitano i diritti che ad ognuno che ha contrattato competono contro colui che, concluso il contratto, è fallito. Il committente non può offrire al terzo l'adempimento delle obbligazioni dal commissionario assunte verso di lui per ottenere l'adempimento delle obbligazioni che il terzo ha assunte verso il commissionario stesso: l'inesistenza di rapporti diretti fra committente e terzo rende impossibile l'esercizio di un tale diritto. Questi rapporti diretti però possono sorgere se il committente facendo uso del diritto riconosciutogli dal capoverso dell'art. 803 cod. commerciale rivendica il prezzo o la parte di prezzo delle merci vendute dal commissionario che non fosse stata pagata in denaro o altrimenti, nè annotata in conto corrente fra il fallito ed il compratore, ed in tal caso il committente esercita verso il terzo le azioni che al commissionario verso detto terzo spettavano, ed adempie le obbligazioni che al commissionario stesso erano addossate. Se cade in fallimento il committente, il terzo nulla ha a che vedere: suo diretto contraente fu il commissionario; il commissionario dunque adempirà verso il terzo le obbligazioni assunte; il terzo le adempirà verso il commissionario, salvo a questi regolare i suoi rapporti colla massa dei creditori del committente. Se cade in fallimento il terzo, è il commissionario che eserciterà, se del caso, la rivendicazione, è il commissionario che ha diritto d'insinuarsi nel passivo del fallimento.

Capo VI. — **Estinzione della commissione.**

92. Cause di estinzione: mutuo consenso; adempimento dell'incarico; impossibilità di adempierlo. — 93. Revoca del committente; contrordine. — 94. Rinuncia del commissionario. — 95. Morte; interdizione; fallimento. — 96. Matrimonio della donna. — 97. Revoca della autorizzazione all'esercizio del commercio; revoca della emancipazione. — 98. Condizione risolutiva. — 99. Effetti nel caso di revoca del committente o rinuncia del commissionario. — 100. Effetti in genere nei casi di cessazione.

92. L'art. 404 del progetto preliminare stabiliva che la commissione dura fino al compimento dell'affare, ciocchè contraddiceva a quanto era disposto nell'art. 429 del progetto stesso, ove prevedendosi la cessazione della commis-

l'Uruguay, 166, 167 cod. brasiliano, 368 cod. germanico, l'azione indiretta è data dalla legge commerciale.

(1) App. Trani, 3 dicembre 1889, *Ditta Meloni* c. *Baulo e Piccolella* (*Riv. di giur. di Trani*, 1890, 54).

(2) 17 maggio 1887, *Ditta Bauer* c. *Fratelli Bruno* (*Eco Gen.*, 1887, 173).

(3) Vedi App. Roma, 26 aprile 1882, *Bellezza* c. *Credey* (*Foro It.*, 1882, 1, 1094).

sione prima che l'affare fosse compiuto; si veniva implicitamente a riconoscere che anche prima del compimento dello affare la commissione poteva cessare. Ond'è che l'art. 404 del progetto preliminare non fu inserito nè nel progetto definitivo nè nel codice, e ciò che concerne la cessazione della commissione fu lasciato sotto l'impero delle regole generali, delle quali è venuto il momento di fare l'esposizione.

Dal momento che la commissione è un contratto, ed i contratti si sciolgono nello stesso modo col quale si formano, una volta che committente e commissionario si accordano di sciogliere il vincolo giuridico che fra loro era sorto in forza del consenso prestato, il contratto di commissione si scioglie (1). Se tutte le obbligazioni si estinguono coll'adempimento, se la commissione è una obbligazione, anche la commissione è estinta coll'adempimento da parte del committente e del commissionario delle obbligazioni che in forza del contratto esistevano fra loro (2). L'adempimento dell'incarico può essere divenuto impossibile; naturalmente anche in questo caso la commissione si estingue.

93. È proprio dei contratti pei quali una persona assume l'obbligazione di fare alcunchè per conto di un'altra, che quella per conto della quale il fatto deve essere adempiuto, ha diritto di sciogliere a suo arbitrio l'accordo; è questo un principio che si trova affermato negli art. 1641, 1758 cod. civ., 396, 1ª p., 482, 1ª p., 564, 1ª p., codice di commercio. Col contratto di commissione il commissionario si obbliga a trattare un affare per conto del committente; il committente, dunque, può sciogliere a suo arbitrio il contratto: la commissione si estingue colla revoca del committente (3). E però trovasi rettamente giudicato:

1° È tanto della essenza del mandato la revocabilità, che devesi escludere ogni estremo di mandato in una contrattazione, in cui i due contraenti fossero in via bilaterale vincolati in modo da impedire tanto all'uno che all'altro il recesso della obbligazione (4);

2° La commissione è di sua natura revocabile (5).

L'Appello di Venezia aveva affermato questo principio nella decisione 20 giugno 1875 (6), ma nella decisione 2 agosto 1881 (7), in un caso in cui la provvigione era stata convenuta nel maggior prezzo che il commissionario avrebbe potuto ottenere oltre il limite fissato, cangiò avviso, ed affermò che la commissione non può, come il mandato, revocarsi senza un nuovo accordo fra i contraenti. Questa decisione non può approvarsi, perchè contraria ai principî fondamentali del mandato: il mandato è di sua natura essenzialmente revocabile, ed essendo la commissione un mandato, anche la stessa è revocabile. Nè il fatto che la Corte di Venezia doveva decidere una specie nella quale il contratto di commissione era unito al contratto estimatorio, giustifica punto la decisione, perchè essendo anche il contratto estimatorio revocabile ad arbitrio del venditore, la revocabilità di quest'ultimo non può rendere irrevocabile il primo.

La commissione può essere stata conferita da più persone. Se tutte la revocano non vi sono difficoltà, la revoca è senz'altro operativa. Non vi sono difficoltà nemmeno nel caso in cui la commissione sia stata conferita da più persone per affari proprî a ciascuna di loro: siccome in questo caso non esiste una sola, ma tante commissioni quanti sono gli affari, la trattazione dei quali furono al commissionario affidati (8), la revoca è operativa per l'affare della persona che ha revocato l'incarico. Ma, quando l'affare è comune a tutti coloro che hanno dato l'incarico e la revoca viene fatta soltanto da alcuni, sorgono le difficoltà. Che la revoca possa essere operativa solo per coloro che l'hanno fatta è da escludersi: attesa la solidarietà della obbligazione di più committenti che hanno data la commissione per un affare comune (9), in questo caso non vi sono tante obbligazioni quanti sono i committenti, ma vi è una sola obbligazione che o non può continuare la sua vita se non nei termini nei quali è sorta, o deve perire del tutto: o la revoca deve essere operativa per tutti i committenti, o non lo può essere per alcuno. Dal momento che trattasi di affare comune fra più committenti, fra i committenti, esiste un rapporto di comunione o di società; i principî relativi a questi istituti daranno il mezzo di risolvere la questione. Se fra i varî committenti si è convenuto relativamente al caso di revoca della commissione, la revoca fatta conformemente ai termini del contratto, anche solo di alcuni dei committenti, è operativa contro tutti. Se nulla è convenuto, non sarà mai operativa come revoca fatta dalla minoranza (10). Se la revoca è fatta dalla maggioranza sarà d'uopo distinguere il caso in cui la dazione della commissione è un mezzo per amministrare o per meglio godere una cosa comune fra i varî committenti dagli altri casi; nel primo caso la revoca da parte della maggioranza sarà anche operativa in confronto della minoranza (11), la quale non abbia fatto annullare la revoca dalla Autorità giudiziaria usando del diritto riconosciuto dall'art. 678, 2° cap., codice civile; negli altri casi la revoca non è operativa se non è fatta da tutti coloro che hanno dato la commissione (12). Nei casi nei quali la revoca da parte di alcuni non è operativa

(1) Fu giudicato che nel contratto di commissione se il commissionario non paga alla scadenza il prezzo dei generi formanti oggetto della commissione, e quindi consente che il committente sospenda l'invio dei generi, il contratto si risolve di fatto per consenso delle parti, ma per colpa del commissionario, e se più tardi sorge contestazione fra commissionario e committente intorno ai danni che scambievolmente si chiedono per la detta risoluzione, e il tribunale riconosce legale l'operato del committente per colpa del commissionario, il diritto ai danni deve a colui attribuirsi non ostante che non istitui giudizio per risoluzione del contratto (App. Palermo, 31 dicembre 1891, *Valenza* c. *Beccadeli di Camporeale: Circ. giur.*, 1891, 330).

(2) Fu giudicato che la commissione di comperare una merce a termine si estingue, colla conclusione del contratto e colla cessione dello stabilito al committente (Trib. comm. di Venezia, 4 febbraio 1874, *N. N.: Eco dei Trib.*, 1874, 719).

(3) Art. 1757 cod. civ., 365 cod. comm.

(4) App. Palermo, 4 luglio 1869, *N. N.* (*Ann.*, 1870, 233).

(5) Cass. Firenze, 28 aprile 1892, *Forlani* c. *Previtali* (*Temi Ven.*, 1892, 329).

(6) *Pivetta* c. *Ditta Gasparini Codognato* (*Giur. It.*, 1875, 272).

(7) *Casa di pena alla Giudecca* c. *Crepas* (*Temi Ven.*, 1882, 134).

(8) Vedi retro, n. 81.

(9) Vedi retro l. c.

(10) Confr. art. 678, 1° cap., cod. civ.

(11) Art. 678, prima parte, cod. civ.

(12) Vedi Cass. Firenze, 14 luglio 1879, *Fortini e Guidi* c. *Pucci* (*Temi Ven.*, 1879, 434).

L'Appello di Brescia, 2 marzo 1869, *Berti* c. *Guarini* (*Ann.*, 1869, 643), in un caso analogo a quello di cui ci si occupa nel testo, così ragionava:

« Attesochè, considerato invece l'atto nei rapporti di ciascun mandante verso gli altri, esso virtualmente e necessariamente include il concetto di un precedente verbale accordo stabilito irrevocabilmente fra tutti i comproprietari per amichevole scioglimento

Il commissionario ha privilegio per le sue anticipazioni e spese, per gli interessi delle somme sborsate e per la sua provvigione, nonchè pel prezzo pagato delle merci che egli comperò per conto del committente (1). Fino a questo punto non vi sono difficoltà. Solo è da notare che, essendo le leggi, che accordano privilegi, leggi eccezionali e però non estensibili a casi in esse leggi non previsti, e non facendo menzione l'art. 362, 1ª parte, codice di commercio, dei crediti per perdite subìte dal commissionario per occasione della commissione, questi crediti non sono privilegiati. Ma le difficoltà sorgono quando si tratta di decidere se il privilegio del commissionario vi sia per le anticipazioni, spese e provvigioni relative alle merci sulle quali intende esercitare il privilegio od anche per quelle relative a merci diverse. I sistemi adottati dalle legislazioni nel proposito sono tre. Gli art. 95, 1ª parte, della legge francese 23 maggio 1863, 14, 1ª parte, legge belga 5 maggio 1872, 374 codice germanico ammettono il privilegio anche per le spese e le anticipazioni, ed il codice germanico anche per le provvigioni dipendenti da affari diversi da quelli relativi alle merci nelle quali il privilegio viene esercitato; la legge olandese 14 luglio 1874 limita il privilegio pei crediti dipendenti dalle merci sulle quali il privilegio viene esercitato; gli articoli 362, 1° capoverso, codice italiano, 189 codice brasiliano, 384 codice di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, parlano di spese e di anticipazioni fatte prima o dopo che le cose sulle quali s'intende esercitare il privilegio sono pervenute nelle mani del commissionario, senza specificare se le dette anticipazioni e spese debbano riferirsi all'affare pel quale le merci sono nelle mani del commissionario o ad affari diversi. Il Vidari (2) ritiene che basti che committente e commissionario siano gli stessi anche se si tratti di affari diversi, ma la giurisprudenza italiana ritiene che il commissionario non abbia privilegi sulle cose attualmente detenute per un credito dipendente da una precedente commissione (3), o dipendente da cose che egli più non detiene (4), anche se si tratta di operazioni continuative o dipendenti da unico contratto (5).

In mancanza di legge che altrimenti disponga, è d'uopo accogliere il principio affermato dalla giurisprudenza italiana. Il privilegio accordato dall'art. 362, 1ª parte, codice di commercio, come è dell'indole dei privilegi tutti, è un diritto di prelazione che la legge accorda alla causa del credito (6), è un privilegio accordato non già perchè creditore sia un commissionario, ma perchè sorge in esecuzione di un contratto di commissione. È un privilegio speciale, come espressamente è detto nell'art. 362, 1ª parte, codice di commercio.

Ora è dell'indole del privilegio speciale, accordato a causa del credito, la esistenza di un legame fra la causa del credito e la cosa sulla quale il privilegio può essere esercitato (7). In tema di commissione questo legame esiste fra le anticipazioni, le spese e la provvigione dovute a causa di una commissione eseguita per una cosa, e la cosa per la quale la commissione fu eseguita, ma non esiste fra questa cosa ed una commissione eseguita per una cosa diversa, e però questa seconda non potrà essere vincolata a privilegio a causa delle anticipazioni, spese e provvigioni dovute per la prima.

Pel resto non importa acciò sussista il privilegio che il credito sia già esistente, o sia soltanto eventuale; anche pei crediti eventuali il privilegio sussiste. Sicchè sarebbe d'uopo riconoscere il diritto di privilegio al commissionario il quale si trovi disposto a pagare un debito del committente (8). Quello che importa si è che il credito, già sorto od eventuale, sia provato sussistente con mezzi consentiti dalla legge commerciale (9), e che non sia stato novato, o se intervenne novazione che il commissionario abbia fatto espressa riserva del suo privilegio (10). Di qui ne viene che siccome il contratto di conto corrente produce novazione della obbligazione precedente nei rapporti tra il rimettente ed il ricevente (11), se il credito del commissionario è passato nel conto corrente che esiste fra lui ed il committente, ed il commissionario non ha fatto espressa riserva del suo privilegio, non avvi più credito privilegiato.

79. Il privilegio speciale che compete al commissionario esiste sulle cose di ragione del committente che egli detiene per l'esecuzione della commissione, o che si trovano a sua disposizione nei suoi magazzini o in luogo di pubblico deposito, o delle quali egli può provare la fattagli spedizione col possesso legittimo della polizza di carico « sola » o « prima » o della lettera di vettura (12); se le cose del com-

---

fallimento; ma se il possibile abuso di un diritto fosse motivo sufficiente di negare il riconoscimento al diritto stesso sarebbe d'uopo negare il riconoscimento alla massima parte dei diritti, perchè dalla massima parte dei diritti è possibile l'abuso. Quando il legislatore è nella alternativa o di non poter ottenere l'utilità che in via ordinaria si ottiene da una disposizione di legge non inserendo nella legge la disposizione stessa, o di rendere possibile colla inserzione, in casi eccezionali, le frodi, la scelta non può esser dubbia; deve inserire nella legge la disposizione, salvo a prendere le opportune precauzioni acchè la frode non avvenga, o se avvenuta la si scopra.

(1) Art. 362, I p. e II cap., cod. comm. it., 93 cod. francese, 95 legge francese 23 maggio 1863, 169 cod. spagnuolo, 49 cod. portoghese, 80 legge olandese 4 luglio 1874, 189 cod. brasiliano, 374 cod. germanico, 384, 385 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, 14 legge belga 5 maggio 1872.

(2) Op. cit. 37. Nello stesso senso Delamarre e Le Poitvin, III, 225 e seg.

(3) Cass. Torino, 25 aprile 1879, *Fallimento Haysser* c. *Trobliet* (*Giur. tor.*, 1879, 420).

(4) App. Torino, 4 febbraio 1873, *Fagiani* c. *Dejacoli* (*Legge*, 1873, 1, 396); App. Milano, 21 luglio 1876, *Pratolongo e Risch* c. *Semenza* (*Giur. It.*, 1876, 937.

(5) App. Torino, 21 gennaio 1871, *N. N.* (*Giur. tor.*, 1871, 148).

(6) Art. 1952 cod. civ.

(7) Confr. art. 1958, 1961, 1962, II cap., cod. civ., 671, 673, 675, cod. comm.

(8) Cass. Torino, 30 marzo 1875, *Damiani* c. *Brazzadoro* (*Ann.*, 1875, 470).

(9) Fu giudicato che il commissionario che pretende il privilegio, non solo deve provare di trovarsi nelle condizioni speciali stabilite dalla legge, ma deve eziandio provare il proprio credito: tale prova deve venir fatta in modo da non lasciar dubbio, e però non basterebbe una semplice fattura non sorretta da altri documenti (Dec. cit. nella nota antecedente).

(10) Art. 1274 cod. civ.

(11) Art. 345, n° 1°, cod. comm.

(12) Art. 362, 1ª parte, codice di commercio. Sul proposito fu giudicato:

1° Il privilegio esiste e può esercitarsi sulle cose tutte senza distinzione che il commissionario detiene, o che gli sono state spedite (Cass. Torino, 27 febbraio 1890, *Ghio* c. *Fallimento Saredo*: *Temi Gen.*, 1890, 197).

2° Il commissionario, il quale a garanzia del prezzo della merce comprata ha pattuito di ritenere in sua mano le polizze di carico fino all'intero pagamento, si ha come creditore munito di

mittente sono state vendute, il privilegio si esercita sul prezzo (1).

Dal momento che la legge non limita il privilegio del commissionario ad alcune cose, ne viene che il privilegio stesso si esercita sulle cose di qualunque specie, sieno le stesse mobili o immobili. Solchè, per quanto concerne gli immobili, e per le navi, per l'esercizio del privilegio non sarà a discorrere di materiale detenzione delle stesse, ma di quella detenzione giuridica che consiste nel non potersi disporre in modo efficace di fronte ai terzi delle cose sulle quali il privilegio si esercita senza l'intervento di colui al quale il privilegio compete: è allora che si può dire essere le cose, sulle quali il privilegio si vuole esercitare, a disposizione del commissionario. Per quanto concerne il privilegio sul prezzo delle cose vendute, nessuna difficoltà vi è quando il prezzo o è stato pagato al commissionario, o costituisce un credito del commissionario verso il terzo. Ma quando costituisce un credito diretto del committente o perchè il commissionario fin da principio stipulò che il prezzo dovesse essere pagato al committente, o perchè successivamente avvenne la cessione del credito stesso al committente, il privilegio esisterà medesimamente? Atteso il disposto generale dell'art. 362, ultimo capoverso, codice di commercio, la risposta non può essere che affermativa. Ma il commissionario non potrà esercitare il suo privilegio a danno dei terzi i quali avessero acquistato verso il committente diritto sul prezzo stesso; sicchè il privilegio sussiste solo sino a quando il credito non è uscito dalla disposizione del committente; se il committente ne ha disposto o col ricevere il pagamento dal terzo contraente, anche solo passandolo in conto corrente, o col cederlo ad altri, o se i creditori del committente nel fallimento di questi hanno acquistato diritto acchè il credito entri nella massa, il privilegio non può più essere esercitato. Sicchè il commissionario, il quale voglia essere certo che il suo privilegio non potrà perire, deve rendere indisponibile nelle mani del debitore il prezzo, o quella parte che è necessaria a pagarlo del suo avere, cogli atti opportuni a dare vita a tale indisponibilità. Non vi è poi bisogno di rilevarlo, perchè lo si comprende da sè, che, qualora si tratti di titolo di credito, il commissionario non ha alcun diritto di privilegio sui titoli stessi tostochè siano passati nel possesso di terza persona, anche se i titoli stessi costituiscono il prezzo e non sono stati ancora realizzati.

La legge vuole, acciò esista il privilegio, che le cose siano di ragione del mandante, sicchè, se le cose non sono di ragione del mandante, il privilegio non sussiste punto. Di qui ne viene che il sostituto del commissionario, mandatario o commissionario che esso sia, il quale per effetto della sostituzione non si trovi in rapporti diretti col committente, e che sappia non appartenere le cose al suo sostituente, non ha punto privilegio sulle cose stesse, salvo ad esercitare, se del caso, quale creditore del commissionario diretto, i diritti che a questo competessero verso il committente.

Se le cose sulle quali il commissionario ha diritto di esercitare il suo privilegio periscono o si deteriorano, il suo privilegio passa sulle somme dovute dagli assicuratori (2). in quanto al momento in cui le cose perirono o furono deteriorate, fossero nelle condizioni volute dalla legge acchè il privilegio potesse essere esercitato; se le cose non siano in tali condizioni, il privilegio non sussiste punto, e non sus-

---

privilegio sulla merce medesima (App. Genova, 15 febbraio 1867, *Danovaro* c. *Drasconich* e *Regolini: Ann.*, 1867, 483).

Vedi anche App. Genova, 4 maggio 1875, *Raggio* e *Fallimento Forte* c. *Dall'Orso* (*Giur. It.*, 1875, 788); 8 luglio 1867, *Morgani* c. *Martinengo* (*Gazz. Gen.*, 1867, 669); 6 aprile 1877, *Solari* c. *Ghio* (*Eco Gen.*, 1877, 160); Cass. Firenze, 30 marzo 1875, *Damiani* c. *Brazzadoro* (*Ann.*, 1875, 470); App. Torino, 21 gennaio 1871, *N. N.* (*Giur. tor.*, 1871, 148); 4 febbraio 1873, *Fagiani* c. *Dejaculis* (*Legge*, 1873, 396); App. Venezia, 15 febbraio 1875, *Zecchin* c. *Pollexfen* (*Eco Trib.*, 1875, 587).

(1) Art. 362, ult. cap., cod. comm. it., 94 cod. francese, 95 ult. cap. legge francese 23 maggio 1863, 169 cod. spagnuolo, 49 cod. portoghese, 15 legge belga 5 maggio 1872. Sul proposito trovasi giudicato che il commissionario al quale sia stata girata la polizza a carico con facoltà di venderla, se anticipa al suo committente il prezzo della merce venduta, ha diritto di essere rimborsato con privilegio sul prezzo che sia ancora dovuto in tutto od in parte dal compratore, anche se le merci vendute fossero proprietà di un terzo, se con questi nè il commissionario nè il compratore ebbero rapporti (App. Genova, 8 luglio 1867, *Morgani* c. *Martinengo: Gazz. Gen.*, 1867, 669).

(2) Art. 1951, 1ª p., cod. civ. L'App. di Genova, con la citata sentenza 15 febbraio 1867, *Danovaro* c. *Drasconich* e *Regolini*, così decideva:

« Considerando, quanto alla questione che essendosi perduta la cosa assicurata si mantenga per Giorgio Drasconich il privilegio sulle somme per cui seguì l'assicurazione, che certo la è questione grave, e sopra cui ferma non fu la giurisprudenza; ma opportunamente fu arrecato dai difensori del Drasconich l'art. 1951 del codice civile italiano, secondo il quale, se le cose, oggetto del privilegio, sono perite o deteriorate, le somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita o del deterioramento, sono vincolate al pagamento dei crediti privilegiati secondo il loro grado. E si disse arrecato questo articolo opportunamente; conciossiachè, se vero è in generale che, trattandosi di fatti anteriori alla pubblicazione di un nuovo codice, sia da tenersi al principio della non retroattività della legge, principio che è di ordine pubblico, ve ne sono però di cotali che, per la loro natura, possono riportarsi ai fatti preteriti, che senza attribuire ad esso effetto retroattive, possono applicarsi a fatti anteriori che niuna legge non reggea, ed erano variamente governati dalla giurisprudenza; e le raccolte forensi porgono dei casi dove la legge nuova fu ritenuta interpretativa di regole di equità anteriori alle materie sopra le quali o la legislazione non conteneva disposizioni precise, o in vario modo avevano i tribunali pronunciato. E qui l'equità non solo, ma la concordanza di una precisa disposizione di legge riguardo ai privilegi di coloro che acquistano merci per conto altrui, o ritengano le merci stesse o le polizze di carico, domanda l'applicazione del detto art. 1951. E per vero l'art. 103 del codice di commercio in vigore nel 1863, l'art. 74 di quello ora vigente, messi in osservanza contemporaneamente al codice civile italiano, attribuiscono privilegio a coloro che acquistano per conto altrui. È dunque spontaneo che questo privilegio si mantenga, e a nulla si ridurrebbe se, perite o deteriorate le cose, non continuasse sulle somme assicurate. E tanto più è ciò a dirsi nel concreto caso, in cui l'assicurazione fu fatta *per conto di chicchessia*, come si ritrae dalla polizza del 14 luglio 1863.

« Nè contro l'applicazione dell'articolo dal nuovo codice civile introdotto s'adduce che esso provegga soltanto pel caso che l'assicurazione fosse fatta dal debitore delle cose vincolate a pegno, e non si possa applicare a danno dell'assicurato per proprio conto per le somme anticipate, qual è il cav. Danovaro, perchè già si sono ripetuti i termini dalla polizza rilasciatagli; e poi l'articolo non distingue, e della distinzione non era il caso, perchè il legislatore avrebbe distrutto con la disposizione di un codice la disposizione di un altro codice, in cui è consacrato il privilegio a colui che acquista merci per conto di altri, e compera le polizze di carico, come fece il Drasconich per espressa convenzione, in caso di non avuto intero soddisfacimento del suo credito o del Regolini o del Danovaro ».

sistendo il privilegio sulle cose, non può discorrersi di privilegio sull'indennizzo. Il privilegio sull'indennizzo esiste tanto nel caso in cui fosse stato il commissionario a fare l'assicurazione, quanto nel caso in cui l'assicurazione fosse stata fatta dal committente, ma nell'uno e nell'altro caso gli assicuratori sono liberati verso il commissionario quando paghino l'indennizzo dopo trenta giorni dalla perdita o dal deterioramento, senza che siasi fatta opposizione (1). Questa liberazione degli assicuratori che pagano dopo trenta giorni dal sinistro avviene anche quando il commissionario si trovasse nel possesso legittimo della polizza di carico o delle lettere di vettura, dal momento che gli assicuratori per pagare l'indennizzo non sono punto obbligati ad indagare presso chi trovinsi i documenti relativi alla proprietà delle cose, e ad altro non devono attendere se non che a chi spetti la proprietà delle cose colpite dal sinistro. Ma se l'assicurazione fosse stata fatta dal commissionario, cumulativamente per sè, limitatamente ai diritti di privilegio che gli spettano, e pel committente, gli assicuratori non sarebbero liberati verso il commissionario anche se pagassero al committente l'indennizzo dopo i trenta giorni senza che opposizione fosse stata fatta, perchè in questo caso, non già dallo art. 1951 codice civile, ma dalla diretta convenzione intervenuta, dipenderebbero i rapporti fra commissionario ed assicuratore.

Alla voce **Carico (Polizza di)**, nn. 76, 86 a 89, si sono studiate le questioni se il commissionario al quale sia stata girata una polizza di carico nominativa acquisti il privilegio, se acciò sia salvo il privilegio è necessario che la merce sia stata spedita direttamente, se trattandosi di polizze di carico girate al commissionario l'esercizio del privilegio sia subordinato alla regolarità della girata: per evitare inutili ripetizioni ci si rimette a quanto fu in quei luoghi esposto.

Se, come si è veduto, il privilegio in tanto può essere esercitato in quanto il commissionario, in uno od in altro modo, abbia la detenzione materiale o giuridica della cosa, la legge implicitamente riconosce al commissionario il diritto di ritenzione della cosa sulla quale il privilegio viene esercitato (2), non potendosi, senza ammettere che la legge si contraddica, riconoscere l'esistenza di un diritto, e non riconoscere il diritto ai mezzi onde farlo valere. Fino a che dunque il commissionario non viene saldato del suo avere, nessuno può pretendere che egli consegni le cose detenute, ammenochè non gli fossero date cautele tali pel pagamento di quanto gli spetta, che la condizione sua non sia deteriore da quella che sarebbe se avesse ritenuta la cosa (3).

80. I crediti del commissionario sono preferiti ad ogni altro credito verso il committente e verso il creditore rivendicante, ancorchè le anticipazioni e le spese fossero state fatte dopochè le cose sono pervenute in possesso del commissionario (4). Ma, per quanto generale sia il disposto dell'art. 362 codice di commercio, non si può ammettere che il privilegio del commissionario vada preferito al privilegio per spese di giustizia fatte per atti conservativi o di esecuzione sulle cose sulle quali esiste il privilegio, nell'interesse comune dei creditori, ed al privilegio speciale pei crediti dello Stato per i diritti di dogana e di registro, e per ogni altro dazio o tributo indiretto sopra le cose oggetto del privilegio, e, se si tratti d'immobili, al credito per le spese del giudizio di spropriazione degli immobili e di quello di graduazione fatto nell'interesse comune dei creditori; al credito dello Stato pel tributo fondiario dell'anno in corso e dell'antecedente ed ai crediti dello Stato per diritti di registro e per ogni altro tributo indiretto sopra l'immobile sul quale il privilegio si esercita. La ragione di ciò è evidente. Per quanto concerne le spese di giustizia, le stesse giovano al commissionario: non può dunque questi pretendere di essere preferito a coloro che fecero spese, che ridondano a suo vantaggio. Per quanto concerne i diritti dello Stato per imposte o tasse, dipendendo i diritti stessi da rapporti giuridici di diritto pubblico, non possono essere pregiudicati da diritti che dipendono da rapporti di diritto privato, come sono i rapporti intercedenti fra committente e commissionario.

Fu giudicato che nel caso di perdita o di deterioramento delle cose il commissionario ha diritto di esercitare il privilegio sulle somme dovute dagli assicuratori anche in pregiudizio del terzo che abbia assicurato la merce per suo conto onde garentirsi delle fatte anticipazioni, tanto se abbia fatta l'assicurazione per sè, quanto se l'abbia fatta per conto di chicchessia (5). Questo principio è esatto se il terzo abbia assicurato le cose per conto di chicchessia: per effetto di tale stipulazione tutti coloro che hanno diritto sulle cose assicurate concorrono col loro grado nella distribuzione dello indennizzo, ed avendo il commissionario un grado poziore a quello di colui che fece l'assicurazione, a questi deve essere preferito. Ma se chi fece l'assicurazione la fece esclusivamente per sè, per garentire esclusivamente i suoi diritti sulle cose assicurate, nessun diritto compete al commissionario sull'indennizzo che gli assicuratori dovessero al terzo: i contratti non hanno effetto che fra coloro che li hanno fatti; nell'assicurazione che si sta esaminando non avvi stipulazione alcuna a favore di terze persone; il commissionario però non ha alcun diritto all'indennizzo.

---

(1) Art. 1951 1ª p. cod. civ.

(2) Delamarre e Le Poitvin, III 225; Cass. Torino, 25 aprile 1882, *Ditta Smreker* c. *Ditta Horandt e Muller* (*Giurisp. tor.*, 1882, 336).

(3) Fu giudicato che al commissionario non compete il diritto di ritenzione sull'immobile, che egli ha comperato a scopo commerciale per conto del committente, quand'anche sia stato autorizzato a fare l'acquisto in proprio nome a maggior garanzia dei suoi crediti; e l'unico diritto che egli in tal caso può invocare è quello risultante dal disposto dell'art. 362 cod. comm., ed avrà il privilegio sul prezzo: egli non può quindi ricusare il suo consenso alla rivendita, quando il committente acconsente di rilasciare in sue mani sul prezzo a ricavarsi una somma corrispondente a quella dei suoi crediti, salvo liquidazione dei medesimi (App. Genova, 16 luglio 1888, *Clément* c. *Ghio*: *Eco Gen.* 1888, 209). Per venire alla esatta conclusione finale, non vi era bisogno di partire dalla erronea premessa che al commissionario non spetta il diritto di ritenzione sull'immobile acquistato per conto del committente; essendo generale il diritto di privilegio, è generale il diritto di ritenzione su qualunque genere di cose. Era il caso in quella vece di affermare che quando al commissionario sono date sufficienti cautele, egli non può rifiutare queste per esercitare il diritto di ritenzione, e che sufficiente cautela era il rilascio in sue mani della parte di prezzo.

(4) Art. 362, cap. Iº, cod. comm.; App. Venezia, 15 febbraio 1875, *Zecchin* c. *Pollexfen* (*Eco Trib.*, 1875, 587). Le legislazioni straniere tacciono sul grado del privilegio, ad eccezione della legge olandese 4 luglio 1874 art. 80, la quale stabilisce che il privilegio del commissionario vince tutti gli altri, ad eccezione delle spese di giustizia.

(5) App. Genova, 15 febbraio 1867, *Danovaro* c. *Drasconich e Regolini*, citato.

81. La legge francese 3 maggio 1863 (1), e la legge belga 5 maggio 1872 (2), conformemente agli articoli 73 e 76 del codice italiano del 1865 ed agli articoli 435 e 439 del progetto preliminare, non stabiliscono alcun procedimento speciale per l'esercizio del privilegio competente al commissionario (3); in quella vece il codice germanico (4) e la legge olandese 14 luglio 1874 (5) dispongono che la vendita delle cose sulle quali il commissionario esercita i suoi diritti deve essere autorizzata dal giudice di commercio, e della domanda e della autorizzazione deve essere avvertito il committente appena sia possibile. Il progetto definitivo del codice di commercio italiano ed il codice adottarono il sistema del procedimento speciale, distinguendo il caso in cui il committente sia fallito, dal caso in cui non lo sia.

Dato che ci siano tutte le condizioni volute dalla legge acciò il privilegio esista, nel caso di fallimento del committente l'art. 362, capoverso 4°, codice di commercio dispone che il privilegio del commissionario sulle cose comperate per conto del committente stesso, si esercita secondo le disposizioni del capo III, titolo IV, libro III detto codice. Di qui ne viene che, in caso di fallimento del committente, il commissionario sul prezzo delle cose comprate ha tutti i diritti che competono al venditore. La legge non fa parola relativamente all'esercizio del privilegio sugli altri crediti del commissionario verso il committente fallito; ma evidentemente in tale caso va applicato quanto è disposto nel capo I, titolo IV, libro III del codice di commercio; il commissionario è nella posizione di qualunque altro creditore privilegiato, e deve fare tutto ciò che da qualunque altro creditore privilegiato deve essere fatto (6). Se nell'esercizio del privilegio sulle cose il commissionario non è intieramente pagato del suo avere, ha diritto di essere ammesso al passivo del fallimento, quale creditore chirografario, per la differenza di cui risultasse creditore (7). Sicchè puossi affermare che il procedimento speciale dalla legge stabilito, non è ammesso che nel caso in cui il committente non sia fallito.

Per esercitare il suo privilegio il commissionario deve far notificare al committente la nota delle somme che gli sono dovute, con intimazione di fare il pagamento entro tre giorni, e coll'avvertimento che in difetto si procederà alla vendita delle cose soggette a privilegio (8). Il committente può fare opposizione con citazione ad udienza fissa, notificata entro lo stesso termine (9). Se il committente non ha residenza o domicilio eletto nel mandamento di residenza del commissionario, il termine per fare opposizione è di giorni quattro se risiede in mandamento limitrofo, di giorni sei se risiede in mandamento non limitrofo ma compreso nella giurisdizione dello stesso tribunale civile, di giorni dieci se risiede in giurisdizione limitrofa di tribunale o nella giurisdizione della stessa Corte di appello, di giorni venti se risiede in giurisdizione non limitrofa di tribunale nè nella giurisdizione di Corte d'appello limitrofa, di giorni venticinque se risiede nella giurisdizione di Corte di appello non limitrofa, di giorni quaranta se risiede in uno Stato limitrofo all'Italia, di giorni novanta se risiede in uno Stato non limitrofo, ma in Europa, di giorni centottanta se risiede in uno Stato fuori di Europa (10).

L'opposizione deve esser fatta davanti il pretore od il tribunale del luogo di residenza del commissionario (11) a seconda che il credito pel quale il commissionario procede è inferiore o superiore alle lire 1500. Trascorso il termine o rigettata l'opposizione, il commissionario può senza altre formalità far vendere le cose, oggetto del privilegio, al pubblico incanto, ed anche al prezzo corrente se le cose hanno un prezzo di borsa o di mercato, col mezzo di un pubblico ufficiale autorizzato a tale specie di atti (12). Questo procedimento è applicabile si tratti di cose mobili od immobili; ma, se prima che il commissionario sia autorizzato a procedere alla vendita, altri creditori del committente procedano ad atti esecutivi sulle cose sulle quali il commissionario ha privilegio, il commissionario non ha punto facoltà di giovarsi del procedimento speciale autorizzato dall'art. 363 codice di commercio nella parte che concerne la vendita; il procedimento esecutivo deve seguire il suo corso ordinario a termini del codice di procedura civile; il codice di commercio suppone che il commissionario si trovi da solo di fronte al committente, quando altri creditori esercitano il diritto loro riconosciuto dall'art. 1948 codice di commercio, il commissionario si trova in rapporto cogli altri creditori procedenti, e però divengono applicabili le norme relative al concorso dei creditori, norme alle quali non fu punto derogato dal codice di commercio. Sul ricavato della vendita il commissionario preleva quanto gli spetta, ed il rimanente va depositato per conto del committente, o distribuito fra gli altri creditori.

Il procedimento speciale viene seguito quando il commissionario è in Italia, ed in Italia si trovano le cose sulle quali si intende esercitare il privilegio, dal momento che le forme degli atti da farsi per l'esercizio e la conservazione dei diritti che derivano da una obbligazione commerciale e per la loro esecuzione, sono regolate dalla legge del luogo ove si fanno o si eseguiscono gli atti suddetti (13). Se il commissionario è all'estero, e le cose sulle quali intende esercitare il privilegio sono in Italia, saranno validi in Italia gli atti fatti all'estero a termini della legge e degli usi mercantili aventi forza di legge nel luogo ove gli atti furono fatti, e potranno essere eseguiti in Italia nelle forme volute dagli art. 363, cap. III, e 68, cap. I, cod. comm., previo procedimento di delibazione; delibazione che dovrà essere ac-

(1) Art. 95.

(2) Art. 14.

(3) Epperò sotto l'impero del codice del 1865 l'App. di Genova rettamente giudicava che il commissionario che a sè fece intestare la polizza di carico ha diritto di cedere ad altri la polizza stessa per rimborsarsi delle fatte anticipazioni (6 aprile 1877, *Solari* c. *Ghio*: *Ero gen.*, 1877, 160). Questo principio sarebbe erroneo oggi avendo il vigente codice stabilito un procedimento speciale per l'esercizio del privilegio.

(4) Art. 375.

(5) Art. 82, 83.

(6) Vedi App. Milano, 21 luglio 1876, *Pratolongo e Risch* c. *Finanze* (*Giur. it.*, 1876, 937).

(7) App. Genova 4 maggio 1875, *Raggio e Fallimento Forte* c. *Dall'Orso* (*Giur. it.*, 1875, 788).

(8) Art. 363, I p., cod. comm.

(9) Art. 363, cap. I, cod. comm.

(10) Art. 363, cap. II, cod. comm., 147, 1ª parte, nn. 3, 4, 5 e cap., 148, 1ª parte, nn. 4, 5, 150 cod. proc. civ.

(11) Confr. art. 363 cap. II cod. comm. comb. con art. 147 codice proc. civ. Vedi App. Genova, 10 giugno 1895, *Valensin* c. *Di Bartolo* (*Foro it.* 1895, 851).

(12) Art. 363, cap. III, e 68, cap. I, cod. comm. V. App. Genova, 27 febbraio 1871, *Fascina e Chirico* c. *Wild* (*Giur. it.*, 1871, 133); Cass. Torino, 26 aprile 1881, *Chirico* c. *Wild* (*Foro it.*, 1881, 620).

(13) Art. 58 cod. comm.

cordata anche se il committente non sia stato citato, quando a lui sia stata notificata la nota dei crediti, pei quali il commissionario intende procedere, e conformemente alle disposizioni delle leggi straniere sia stato posto in condizione di opporsi, volendo, alla nota stessa: riconosciuto che in questa materia non vi è necessità della citazione per il procedimento che segue in Italia, non si può pretendere la citazione pel procedimento che segue all'estero. Se il commissionario è in Italia, e le cose all'estero, saranno validi in Italia gli atti fatti conformemente alla legge italiana, ma la possibilità della loro esecuzione sulle cose esistenti all'estero è subordinata alle disposizioni della legge straniera al riguardo, e sempre l'esecuzione deve avvenire in conformità alle disposizioni di questa legge (1).

Va da sè, quantunque non espressamente dichiarato nell'ultimo capoverso dell'art. 362 codice commerciale, che quando il privilegio si esercita sul prezzo, il commissionario, senza uopo di seguire procedimenti speciali si rimborsa sul prezzo che esiste nelle sue mani, trattenendo quanto è l'importare del suo avere.

82. La commissione può essere stata conferita da più persone: per questo caso nulla è disposto dalla legge commerciale, ma disponendo l'art. 1756 codice civile che se il mandato è stato conferito da più persone per un affare comune, ciascuna di esse è tenuta in solido verso il mandatario per tutti gli effetti del mandato, non vi può esser dubbio che più committenti sono tenuti in solido verso il commissionario quando l'affare della trattazione del quale il commissionario è stato incaricato è fra loro comune. Ma se più persone anche collo stesso atto dànno una commissione per affari non comuni, l'obbligazione non è solidale, ma esistono tante obbligazioni quanti sono i singoli affari che al commissionario vengono affidati.

Capo V. — **Rapporti coi terzi.**

83. Rapporti coi terzi indipendenti dal contratto concluso dal commissionario. — 84. Rapporti coi terzi in dipendenza del contratto concluso dal commissionario, sorgono esclusivamente tra commissionario e terzo. — 85. Azioni derivanti da colpa contrattuale. — 86. Irrilevanza della rivelazione del nome del committente. — 87. Contratto per persona da nominare. — 88. Fra committente e terzo non vi è l'azione di gestione di negozio. — 89. Nemmeno l'azione di utile versione: fatti posteriori che possono far sorgere tale azione. — 90. Rapporti diretti fra committente e terzo. — 91. Rapporti che sorgono in seguito al fallimento del committente, del commissionario o del terzo.

83. La legge in materia di commissione si occupa in modo speciale soltanto dei rapporti fra committente e commissionario ed il terzo col quale il commissionario ha trattato; ma lo studio di ciò che concerne la commissione non sarebbe completo se non venissero studiati anche altri rapporti coi terzi indipendenti dal contratto conchiuso dal commissionario con colui col quale trattò l'affare.

Anzitutto è la legge stessa che all'art. 434, cap. I, codice di commercio si occupa del fatto o colpa del committente e del commissionario che cagionò la perdita delle cose assicurate od il danno alle cose stesse; di fronte all'assicuratore, per ciò che concerne il fatto o colpa che cagiona la perdita od il danno, committente e commissionario costituiscono una sola persona, sia stata fatta l'assicurazione da uno o da altro di loro; l'assicuratore non risponde della perdita e dei danni derivati da fatto o colpa del committente o commissionario dell'assicurato (2).

Il commissionario nella esecuzione dell'incarico può incorrere in una colpa extracontrattuale. Il commissionario è un mandatario del committente, ma un mandatario che agisce in proprio nome, che pone dinanzi ai terzi esclusivamente la propria personalità; non è una di quelle persone poste sotto la dipendenza di un'altra e per la colpa extracontrattuale delle quali quest'ultima deve rispondere. Per la colpa extracontrattuale, nella quale incorre, il commissionario impegna esclusivamente la responsabilità propria, non mai quella del committente (3), salvo che quest'ultimo gli avesse dato incarico di porre in essere il fatto colposo, chè allora anche egli dovrebbe rispondere in solido col commissionario, non già in forza dei princìpî relativi alla commissione ma in forza del principio della corresponsabilità solidale che esiste per più autori di un delitto o quasi-delitto (4).

I terzi possono incorrere in colpa extracontrattuale a danno del commissionario o del committente, o di ambedue. Nel primo caso il diritto di agire pei danni risentiti spetta esclusivamente al commissionario; se il danno fu risentito solo da lui e non già dal committente, a quest'ultimo non può spettare l'azione di risarcimento. Al committente, invece, spetta l'azione di risarcimento nel secondo caso, e può esercitarla personalmente e direttamente contro l'autore del fatto dannoso, dal momento che il disposto dell'art. 381, capoverso, codice comm., come si vedrà ben presto, concerne i rapporti con quel terzo col quale il commissionario ha trattato l'affare, non già i rapporti che dalla trattazione dell'affare sono indipendenti. Però non si può negare al commissionario veste per agire anche in questo caso per conto del committente, in seguito alla rappresentanza del committente che dal commissionario è assunta, e pel fatto che il commissionario di fronte ai terzi pone avanti la propria personalità per tutto ciò che direttamente od indirettamente ha riferimento alla trattazione dell'affare. Il terzo caso va regolato coi princìpî posti pel primo e pel secondo caso.

Pria di lasciare questa materia è opportuna una osserva-

(1) Ciò era dichiarato espressamente nel progetto preliminare art. 438, conformemente all'art. 75 del cod. del 1865 ed agli art. 94 cod. francese, 95, ult. cap., legge francese 13 maggio 1863, 169 cod. spagnuolo, 49 cod. portoghese, 15 legge belga 6 maggio 1872, 85 legge olandese 14 luglio 1874.

(2) Vedi, in questa Raccolta, alla voce **Assicurazione**, 388.

(3) Chironi, *Colpa extracontrattuale* (Tor. 1887) nn. 195-197. L'App. di Trani 13 dic. 1877, *Giustiniani* c. *Bayli (Riv. di giur.* Trani, 1877, 129), decise che il commissionario non è tenuto verso i terzi dei danni cagionati per sua colpa nell'eseguire un trasbordo, quando consta che egli agì a nome di un committente determinato. A parte se sia o no esatto affermare che il mandatario non è responsabile dei danni che cagiona ai terzi per colpa extracontrattuale, non essendo questo argomento del quale ci si possa occupare alla presente voce, e pur supposto che il principio stesso sia esatto; nel caso deciso dalla Corte di Trani non si tratta di commissionario ma di mandatario, che col nome di commissionario veniva denotato dalla legge in allora imperante, e però il principio ammesso da quella decisione non può affermarsi contrario al principio affermato nel testo.

La parola *committente*, che si legge nell'art. 1153, III cap., cod. civ., ha un significato assolutamente diverso da quello che ha la parola stessa relativamente al contratto di commissione. Il nome *committente* che si legge nell'art. 1153 è correlativo a *commesso* ed il commissionario non è un *commesso*.

(4) Vedi alla voce **Azione di danni.**

zione. Come si è veduto al n° 49, se il commissionario ha verso la stessa persona crediti dipendenti da operazioni diverse fatte per conto di più committenti, e nel caso di pagamento non indica nei suoi libri il credito per cui il pagamento viene fatto, il pagamento viene imputato proporzionalmente a ciascun credito (1). Con ciò non si generano rapporti fra i diversi committenti; ciascun committente viene a trovarsi per questo pagamento creditore del commissionario di una quota proporzionale all'importare del suo credito, senza che possa minimamente ingerirsi in ciò che può essere intervenuto fra il commissionario e gli altri committenti.

84. Come si disse, i rapporti coi terzi, dei quali la legge si occupa in modo speciale, sono quelli derivanti dal contratto intervenuto fra commissionario e terzo, ed è dei principî relativi a tale classe di rapporti che ora importa fare l'esposizione.

È della essenza del contratto di commissione che pei rapporti che sorgono in seguito alla trattazione dell'affare con colui col quale l'affare fu trattato, il commissionario sia direttamente (2) obbligato verso quest'ultimo (3), e che conseguentemente il committente non abbia azione verso la persona colla quale il commissionario ha contrattato, nè questo abbia azione contro il committente (4); il momento, che distingue nei suoi effetti l'esecuzione del contratto di commissione dalla esecuzione del contratto di mandato, è appunto questo non intervento del mandante-committente nei rapporti fra mandatario-commissionario e le persone colle quali il contratto fu concluso per conto del mandante (5). Questo principio si trova esplicitamente affermato nell'articolo 381 codice di commercio: « Il commissionario è obbligato direttamente verso le persone colle quali ha contrattato come se l'affare fosse suo. Il committente non ha azione verso le persone colle quali il commissionario ha contrattato nè queste hanno azione verso il committente ». Epperò fu rettamente giudicato che:

1° Il commissionario, a differenza del procuratore, contrae una obbligazione tutta propria verso la persona colla quale contratta (6).

2° Colui che agisce in proprio nome, anche ritenuta la preposítura, non obbliga il preponente (7).

3° Il commissionario commerciale, a differenza del procuratore e del mandatario, resta obbligato direttamente con colui col quale ha contrattato (8).

4° Per la natura rispettiva del mandato commerciale e della Commissione, chi ha trattato col mandatario non ha azione diretta contro colui ma solo contro il mandante, nel mentre il commissionario è obbligato direttamente verso le persone colle quali ha contrattato come se l'affare fosse suo (9).

5° Il commissionario è responsabile direttamente verso colui col quale ha contrattato come se l'affare fosse suo (10).

6° Nei contratti fatti per commissione, il terzo col quale il commissionario ha contrattato non ha azione diretta contro il committente, ma contro il commissionario (11).

7° Chi contratta con un commissionario il quale agisce in proprio nome, sebbene per conto altrui, non contrae alcun rapporto giuridico con colui per conto del quale il commissionario ha contrattato (12).

L'art. 560 codice di commercio fa una applicazione speciale di questo principio al caso di commissionario che riceve la cosa indicata nella polizza di carico o nel contratto di noleggio; a termini dell'articolo stesso è il commissionario che deve dare al capitano, che la domandi, ricevuta della cosa stessa.

Il commissionario può non trattare l'affare direttamente col terzo interessato, ma con un commissionario di questi. In questo caso i rapporti giuridici che sorgono in seguito al contratto concluso fra commissionari si svolgono esclusivamente fra loro in modo che uno dei committenti non ha azione diretta nè contro l'altro committente, nè contro il commissionario di questo, ed uno dei commissionarii non ha azione diretta verso il committente dell'altro (13): l'articolo 381 codice commerciale è troppo chiaro perchè possano sorgere dubbi sulla sua applicazione a questi casi.

Al n. 70 si è veduto che il commissionario può sostituire a sè altri nella esecuzione dell'incarico, sia come mandatario, sia come commissionario suo.

I casi nei quali il commissionario ha facoltà di sostituire non entrano nella presente disamina, perchè fatta la sostituzione che era stata autorizzata, il commissionario è posto fuor di causa, ed il sostituto è il diretto mandatario o commissionario del committente. Nella presente disamina non entrano che i casi nei quali il commissionario non avendo facoltà di sostituire, colla sostituzione il commissionario continua ad essere obbligato verso il committente. Che in questi casi il mandatario o commissionario del commissionario abbia azione diretta verso il committente, è da escludersi: il mandatario del mandatario non ha mai azione diretta verso il mandante. Ma può dirsi lo stesso del committente verso il mandatario o commissionario del commissionario? La ragione del dubbio sorge dacchè l'articolo 1748, capoverso, codice civile, dispone che nei casi di sostituzione fatta dal mandatario, il mandante può direttamente agire contro la persona che venne sostituita dal mandatario. Ma il dubbio viene tolto dal capoverso dell'articolo 381 codice commerciale, il quale a termini dell'articolo 1 codice stesso ha la prevalenza sul codice civile. L'articolo 381, capoverso, codice commerciale non distingue fra contratto e contratto che

(1) Art. 382 cod. comm.

(2) L'art. 402 del progetto preliminare diceva anche *esclusivamente*, ma tale parola era un pleonasmo, se subito dopo si diceva che « il terzo non ha azione verso il committente », epperò non fu riprodotta nè nel progetto definitivo nè nel codice.

(3) Art. 118 cod. spagnuolo, 42 cod. portoghese, 77 cod. olandese, 166 cod. brasiliano, 337 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay, 360 cap. I cod. germanico.

(4) Art. 43 cod. portoghese, 78 cod. olandese, 166 cod. brasiliano, 337 cod. di Buenos-Ayres e dell'Uruguay.

(5) Vedi retro n. 18.

(6) Trib. di comm. di Messina, 15 luglio 1873, *Brenot* c. *Calindo* (*Tem. Zanclea*, 1873, 37).

(7) Cass. Napoli, 3 agosto 1895, *Ditta Lubalma* c. *Attanassio* (*Gazz. Proc.*, X, 355).

(8) Cass. Roma, 10 luglio 1877, *Sagripanti* c. *Moscato* (*Legge*, 1877, 1, 833).

(9) App. Genova, 22 gennaio 1886, *Fritz* c. *Galiano* (*Eco Gen.*, 1886, 38).

(10) App. Trani, 15 giugno 1881, *De Nittis* c. *Dumeil Leblé*, (*R. di giur.* Trani, 1881, 686).

(11) Cass. Torino, 30 giugno 1887, *Balestra* c. *Ricci* (*Giur. tor.*, 1887, 656).

(12) App. Genova, 25 marzo 1893, *Campanaro* c. *Guirel* (*Temi Gen.*, 1893, 252).

(13) Cass. Torino 1° dicembre 1888 (*Giur. It.*, 1889, 283).

al momento dell'ordinanza che accorderà la commissione rogatoria, a scegliere un domicilio nel luogo della residenza del giudice. A questo domicilio sarà notificata la intimazione per assistere all'audizione del testimone. In mancanza di elezione di domicilio, nessuna intimazione sarà richiesta (articolo 213).

b) Zurigo. — Sono stabilite alcune norme circa le relazioni delle Autorità giudiziarie fra loro e con le Autorità straniere nel codice di procedura civile. Le norme sono le seguenti:

Di regola, e in quanto le leggi federali o le convenzioni internazionali non dispongano altrimenti, è ammessa la corrispondenza diretta anche coi tribunali stranieri. Le Autorità però, nei casi dubbi, devono chiedere istruzioni alle Autorità superiori (§ 124). La corrispondenza col Consiglio federale e con le Autorità governative degli altri cantoni, o di Stati esteri, ha luogo, salvo speciali convenzioni di Stato, col mezzo del Consiglio governativo (§ 125).

15. Nella Spagna, le commissioni rogatorie provenienti dall'estero devono essere eseguite, per quanto sarà possibile ed in tutto il loro contenuto, conformemente alle leggi, quando le richieste vengono trasmesse dal Ministro di Stato nelle forme e nelle condizioni abituali. Le commissioni rogatorie per l'estero devono essere trasmesse al Ministro (R. decreto, 17 novembre 1852, art. 34; completato dalla legge 4 luglio 1870).

16. Nella Serbia è regolata la materia delle commissioni rogatorie nei rapporti tra i tribunali del paese (1). Ma nessuna disposizione legislativa è stabilita circa i rapporti internazionali. Però, nella pratica, i tribunali serbi si prestano costantemente alle commissioni rogatorie loro deferite dalle autorità straniere. La commissione rogatoria è inviata alla legazione del paese accreditata presso il governo serbo; la legazione la trasmette al ministro degli affari esteri di Serbia, il quale la fa pervenire all'autorità giudiziaria locale. I medesimi organi funzionano per la trasmissione dei documenti relativi alla esecuzione della commissione rogatoria perchè i medesimi possano giungere sino all'Autorità richiedente.

17. Nei rapporti tra gli Stati Uniti ed i paesi esteri circa l'istituto delle commissioni rogatorie, occorre distinguere la situazione come si trovava fino al 1855 e la situazione nuova creatasi posteriormente (2). La pratica in uso venne riconfermata nello svolgimento della giurisprudenza, ed altre regole si stabilirono in virtù della legge 3 marzo 1863 (3). Conseguentemente, può dirsi che in linea generale si è adottato l'istituto delle commissioni rogatorie così come nei diversi altri paesi; la differenza è rimasta soltanto per la procedura, essendo le modalità praticate agli Stati Uniti informate a criteri particolari (4).

18. Nel diritto peruviano le commissioni rogatorie sono indicate con le parole seguenti: *Eschortot, Requisitorias, Cartas de justicia.* Si osservano, per la trasmissione di una commissione rogatoria, le formalità seguenti:

La commissione è indirizzata alla legazione straniera accreditata presso il governo del Perù. Questa legazione la invia al ministro degli affari esteri peruviano; e quest'ultimo la trasmette al giudice che deve darvi esecuzione. Le medesime formalità e le medesime procedure si osservano per dare corso al ritorno dei documenti riguardanti la commissione rogatoria eseguita.

Le commissioni indirizzate dal Perù all'estero sono rogatorie denominate « supplicatories », cioè « non imperative », sopra carta bollata e portanti il timbro dell'Autorità giudiziaria che le spedisce. Esse sono firmate dal presidente della sezione della corte o dal giudice da cui emanano; sono autenticate, « autorizadas », secondo i casi, dal segretario della Corte o dallo scrivano della causa. La formola è così redatta: « in nome della nazione, la Corte di.... » o « il Governo di.... ». In seguito viene un riassunto delle *questioni proposte*, e si aggiunge la copia dei documenti allegati. Il tutto termina con la preghiera che si compia e si esegua ciò che è richiesto. Le commissioni rogatorie sono rilasciate

(1) G. Paylowitsch, *De la condition juridique des étrangers en Serbie* (*Journal du droit international privé*, 1884, p. 149).

(2) Anteriormente all'atto del 2 marzo 1855, mancando una legge, si usava la pratica seguente. — Se, in una causa pendente dinanzi ad una Corte americana si rendeva necessario procedere, in paese estero, ad un atto d'istruzione, i giudici incaricavano di quest'atto uno o parecchi, fra' loro connazionali che si trovavano accidentalmente in detto paese estero, od anche qualcuno dei cittadini che volesse accettare tale compito, autorizzandoli a ricevere il giuramento dei testimoni sopra interrogatorii che erano loro inviati a questo effetto. Era questa una maniera di procedere che poteva menare a qualche risultato efficace nel solo caso che i testimoni da udirsi e le persone da esaminarsi vi si prestassero volontariamente.

Nell'atto del 2 marzo 1855 si stabilì che, quando una lettera rogatoria fosse stata diretta da una Corte estera ad una delle Corti di circuito degli Stati Uniti ed un commissario americano fosse stato nominato da questa Corte per udire testimoni designati nella lettera rogatoria, questo commissario avrebbe avuto il potere di far comparire i testimoni per deporre innanzi a lui nella stessa maniera che se essi fossero stati costretti a comparire ed a deporre innanzi alla Corte.

(3) Le Autorità giudiziarie degli Stati Uniti d'America non possono essere richieste dai tribunali esteri per fare procedere all'interrogatorio di testimoni se non nelle cause in cui si tratta di chiedere la riscossione di somme in monete od in altri valori (*insuits for the recovery — of money or property —*) ed in cui il Governo dello Stato richiedente interviene come parte in causa e sembra interessato sotto un qualsiasi titolo. Le commissioni rogatorie, che loro si trasmettono per questo scopo, devono essere indirizzate al tribunale dello Stato (*circuit Court*) od a quello del distretto (*district Court*) degli Stati Uniti, in cui ha residenza o domicilio la persona che dev'essere interrogata. In fine della domanda devesi inserire una formola, secondo cui si domanda la nomina di un mandatario incaricato di raccogliere le deposizioni volute. Si può designare anche nella Commissione rogatoria, come mandatario (*commissioner*), il cancelliere del tribunale richiesto, essendo questi funzionarii competenti agli Stati Uniti per ricevere le deposizioni (Leg. 3 marzo 1863, sezioni 4071 a 4074 degli statuti riveduti).

In tutti gli altri casi (e per conseguenza particolarmente in materia penale) gli Stati esteri sono costretti ad incaricare la loro legazione a Washington od i loro consolati di vegliare perchè le Commissioni rogatorie siano eseguite per mezzo degl'interessati in causa. Queste sono allora eseguite dagli stessi agenti stranieri o da un notaio pubblico o da qualunque altra persona di fiducia da loro delegata a questo effetto. Quanto a fare eseguire le Commissioni rogatorie per mezzo del Ministero degli affari esteri (*department of State*) non vi si può pensare in verun caso.

Siccome le Commissioni dirette agli Stati Uniti devono essere tradotte in inglese, bisogna vegliare perchè siano tutte accuratamente redatte (Informazioni date dal Consiglio federale svizzero nel 1888: *Journal du droit international privé*, 1889, 748).

(4) Lawrence, *Commentaires*, t. III, p. 417; Phillimore, *Commentaires upon international law*, t. IV, p. 691.

sulla domanda delle parti nelle cause civili. Le stesse commissioni rogatorie sono inviate al Ministro degli affari esteri peruviano, perchè questo funzionario le trasmetta al ministro degli affari esteri del paese, in cui le commissioni devono essere eseguite. Queste trasmissioni da Ministero a Ministero si praticano per mezzo dell'agente diplomatico del Perù, e per mezzo dell'agente diplomatico di una potenza amica, allorquando non havvi legazione peruviana accreditata all'estero. Le disposizioni accennate desunte dalle leggi di procedura sono completate dalle disposizioni inserite nelle convenzioni conchiuse coi diversi Stati esteri (1).

Capo III. — **Legislazione italiana.**

19. Periodo anteriore alla unificazione politico-legislativa. — 20. Sistema legislativo adottatosi nel periodo della codificazione delle leggi di procedura civile. — 21. Commissioni rogatorie nei rapporti fra le Autorità italiane. — 22. Commissioni deferite dai tribunali italiani ai tribunali esteri. — 23. Commissioni rogatorie provenienti dall'estero. — 24. Esecuzione domandata direttamente dalle parti interessate. — 25. Esecuzione domandata direttamente dall'Autorità giudiziaria straniera. — 26. Procedimento dinanzi la Corte di appello. — 27. Della richiesta proveniente dall'estero in via diplomatica. — 28. Citazioni e notificazioni di atti giudiziali. — 29. Necessità di considerare le disposizioni legislative subordinatamente alle disposizioni stabilite nei trattati internazionali.

19. Sulle tradizioni del diritto romano e del diritto canonico, nei diversi Stati della penisola, nell'epoca antecedente alla unificazione politico-legislativa, si riconosceva la pratica delle commissioni rogatorie. Vi erano anche alcune disposizioni legislative, le quali erano completate da particolari convenzioni internazionali.

a) Sardegna. — L'uso delle commissioni o lettere rogatorie era generalmente ammesso negli antichi Stati Sardi (2). La legislazione era completata dai trattati che il Governo avea conchiuso non solo con la Francia (3), ma anche coi Governi di altri Stati italiani (4).

b) Due Sicilie. — Il sistema legislativo francese informava anche la legislazione del regno delle Due Sicilie (5).

c) Stati della Chiesa. — Non vi erano disposizioni dettagliate nelle leggi degli Stati Pontificî così come nei regni di Sardegna e delle Due Sicilie; ma vi si trovavano alcune norme informate al tipo legislativo francese (6).

20. Nella unificazione delle leggi di diritto giudiziario civile, avvenuta in seguito alla unificazione politica, si è disciplinato legislativamente l'istituto delle commissioni rogatorie nei suoi varî aspetti. Si sono stabilite alcune norme dirette a regolare i rapporti così fra le autorità italiane come fra queste e le autorità straniere. Inoltre si è riconosciuta la influenza, che nei rapporti fra le Autorità di paesi diversi devono spiegare i trattati particolari conchiusi fra i rispettivi Governi.

A dirimere qualsiasi dubbio ed a togliere qualunque incertezza sull'obbligo delle autorità giudiziarie italiane di ottemperare alle commissioni rogatorie provenienti dall'estero, l'obbligo stesso è stato legislativamente riconosciuto. E questa è appunto la portata delle disposizioni degli art. 945, 946 e 947 del cod. di proc. civ.

21. Quando il luogo, in cui si deve eseguire la prova, sia distante da quello, in cui siede l'autorità giudiziaria avanti la quale pende la causa, si può delegare il pretore. Se la prova si debba eseguire nella giurisdizione di altra autorità giudiziaria, si può richiedere questa di delegare uno dei suoi giudici, o di commettere direttamente il pretore del mandamento, in cui la prova deve farsi (cod. proc. civ., art. 208 in pr. ed alin. 1°).

Le richieste da uno ad altro tribunale dello Stato si fanno nella sentenza, che prescrive la richiesta operazione, o per lettere requisitorie sottoscritte dal presidente e dal cancelliere (regol. giudiz., art. 301).

22. Nella legislazione è riconosciuto il potere nei magistrati italiani di deferire commissioni rogatorie alle Autorità giudiziarie straniere, allorquando si deve raccogliere una prova relativa ad una causa pendente in Italia.

La richiesta è fatta secondo le norme in uso nei rapporti diplomatici. In questo senso è stabilita la disposizione di legge: « Se la prova debba eseguirsi fuori del regno, la richiesta deve farsi nelle forme stabilite dal diritto internazionale » (7).

23. Ammessa in principio la esistenza dell'obbligo del magistrato italiano di ottemperare alle commissioni provenienti dall'estero, si fissano i criterî riguardanti i limiti entro i quali può aggirarsi la commissione, la natura dell'atto in cui deve trovarsi racchiuso l'ordine del magistrato straniero, l'autorità competente italiana, il procedimento da tenersi secondo il modo con cui la richiesta sia fatta, la esecuzione della commissione medesima.

Le commissioni rogatorie concernono sempre il raccoglimento di una prova relativa all'istruzione di una causa; quindi la richiesta può riguardare esami di testimoni, perizie, giuramenti, interrogatorî od altri atti d'istruzione da farsi nel regno (cod. di proc. civ., art. 945, in princ.).

La commissione deve essere racchiusa in un atto che attesta essere la richiesta medesima un'emanazione di una autorità giudiziaria e non di una *qualsiasi* autorità straniera; sicchè non è ammessa la rogatoria che provenisse da un'autorità amministrativa; deve conseguentemente trovarsi racchiusa in una sentenza od in un provvedimento (cioè in una ordinanza od in un decreto) di autorità giudiziaria straniera (cod. di proc. civ., art. 945, in pr.).

A decidere quale delle Corti di appello italiane debba, nella specie, essere adita, deve tenersi presente il sito del territorio dello Stato italiano, in cui l'atto istruttorio deve espletarsi; conseguentemente devesi adire la Corte, nella cui circoscrizione si trovano le parti da sottoporre ad inter-

(1) Pradier-Fodéré, *De la condition légale des étrangers au Pérou* (*Journal du droit international privé*, 1879, p. 266).

(2) Leggi e costituzioni in materia di procedura pubblicatesi nel 1770 (lib. III, tit. 18, art. 2). Vi si racchiudeva una disposizione analoga a quella dell'articolo 255 del codice francese. Le Corti superiori sarde indirizzavano commissioni alle Corti superiori dei paesi esteri ed eseguivano le commissioni che ricevevano dalle autorità straniere (Costituzioni, lib. II, tit. III, art. 13). Vedi Mansard, *Du droit d'aubine et des étrangers en Savoie*, t. I, § 402 e seg., § 428 e seg., § 458 e seg.

(3) Trattato 24 marzo 1760. — Vedi il capitolo V di questa voce nella enunciazione dei trattati del regno d'Italia.

(4) Mansard, Op. cit., t. II, § 1005.

(5) Cod. di proc. civ., art. 350, 361 e 1112. — L'art. 16 del cod. di comm. francese era riprodotto nell'art. 16 del cod. di commercio delle Due Sicilie.

(6) Nel regolamento provvisorio per il commercio negli Stati della Chiesa (art. 15) era riprodotta la disposizione dell'art. 16 del cod. di comm. francese.

(7) Cod. di proc. civ., art. 208, 1° alinea.

rogatorio, i testimoni da esaminare, i fondi da periziare. Se le parti, i testimoni ed i fondi si trovano situati in circoscrizioni di diverse Corti di appello, allora si può adire una delle Corti, in cui si trova una delle parti, uno dei testimoni, uno dei fondi; e la stessa Corte adita richiederà l'altra Autorità giudiziaria sedente in altro sito del territorio dello Stato; e questo potere la Corte l'ha in base alla disposizione dell'art. 908 codice di procedura civile.

L'Autorità italiana competente a rendere esecutiva la commissione è la Corte d'appello del luogo in cui si deve procedere a quella qualsiasi prova indicata nella richiesta (cod. di proc. civ., art. 945, in pr.).

Circa il procedimento da tenersi, sono previste le diverse ipotesi, cioè: *a*) o l'opera diretta delle parti interessate nel giudizio; *b*) o la corrispondenza diretta delle Autorità giudiziarie; *c*) o la corrispondenza trasmessa in via diplomatica. Secondo le diverse circostanze sono stabilite regole speciali.

24. Se l'esecuzione sia domandata direttamente dalle parti interessate, l'istanza si propone con ricorso alla Corte e vi si unisce copia autentica della sentenza o del provvedimento che ordinò gli atti richiesti (cod. di proc. civ., art. 945, alinea 1°).

In questa ipotesi la parte interessata a fare eseguire la commissione presenta innanzi alla Corte di appello una istanza nelle forme d'un ricorso firmato da un procuratore o da un avvocato esercente davanti detta Corte (cod. di proc. civ., art. 50).

25. Se l'esecuzione sia domandata dalla stessa Autorità giudiziaria straniera, la richiesta deve trasmettersi nelle vie diplomatiche, senza necessità di unirvi la copia della sentenza o del provvedimento (cod. di proc. civ., articolo 945, alinea 2). In questa ipotesi, trattandosi di comunicazione diretta fra le Autorità giudiziarie dei due paesi la trasmissione deve farsi per mezzo dei ministri di grazia e giustizia e degli affari esteri dei due Stati, cui le Autorità giudiziarie delegante e delegata rispettivamente appartengono.

Se nella legge è detto che non è necessaria l'allegazione della copia della sentenza o del provvedimento dell'Autorità giudiziaria estera, ciò si spiega perchè si presume che, avvenendo *ufficialmente* la richiesta, in essa si trovi la riproduzione per sunto o la trascrizione integrale del documento, cui si riferisce l'atto istruttorio da espletarsi. Ma, nella mancanza del documento, certo la Corte non potrà decidere; conseguentemente la Corte stessa avrà la facoltà di chiedere preliminarmente che in giudizio sia prodotto il documento, e dovrà all'uopo indirizzare una domanda al Ministero, ovvero dovrà ordinare alla parte interessata che si rendesse diligente ad esibire il documento.

26. La sentenza od il provvedimento delle Autorità giudiziarie straniere contenenti la commissione è resa esecutiva dalla Corte di appello con semplice decreto; sicchè non si procede in via contenziosa, ma si decide dalla Corte sopra il ricorso di una parte senza citazione dell'altra. La Corte delibera in Camera di consiglio, sentito il Pubblico Ministero (cod. proc. civ., art. 945, in pr., alinea 3°, art. 50).

L'intervento del Pubblico Ministero prescritto nel codice di procedura civile è stato implicitamente riconfermato con la legge 28 novembre 1875. Infatti, per questa legge il Ministero Pubblico non ha obbligo di concludere nei giudizii civili, fuorchè nelle cause matrimoniali; ma la stessa legge dispone che «*nulla è innovato* quanto alle attribuzioni del Ministero Pubblico negli affari di *volontaria giurisdizione* e alle funzioni ad esso affidate da leggi speciali ed estranee ai giudizii civili» (art. 2). Or bene, nel procedimento relativo alla rogatoria di cui deve ordinarsi la esecuzione si svolge nè più nè meno che un *giudizio civile*, e l'espletamento del giudizio ha luogo *in Camera di Consiglio;* trattasi dunque di un *affare di volontaria giurisdizione;* ed il Pubblico Ministero è tenuto a dare le sue conclusioni.

La Corte, se permette l'esecuzione, commette gli atti richiesti all'autorità giudiziaria od al funzionario di essa che abbia facoltà di riceverli o di farli eseguire (cod. di proc. civ., art. 945, alinea 3). E ciò può farsi o con lo stesso decreto, con cui si autorizza la esecuzione, o con altro decreto successivo. La Corte, ad ogni modo, commette l'atto all'Autorità giudiziaria eguale in grado a quella, che ha emanato il provvedimento ed innanzi alla quale pende il giudizio in merito.

La Corte di appello, che tiene la facoltà di permettere la esecuzione, tiene corrispondentemente ed implicitamente la facoltà di negarla. Sebbene in materia di commissioni rogatorie non sia prescritto per legge un vero e proprio giudizio di delibazione, così come per la esecuzione delle sentenze definitive, pure la Corte di appello deve fare quelle indagini prescritte per il giudizio di delibazione solo per quanto siano tali indagini applicabili ai provvedimenti, di cui si domanda la esecuzione.

La Corte può e deve opporre il suo diniego se il provvedimento di cui si domanda la esecuzione: *a*) non sia un provvedimento, emanato da Autorità giudiziaria; *b*) o non sia stato emanato dall'Autorità giudiziaria competente a norma della legge del paese di provenienza della rogatoria; *c*) o se gli effetti dell'atto ordinato nella rogatoria o destinati a svolgersi in Italia siano in opposizione col diritto pubblico italiano o con le leggi di ordine pubblico vigenti in Italia. Senonchè la Corte di appello potrà pure estendere il suo esame sulla regolarità della citazione e sulla legalità della contumacia se ed in quanto le leggi del paese richiedente le prescrivano. Circa i mezzi per impugnare il decreto della Corte, che permette o nega l'esecuzione della rogatoria proveniente dall'estero, valgono le norme seguenti: *a*) non compete l'opposizione di terzo, perchè il procedimento si è iniziato e svolto senza contraddittorio delle parti e non vi è stata sentenza, che abbia potuto pregiudicare il terzo; *b*) non compete il ricorso per rivocazione, imperocchè questo compete solo per le sentenze (1); *c*) compete il ricorso per cassazione, imperocchè il ricorso compete contro le sentenze e contro gli altri provvedimenti dei Magistrati riguardanti materie di giurisdizione volontaria (2).

Nell'eseguirsi l'atto riferentesi alla prova ordinata dal magistrato straniero, l'autorità giudiziaria od il funzionario di essa cui siano stati commessi gli atti dalla Corte di appello, deve procedere al raccoglimento della prova secondo le leggi italiane (disp. preliminari al cod. civ., art. 10).

27. Quando la richiesta sia fatta in via diplomatica, occorre distinguere diverse ipotesi secondo che si possa procedere ad ordinare la esecuzione della commissione rogatoria senza

(1) In senso conforme: Mattirolo (*Diritto giudiziario italiano*, vol. VI, § 841); in senso contrario: Gargiulo (*Procedura civile*, vol. IV, p. II, pag. 1027).

(2) È la giurisprudenza prevalente; in senso conforme: Mattirolo (Op. cit., loc. cit.). In senso contrario: Gargiulo (Op. cit., loc. cit.).

la presenza delle parti interessate, o se sia richiesta la presenza delle medesime:

a) Se la parte interessata non abbia costituito alcun procuratore che promuova l'esecuzione degli atti richiesti nella rogatoria, i provvedimenti, le citazioni e notificazioni necessarie per compierli sono dati od ordinati di ufficio dall'Autorità giudiziaria procedente (cod. proc. civ., art. 946, in pr.).

b) Se gli atti richiesti esigono, per circostanze speciali, le diligenze della parte interessata, la detta autorità giudiziaria può nominare di ufficio un procuratore che la rappresenti (cod. proc., art. 946, alin. 1°).

c) Se sia necessaria o permessa la presenza delle parti interessate all'atto richiesto, il decreto che stabilisce il giorno, in cui si procederà all'atto stesso, è notificato, con semplice biglietto per mezzo di usciere, alle parti la cui residenza nel regno sia conosciuta. Copia del decreto è trasmessa nelle vie diplomatiche all'autorità straniera, affinchè ne siano avvertite le altre parti (cod. proc. civ., art. 946, alin. 2°).

28. Per le citazioni e notificazioni di atti giudiziali è stabilita una procedura più semplice di quella prescritta per la esecuzione di atti d'istruzione. Conseguentemente, quando si tratti di citazioni a comparire davanti autorità straniere, o di semplici notificazioni di atti provenienti da paese estero, la permissione è data dal Ministero Pubblico presso la corte od il tribunale, nella cui giurisdizione la citazione o notificazione si deve eseguire. Se siano state richieste nelle vie diplomatiche, le citazioni o notificazioni sono commesse dal Ministero Pubblico direttamente ad un usciere (cod. procedura civ., art. 947).

29. Nei paesi, in cui le leggi mantengono il silenzio sulle commissioni rogatorie nei rapporti con le autorità giudiziarie straniere, i trattati sono necessari in quanto che in essi si trova sancito l'obbligo per l'Autorità giudiziaria dell'uno dei due paesi di ottemperare alle commissioni direttele dall'autorità giudiziaria dell'altra potenza contraente; ed allora i trattati sono la *fonte* stessa di quest'obbligo. Così è, ad esempio, in Francia.

Ma anche per l'Italia, in cui l'obbligo è riconosciuto nella legge, il trattato è di suprema importanza. E per vero, quando la legge stabilisce l'obbligo dell'Autorità giudiziaria di ottemperare alle commissioni rogatorie provenienti dall'estero, quest'obbligo esiste nei rapporti con le Autorità giudiziarie di qualunque Stato estero; e, se il magistrato italiano non vi ottemperi, egli commette un *diniego di giustizia,* egli trasgredisce le prescrizioni della legge. Però, anche sotto questo regime, i trattati sono necessari. In primo luogo, coi trattati si stabilisce la reciprocità tra l'Italia e le altre potenze contraenti, di guisa che le autorità giudiziarie di queste potenze si trovano anch'esse vincolate da una disposizione di diritto positivo ad eseguire la commissione loro diretta dalle autorità italiane; col trattato quindi l'Italia consegue il vantaggio della reciprocità. In secondo luogo, il trattato tende a togliere gl'inconvenienti, che inevitabilmente derivano dalla contrarietà delle disposizioni legislative in uno dei due paesi o delle pratiche in uso in esso con le disposizioni legislative o con le pratiche in uso nell'altro dei due Stati contraenti. Laonde, se i trattati contengono disposizioni particolari, queste si devono considerare come tante *deroghe* alle disposizioni legislative sancite nella legge. In questo senso appunto devesi intendere la disposizione seguente: « Le disposizioni di questo titolo (cioè titolo XII del cod. proc. civ., ed in ispecie degli articoli 945, 946, 947) sono subordinate a quelle delle convenzioni internazionali » (cod. proc. civ., art. 950).

Capo IV. — Trattati fra i diversi Stati d'Europa e d'America.

30. Trattati conchiusi dalla Francia. — 31. Trattati conchiusi dalla Germania. — 32. Trattati fra i diversi paesi dell'America latina. — 33. Trattato di Lima. — 34. Trattato di Montevideo.

30. La Francia tiene pochi trattati sulla materia delle commissioni rogatorie:

a) Alcune norme sono racchiuse nel trattato del 1760-1860 con la Sardegna e col regno d'Italia (1).

b) Disposizioni particolari si trovano nella convenzione stipulata col Gran Ducato di Baden (2).

c) Il trattato antico col Gran Ducato di Baden è stato, nei tempi odierni, esteso anche all'Alsazia-Lorena (3).

d) Fra le convenzioni che si sono stipulate in materia di commissioni rogatorie, è degno di essere menzionato il trattato tra la Francia e la Svizzera in data 15 giugno 1869; esso è intitolato: *Convention sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile;* ma in sostanza vi si contengono le norme su materie non enunciate nel titolo; sono norme concernenti non solo la procedura civile, ma altresì il diritto civile e il diritto commerciale. Il testo comprende 22 articoli ed è diviso in tre parti:

1) Competenza ed azione in giudizio;

2) Esecuzione delle sentenze;

3) Trasmissione di documenti ed atti giudiziari ed estragiudiziari, commissioni rogatorie (4).

(1) Vedi il capitolo seguente in cui si discorre diffusamente del citato trattato tra la Francia e la Sardegna prima e l'Italia dopo.

(2) La convenzione col Gran Ducato di Baden (16 aprile 1846) si riferisce così alle materie civili, come alle materie penali. Sono fissate le norme seguenti:

a) I due Governi contraenti si sono impegnati a fare trasmettere le notificazioni o citazioni, ed a fare eseguire le commissioni rogatorie in materia civile (così come in materia penale), in quanto le leggi del paese non vi si oppongano. Le ricevute delle notificazioni e citazioni saranno rilasciate reciprocamente (art. 4).

b) Le commissioni rogatorie saranno trasmesse per la via diplomatica (art. 5).

c) Le spese occasionate dalle notificazioni o commissioni rogatorie, così come il porto delle lettere, resteranno a carico dello Stato richiesto (art. 6).

(3) Convenzione 11 dicembre 1871, addizionale al trattato di pace tra la Francia e la Germania del 10 maggio 1871 (*Journal du droit international privé*, 1875, pag. 118; 1876, 182; 1884, 505; 1888, 466; 1889, 632).

(4) Sulle commissioni rogatorie in ispecie è stabilito quanto segue: « I due Governi contraenti s'impegnano a fare eseguire, nei loro territori rispettivi, le commissioni rogatorie deliberate da' magistrati dei due paesi per l'istruzione degli affari *civili e commerciali*, e questo per quanto le leggi del paese in cui l'esecuzione dovrà aver luogo, non vi si opporranno. La trasmissione delle dette commissioni rogatorie dovrà sempre essere fatta in via diplomatica, e non altrimenti. Le spese occasionate per queste commissioni rogatorie resteranno a carico dello Stato, richiesto di provvedere alla loro esecuzione » (art. 21). Nel protocollo in cui si racchiudono le norme esplicative delle disposizioni del trattato è stabilito: « Quanto alle commissioni rogatorie, il Governo francese

Una lacuna è rimasta nel citato trattato del 1869 tra la Francia e la Svizzera, in quanto che nulla ivi è detto circa la legge, cui deve attenersi il giudice delegato. Questa lacuna, del resto, è colmata dalle norme formatesi nella giurisprudenza e nella dottrina relativamente all'applicabilità della regola racchiusa nella massima: *locus regit actum*.

31. La Germania ha conchiuso diversi accordi coi paesi esteri sulla materia delle commissioni rogatorie. È rilevante il trattato conchiuso con la Confederazione svizzera nel 1878.

Varie disposizioni dettagliate si trovano nel trattato conchiuso dalla Germania con la Russia nel 1879. Fu un accordo destinato a regolare le relazioni dirette, che potessero stabilirsi fra i tribunali compresi nella circoscrizione giudiziaria di Varsavia ed i tribunali tedeschi situati nelle regioni vicine delle frontiere (1).

32. Varî paesi dell'America latina hanno conchiuso, pei loro reciproci rapporti, accordi particolari in materia di commissioni rogatorie. Così tra il Brasile e la Repubblica dell'Uruguay esiste un accordo speciale (2).

Anche il Perù trovasi unito con trattati nei rapporti con altri paesi esteri (3).

Trattati particolari sono stati anche conchiusi dalla Repubblica Argentina col Brasile (4). Un identico trattato ha conchiuso il Brasile col Paraguay (5). Ai termini delle Convenzioni stipulate dalla Repubblica Argentina, le Autorità competenti dell'uno dei due paesi contraenti sono tenute ad eseguire le commissioni rogatorie, che loro sono dirette dalle autorità dell'altro Stato nelle materie civili (ed anche in materia penale) (6).

33. Nel dicembre 1877, per iniziativa del Governo del Perù, riunivasi a Lima un Congresso dei rappresentanti delle Repubbliche del Perù, dell'Argentina, del Chili, di Bolivia, dell'Equatore, degli Stati Uniti di Venezuela e di Costarica. Si stipulò un trattato, in cui si racchiusero diverse norme di Diritto internazionale privato.

A riguardo delle commissioni rogatorie si stabilirono disposizioni speciali (7).

34. Fra gli avvenimenti più importanti compiutisi nella seconda metà del secolo XIX è segnalato nella storia il Con-

è tenuto a conservare il metodo attuale di trasmissione. Ciò importa, nel suo convincimento, che i Governi possano sorvegliare con cura l'esecuzione delle misure sollecitate dalla giustizia straniera e che possono non essere per nulla in rapporto con la legislazione del paese » (art. 4).

Sul trattato franco-svizzero si è formata una letteratura particolare, essendosi esaminate le sue molteplici disposizioni in maniera dettagliata. Dal punto di vista dei rapporti di procedura civile si ponno consultare: Charles Brocher, *Commentaire pratique et théorique du traité franco-suisse du 15 juin 1869 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements*. — *La semaine judiciaire* (Genève, 3 mars-1[er] septembre 1879); Alexandre Martin, *Du traité conclu entre la France et la Suisse le 15 juin 1869 sur la compétence et l'exécution des jugements et de la nécessité de la réviser* (*Journal du droit international privé*, 1879, 117).

(1) Si è stabilito quanto segue:

I tribunali della circoscrizione giudiziaria di Varsavia e quelli delle provincie limitrofe del regno di Prussia hanno la facoltà di corrispondere direttamente tra loro per tutto ciò che concerne lo invio e la spedizione delle commissioni rogatorie in materia civile (ed anche in materia penale). I Governi contraenti si sono impegnati a fare eseguire le richieste o commissioni ordinate dai tribunali ammessi alla corrispondenza diretta in quanto che le leggi del paese, in cui l'esecuzione dovrà aver luogo, non vi si opporranno. Le richieste saranno redatte nella lingua del paese del tribunale richiedente, e le risposte nella lingua del paese del tribunale incaricato della richiesta. Nel caso in cui sarà riconosciuto inopportuno applicare il modo della corrispondenza diretta, sarà in facoltà delle alte parti contraenti di trasmettere reciprocamente le richieste giudiziarie, che vi si riferiscono, per la via diplomatica. Le spese occasionate per la consegna delle notificazioni o delle citazioni o per l'esecuzione delle commissioni rogatorie saranno a carico dello Stato richiesto (Vedi il *Giornale di Pietroburgo*, 22 aprile, 6-4 maggio 1879 — *Annuaire diplomatique de l'Empire de Russie*, 1879-80, p. 185). Gli autori, che riferiscono su questo trattato tra la Germania e la Russia, rilevano che le relazioni reciproche fra i tribunali della circoscrizione di Varsavia e quelli della Galizia austriaca non sono regolate con pari accuratezza di dettagli. (Martens, *Traité de droit international*, t. II, p. 493; *Journal du droit international privé*, 1885, 17).

(2) *Annuaire de la législation étrangère*, 1879, 743.

(3) Pradier-Fodéré, *De la condition des étrangers au Pérou* (*Journal du droit int. privé*, 1879, 268).

(4) Trattato 14 febbraio 1888.

(5) Trattato 31 agosto 1880.

(6) Sono rilevanti le norme stabilite nei termini seguenti:

a) In materia civile le commissioni hanno una portata più estesa che nelle materie penali. Infatti, in materia penale le commissioni sono limitate alla citazione, al giuramento, all'interrogatorio, alle deposizioni testimoniali, alla cattura per iscritto, all'esame, alla copia od alla traduzione, alla verifica od alla trasmissione di documenti, ad ogni diligenza propria alla investigazione od allo schiarimento dei fatti che formano i capi di accuse. Ma, in materia civile le commissioni possono comprendere inoltre la presentazione, l'ispezione, l'esame, l'accertamento di titoli, e tutte le diligenze necessarie per la decisione delle cause.

b) Relativamente alla esecuzione delle commissioni, le eccezioni opposte dalle parti sono sempre ammesse per essere giudicate conformemente al diritto.

c) Una differenza havvi circa le spese tra le materie civili e le penali. Infatti, nelle materie penali le spese sono pagate dalle Autorità del paese da cui la commissione è spedita; ma nelle materie civili le spese sono a carico della parte interessata.

Vedi Calvo, *Traité de droit international*, t. II, n. 193.

(7) Si sono stabilite le norme seguenti:

Le richieste, che abbiano per oggetto o una semplice notificazione, o ricevere dichiarazioni, o qualsiasi altro atto di simil natura, saranno eseguite sempre che siano debitamente legalizzate (art. 47). — Non si eseguirà la reciprocità per eseguire le richieste relative agli atti di giurisdizione volontaria o a semplici atti giudiziari (art. 49). I mezzi di esecuzione per l'adempimento delle richieste a cui si riferiscono gli articoli precedenti, saranno quelli stabiliti nella Repubblica (art. 50).

Perchè le rogatorie od altri pubblici strumenti procedenti da un paese estero producano effetti legali nella Repubblica, la loro autenticità sarà provata a norma delle regole seguenti:

a) Le rogatorie, in cui si sollecita la esecuzione di sentenze giudiziarie od arbitrali, saranno legalizzate nello Stato da cui procedono, secondo la legge o le consuetudini in esso stabilite;

b) Se l'ultima firma di questa legalizzazione fosse quella dell'agente diplomatico o consolare del paese dell'esecuzione, sarà autenticata dal ministro degli affari esteri del medesimo;

c) Se l'ultima firma fosse quella dell'agente diplomatico o consolare del paese in cui deve seguire l'esecuzione, potrà il ministro degli affari esteri di quello Stato rimettergli la richiesta acciocchè, previa l'autenticazione della sua firma, la trasmetta al ministro degli affari esteri dello Stato dove l'atto deve eseguirsi per darvi il corso voluto (art. 51).

Il trattato di Lima venne conchiuso nel 1878 (Vedi Contuzzi, *Manuale di diritto internazionale privato*; Milano, Hoepli, 1889).

gresso tenutosi a Montevideo tra i rappresentanti dei Governi dell'America del Sud per la codificazione del diritto internazionale privato, redatta in 8 trattati (1). Il trattato particolare sul procedimento giudiziario internazionale concerne la materia della legalizzazione degli atti, della esecuzione delle sentenze *di magistrati e di arbitri, e della esecuzione delle commissioni rogatorie* (2).

CAPO V. — Trattati fra l'Italia e i Paesi esteri.

35. Trattato con la Francia. — 36. Con l'Austria-Ungheria. — 37. Con la Spagna. — 38. Col Gran Ducato di Baden. — 39. Con la Svizzera. — 40. Con la Russia. — 41. Con la Repubblica di San Marino. — 42. Col Portogallo. — 43. Con Costarica. — 44. Con la Serbia. — 45. Con la Romania. — 46. Con le Repubbliche di San Domingo e dell'Uruguay.

35. Nei rapporti fra l'Italia e la Francia si è regolato lo istituto delle commissioni rogatorie nel tempo stesso che si è regolato tutto ciò, che si riferisce alla esecuzione delle sentenze delle Autorità giudiziarie di uno Stato sul territorio dell'altro. Questo accordo risale ad oltre un secolo, e si è mantenuto attraverso le vicende politiche tra i due Stati e malgrado alcune divergenze particolari sul detto accordo sorte nel campo della dottrina e della giurisprudenza. Conseguentemente è mestieri esaminare le varie fasi per cui le dette relazioni sono passate:

a) Trattato del 24 marzo 1760 tra la Francia e la Sardegna. In data 24 marzo 1760 stipulavasi tra la Francia e la Sardegna un *trattato di confine*, il quale concerneva pure rapporti di diritto internazionale privato. E vi era una disposizione speciale sulle commissioni rogatorie (3).

b) Dichiarazioni tra i Governi di Francia e di Sardegna addì 11 settembre 1860. — Il trattato di confine stipulatosi il 24 marzo 1760, dopo un secolo, era rimasto in vigore semplicemente nella parte relativa ai rapporti di diritto internazionale privato: e nel 1860 i due Governi avvertirono la necessità di dare una corrispondente interpretazione a quella parte dell'antico trattato rimasta in vigore. E la interpretazione cadde appunto sulle norme relative alla esecuzione delle sentenze e delle commissioni rogatorie (4).

c) Immanenza del trattato del 24 marzo 1760-11 settembre 1860. — Attraverso le vicende politiche per cui passarono i rapporti tra la Francia e la Sardegna nel corso di un secolo, il trattato del 24 marzo 1760 rimase sempre in vigore. E per vero, durante le guerre continue della rivoluzione, il trattato venne per breve tempo sospeso, imperoc-

(1) Trattati di Montevideo conchiusi nel 1889 (Vedi *Actas de las seziones del Congreso sud-americano de derecho internacional privado. Publicacion ordenada por el Gobierno de la Republica Argentina;* Buenos-Ayres, 1889).

Quattro Stati solamente vi hanno apposta la ratifica: il Perù, l'Uruguay ed il Paraguay, sin dal 1889, e la Repubblica Argentina in data 11 dicembre 1894. — Il trattato sulla procedura civile internazionale è in data 11 gennaio 1889.

Vedi Contuzzi, *I trattati di Montevideo del 1889 e la codificazione del diritto int. privato presso gli Stati dell'America meridionale* (nel *Filangieri*, anno XV, 1890).

(2) Nei rapporti fra gli Stati contraenti, il regolamento delle commissioni rogatorie è stato informato ai criteri seguenti:

a) Le commissioni o lettere rogatorie che avessero per obbietto di fare notificazioni, di ricevere dichiarazioni o di procedere a qualche altro atto di carattere giudiziario saranno eseguite negli Stati firmatarii, in quanto queste commissioni o lettere rogatorie riuniscano le condizioni stabilite in questo trattato (art. 9).

b) Quando le commissioni o lettere rogatorie concernessero sequestri, perizie, inventarii o provvedimenti di istruzione, il giudice che le riceve, farà il necessario al riguardo della nomina di periti, depositarii ed in generale tutto ciò che converrà per la buona esecuzione della commissione (art. 10);

c) Le commissioni o lettere rogatorie saranno eseguite conformemente alle leggi del paese, ove l'esecuzione ne sia stata richiesta (art. 11).

d) Gli interessati nella esecuzione delle commissioni o lettere rogatorie potranno costituire loro procuratori; le spese relative saranno a carico degl'interessati (art. 12).

(3) Il trattato del 24 marzo 1760 è intitolato: *Traité des limites*. Infatti obietto precipuo dell'atto era la indicazione del confine naturale, che avrebbe dovuto formare il Rodano tra la Francia e la Savoia. Le disposizioni dell'art. 22 concernevano rapporti di diritto int. privato, diretti a « rendere sempre più intima l'unione e la corrispondenza che si desiderava perpetuare tra i popoli delle due Corti ».

Il citato art. 22 è redatto nella maniera seguente:

« Per estendere la reciprocità che deve formare il nodo di questa corrispondenza nelle materie contrattuali e giudiziarie egli è altresì stabilito: Primieramente che nella medesima maniera in cui le ipoteche stabilite in Francia per atti pubblici o giudiziarii, sono ammesse nei tribunali di S. M. il re di Sardegna, si avrà anche eguale riguardo nei tribunali di Francia per le ipoteche che saranno costituite nell'avvenire per contratti pubblici, sia per ordinanze, sia per sentenze negli Stati di S. M. il re di Sardegna. In secondo luogo, che *per favorire l'esecuzione reciproca dei decreti e delle sentenze, le Corti Supreme deferiranno da una parte e dall'altra (à la forme du droit), alle rogatorie (réquisitoires) che loro saranno indirizzate a questi fini, anche sotto il nome delle suddette Corti.* — Infine che per essere ammessi in giudizio, i sudditi rispettivi non saranno tenuti da parte a parte se non alle medesime cauzioni e formalità che si esigono da quelli di propria origine, secondo l'uso di ciascun tribunale ».

La disposizione sulle commissioni rogatorie è appunto quella racchiusa nel paragrafo 3 di detto art. 22: *In secondo luogo... anche sotto il nome delle dette Corti.*

Il trattato del 24 marzo 1760 è riportato nel volume preliminare dei trattati in vigore fra il regno d'Italia e le Potenze estere (pag. 27 e seg.). Ma nell'elenco ufficiale dei medesimi documenti (vol. V, p. 523, in nota) si legge che ne resta in vigore soltanto l'art. 22.

(4) La dichiarazione firmata tra i due Governi di Francia e di Sardegna, addì 11 settembre 1860, s'inizia con la enunciazione del citato paragrafo 3 dell'art. 22 del trattato 24 marzo 1760. Indi vi si trova un preambolo in cui si enuncia lo scopo della dichiarazione medesima redatta nei termini seguenti: « Desiderando evitare per l'avvenire ogni specie di dubbio e di difficoltà nell'applicazione che le Corti dei due paesi sono chiamate a farne l'applicazione, cioè della disposizione inserita nel paragrafo 3 dell'art. 22 del trattato 24 marzo 1760), i Governi di Sardegna e di Francia in seguito a spiegazioni reciprocamente scambiatesi, hanno stabilito che essa dev'essere interpretata nella maniera seguente: ecc. ». Segue il testo della dichiarazione relativamente al contenuto della medesima, redatto come segue:

« È espressamente inteso che le Corti, deferendo, secondo la forma legale *(à la forme du droit)*, alle domande di esecuzione delle sentenze emanate in ciascuno dei due Stati, non dovranno far portare il loro esame se non sui tre punti seguenti:

« 1) se la decisione emana da una giurisdizione competente;

« 2) se essa è stata emanata dalle parti debitamente citate e legalmente rappresentate, o contumaci;

« 3) se le regole del diritto pubblico e gli interessi dell'ordine pubblico del paese ove l'esecuzione è richiesta non si oppongono a che la decisione del tribunale straniero riceva esecuzione.

« La presente dichiarazione servirà di regola ai tribunali rispettivi nell'esecuzione del § 3 dell'art. 22 del trattato del 1760 ».

chè furono dichiarati abrogati i trattati esistenti tra la Francia e gli altri Stati belligeranti (1). D'altra parte il Piemonte fu annesso alla Francia nel 1798. Ma il trattato ritornò implicitamente in vigore quando il regno di Sardegna fu ristabilito (2). Così è stato ritenuto costantemente dalla giurisprudenza dei due paesi. Nella giurisprudenza francese vi fu dapprima qualche esitazione (3). Ma venne definitivamente assodato, anche nella stessa giurisprudenza di Francia, che col ristabilimento del regno di Sardegna avea ripreso la sua forza anche il trattato del 1760 (4). La giurisprudenza italiana concordemente si è pronunziata per la validità del trattato franco-sardo 1760-1860 (5). Nella dottrina è prevalsa la opinione secondo cui il trattato debba considerarsi essere sempre stato permanentemente in vigore (6).

Noi riteniamo che il trattato si è mantenuto attraverso le vicende politiche fra i due paesi; certamente nella parte relativa ai rapporti di diritto internazionale privato, i quali restano sempre in vigore anche durante il periodo di guerra fra le due potenze contraenti. E, sebbene il trattato si fosse originariamente conchiuso dalla Sardegna, esso è rimasto in vigore anche dopo la formazione del regno d'Italia, imperocchè con la unificazione politica italiana è rimasta estinta soltanto la personalità di ciascuno degli antichi Stati della penisola, ma rimase, dal punto di vista internazionale, integra la personalità dello Stato Sardo, imperocchè, nei rapporti internazionali, si è considerato che la unificazione politica italiana sia avvenuta come un ampliamento del regno di Sardegna. Ed ecco perchè, dopo gli avvenimenti politici del 1860, il nuovo regno d'Italia si trovò vincolato con le diverse potenze estere alla base dei trattati di già conchiusi dalla Sardegna; e questi sono sempre rimasti in vigore fino a quando non si sono successivamente rinnovati (7).

d) Pratiche intervenute fra i due Governi per il rinnovamento del trattato. — Nel 1872 s'intavolarono trattative fra i Governi di Francia e d'Italia per conchiudere un trattato sulle basi di quello già conchiuso dalla Francia con la Svizzera nel 1869; ma la convenzione non venne stipulata.

e) Accordo intervenuto fra i due paesi circa la trasmissione degli atti giudiziari. — Per la trasmissione degli atti giudiziali anticamente praticata in via diplomatica si è conchiuso un accordo destinato a stabilire la corrispondenza diretta fra le autorità dei due paesi, mediante l'organo dei consolati; ma si dichiarò che questa facoltà di trasmissione diretta non si sarebbe applicata alle commissioni rogatorie nè alle sentenze straniere (8).

36. Nel 1841 tra la Sardegna e l'Austria venne regolata la procedura relativa alla notificazione degli atti giudiziali emanati dall'autorità dell'uno dei due Stati contraenti e destinati ad essere intimati a persone, che si trovassero sul territorio dell'altro Stato (9). Nel 1867 venne conchiuso un accordo relativo alla corrispondenza diretta in materia di rogatorie fra i tribunali finitimi dei due Stati nell'interesse dell'acceleramento della procedura civile (o penale) (10).

Nello scopo di facilitare o semplificare la corrispondenza

(1) Leg. francese 1° marzo 1793.

(2) Trattati di Parigi e di Vienna 1814 e 1815.

(3) Si decise in alcune ricorrenze a riguardo della esecuzione delle sentenze italiane in Francia come se il trattato del 1760 non esistesse. Corti di Riom, 19 agosto 1818 (Vedi il testo in Féraud-Giraud, *France et Sardaigne*, n. 329); Grenoble, 9 gennaio 1826 (Sirey, *Recueil*, 1827, II, 56); 3 gennaio 1829 (Sirey, Op. cit., 1829, II, 176).

(4) Corte di appello di Aix, 25 novembre e 8 dicembre 1878 (Sirey, Op. cit., 1859, II, 605); Corte di app. di Montpellier, 10 luglio 1872 (*Journal du droit int. privé*, 1872, 69); Corte di app. di Parigi, 9 gennaio 1875 (*Journal* cit., 1875, 354); 1° dicembre 1879 (Op. cit., 1875, 545); Corte di cassazione, 27 aprile 1870 e 5 febbraio 1872 (Sirey, Op. cit., 1871, I, 91 e 1872, I, 190); Tribunale della Senna, 27 dicembre 1872 (*Journal* cit., 1874, 241); Trib. di Saint-Quintin, 30 ottobre 1885 (*Loi*, 22 febbraio 1886).

(5) Diverse sentenze italiane provano avere la giurisprudenza ritenuto la permanenza del trattato.

Corti d'appello di Casale, 21 marzo 1863, *Lefèvre* c. *De Benedetti* (*Monitore dei Tribunali*, 1863, pagina 590); di Lucca, 19 febbraio 1880, *Perino* c. *Caravel* (*Annali*, 1880, II, p. 149).

L'Esperson ha rilevato essere la giurisprudenza italiana discorde circa la validità del trattato (*Journal du droit int. privé*. 1864, p. 372); egli cita le sentenze delle Corti di appello di Casale e di Lucca dinanzi indicate; ma queste sentenze non hanno messo in dubbio la validità del trattato, bensì ne hanno rifiutato l'applicazione di fronte a casi di competenza basati sull'art. 14 del cod. civ. francese.

(6) Vedi in senso uniforme: Cuzzeri, *Proc. civ.*, t. III, p. 374, *Commento* all'art. 441; Verona, Tedeschi; Gianzana, *Lo straniero in Italia*, vol. I, p. III, p. 223; Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1884; Raimondo de Bourdelles, *Journal du droit international privé*, an. 1882, 355; Dubois, *Journal du droit int. privé*. 1879, p. 308.

(7) Contuzzi, in questa Raccolta, alla voce **Stato,** ove trovasi confutata la opinione del Fiore, il quale ritiene essere rimasto tacitamente abrogato il trattato franco-sardo del 1760-1860 (*Journal du droit int. privé*, 1878, p. 235, e *Foro Italiano*, anno III, col. 1074, in nota).

(8) Note scambiatesi tra il Ministro degli affari esteri d'Italia ed il Ministro di Francia a Firenze, 1-28 giugno 1866 (*Raccolta dei trattati del regno d'Italia*, vol IV, p. 373).

(9) Fu stabilito: 1) Che per le intimazioni, ossia notificazioni degli atti giudiziali da farsi nell'altro Stato, si sarebbe trasmessa, in via diplomatica, una copia di quegli atti redatta su carta munita del bollo dello Stato che la spedisce; 2) Sarebbe cura del Governo richiesto di fare intimare, con tutta sollecitudine, tale copia agli aventi interesse, e di far quindi pervenire, pure per via diplomatica, al Governo richiedente, la fede della seguita intimazione, il tutto senza costo di spese; 3) Nel caso di qualche impedimento alla esecuzione della richiesta, se ne darebbe pronto riscontro con la restituzione dell'atto da intimarsi (Dichiarazione scambiata fra le LL. MM. il re di Sardegna e l'imperatore d'Austria per regolare il modo da seguirsi nella notificazione degli atti giudiziarii di uno Stato nell'altro. Vienna, 11 novembre - Genova, 22 novembre 1841).

(10) Fu stabilito: 1) La corrispondenza diretta fra le Autorità giudiziarie subordinate ai tribunali di appello d'Innsbruck, di Trieste e di Zara, e le Autorità giudiziarie subordinate alle Corti di appello di Venezia, di Brescia e di Milano, sarebbe ammessa per le commissioni rogatorie, in materia civile, ad eccezione di quelle relative all'audizione di testimoni; 2) Le commissioni rogatorie in materia civile per l'audizione di testimoni (e le commissioni rogatorie in materia penale, ad eccezione tuttavia delle domande di estradizione, le quali restavano riservate all'intervento diplomatico), sarebbero spedite da parte delle suddette autorità giudiziarie, direttamente al tribunale di appello della circoscrizione in cui risiedesse l'Autorità richiesta, dovendo questo tribunale provvedere alla loro esecuzione e trasmettere direttamente le risposte alle Autorità richiedenti (Dichiarazione ministeriale scambiata fra l'Italia e l'Austria, relativa alla corrispondenza diretta in materia di rogatorie fra i tribunali finitimi dei due Stati, Firenze e Vienna, 11 e 21 giugno 1867).

fra le Autorità giudiziarie dei due paesi, i Governi d'Italia e di Austria-Ungheria stabilirono un nuovo accordo nel 1872 (1).

Nel 1875 venne regolata, sulla base della reciprocità, la materia delle spese di traduzione delle commissioni rogatorie ed altri atti scambiati tra le Autorità giudiziarie italiane e quelle ungheresi (2).

Nel 1878 venne stabilito un ulteriore accordo diretto ad abolire pei documenti rilasciati dalle Autorità giudiziarie limitrofe l'obbligo della legalizzazione diplomatica e consolare (3).

37. Con la Spagna non vi è un accordo speciale a riguardo delle commissioni rogatorie; esiste invece un accordo per la esecuzione delle sentenze (4). Relativamente agli atti di giurisdizione volontaria è stabilito che gli atti passati in un paese avranno il loro effetto nell'altro, allorchè si sarà dichiarato nulla ostare all'esecuzione dei medesimi dal tribunale superiore nella cui giurisdizione devono gli atti eseguirsi (art. 7). Si può considerare che quanto è detto per gli atti di giurisdizione volontaria, si possa applicare, per analogia, alle commissioni rogatorie.

La rogatoria è accompagnata da una traduzione legalizzata. La trasmissione si pratica per via diplomatica; la esecuzione della richiesta è esente da qualunque spesa.

38. Col Portogallo non esiste verun trattato particolare circa le commissioni rogatorie nelle materie civili e commerciali. Ma l'accordo può dirsi tacitamente stabilito in quanto che le commissioni rogatorie sono in uso fra i due paesi, e si può applicare nelle materie civili per analogia, quanto trovasi stabilito nelle materie penali. Conseguentemente, allorquando nel corso di una causa civile, in uno dei due Stati tornasse necessaria la deposizione di testimoni residenti nell'altro, sarà inviata a tal fine per la via diplomatica una lettera rogatoria alla quale sarà dato corso, osservando le leggi dello Stato ove i testimoni devono essere esaminati. Non è ammesso tra i due Governi verun reclamo concernente il rimborso delle spese provenienti dall'esecuzione delle commissioni rogatorie (5).

39. Col Gran Ducato di Baden si è stabilito un accordo particolare relativamente alle commissioni rogatorie (6). I due Governi contraenti si sono impegnati a far trasmettere

(1) Fu stabilito: — 1) Sarebbe autorizzata la corrispondenza diretta fra le Autorità giudiziarie italiane e i tribunali dei regni e provincie della monarchia austro-ungarica rappresentati al *Reichsrath* per tutte le commissioni rogatorie in materia civile e commerciale (ed anche in materia penale) che si riferissero a citazioni, investigazioni, consegne di atti giudiziali, interrogatorii, prestazione di giuramenti, dichiarazioni da ricevere, audizione di testimoni, perizie od altri atti della procedura d'istruzione. Queste richieste sarebbero dirette dall'Autorità giudiziaria superiore (in Italia dalla Corte di appello) dalla quale dipendesse l'Autorità richiedente, all'Autorità giudiziaria superiore (in Italia alla Corte di appello) competente per farle mettere in esecuzione. Quest'Autorità superiore ordinerebbe l'esecuzione e restituirebbe in seguito i documenti relativi all'Autorità giudiziaria, che avesse formata la richiesta. Sarebbe autorizzato lo stesso genere di corrispondenza per le commissioni rogatorie, nella procedura di « *delibazione* », che dovesse precedere l'esecuzione delle sentenze o quella dei provvedimenti provvisorii. I tribunali superiori imperiali e regi si servirebbero, in tutte le loro richieste e risposte, della lingua italiana o tedesca. Circa la corrispondenza fra le Autorità giudiziarie d'Italia subordinate alle Corti di appello di Milano, di Brescia e di Venezia ed i Tribunali austriaci subordinati alle Corti superiori di Trieste, di Innsbruck e di Zara, questi tribunali continuerebbero ad avere la facoltà di corrispondere direttamente fra loro, servendosi della lingua italiana, in tutte le materie civili e commerciali di sopra enunciate, senza essere tenuti di ricorrere all'intervento delle Autorità superiori; 2) Le spese che fossero cagionate dalle procedure di *delibazione* e le spese che il Governo richiesto avesse anticipate per le audizioni di testimoni o di periti, o per visite sopra luogo, in seguito di una commissione rogatoria in materia civile, sarebbero a carico della parte interessata (art. 3).

Osservazione. — Era stabilito che le spese occasionate per la esecuzione delle lettere rogatorie in materia penale sarebbero a carico del Governo richiesto di detta esecuzione (Dichiarazione scambiata fra l'Italia e l'Austria-Ungheria per la corrispondenza diretta fra le Autorità giudiziarie dei due Stati, Vienna e Roma, 30 maggio e 22 luglio 1872).

(2) Fu stabilito: — Sarebbe dato corso, per parte delle Autorità giudiziarie competenti di ciascuno dei due paesi, alle Commissioni rogatorie e ad altri atti giudiziali che loro fossero indirizzati, negli affari civili (ed anche negli affari penali) dalle Autorità giudiziarie dell'altra parte contraente, sebbene i documenti in questione non fossero accompagnati da veruna traduzione. — Nel caso in cui la traduzione fosse necessaria, essa sarebbe fatta a cura ed a spese del Governo da cui dipendesse l'Autorità giudiziaria alla quale i documenti sarebbero indirizzati; e così ogni rimunerazione, del pari che ogni contabilità in questo caso rimarrebbe soppressa. — Le commissioni rogatorie e gli altri atti emanati dalle Autorità giudiziarie ungheresi presso le quali la lingua italiana è ufficialmente adoperata, continuerebbero ad essere spediti in questa lingua (Dichiarazione fra l'Italia e l'Austria-Ungheria circa la traduzione delle commissioni rogatorie scambiate fra i tribunali italiani e ungheresi; Vienna, 11 e 27 aprile 1875).

(3) Le concessioni convenute reciprocamente circa l'abolizione dell'obbligo della legalizzazione diplomatica o consolare sono contenute nelle disposizioni seguenti: i documenti emanati o legalizzati da tribunali o notari, e rivestiti della legalizzazione delle presidenze delle Corti d'appello di Milano, Brescia e Venezia, da una parte, ovvero delle presidenze dei tribunali superiori (*Oberlandergerichte*) di Trieste, Innsbruck, Zara e Gratz dall'altra, sono esenti da ogni altra legalizzazione diplomatica o consolare, purchè la formola della legalizzazione sia anche dalle presidenze dei tribunali superiori austriaci apposta in lingua italiana, e purchè i documenti legalizzati dalle presidenze dei tribunali superiori di Trieste, Innsbruck, Zara a Gratz abbiano a servire in uno dei distretti delle Corti d'appello di Milano, Brescia e Venezia, e rispettivamente i documenti legalizzati dalle presidenze delle Corti d'appello di Milano, Brescia e Venezia abbiano a servire in uno dei circondarii dei tribunali superiori in Trieste, Innsbruck, Zara o Gratz.

Sono però eccettuati dalla esenzione quei documenti se si debbano presentare in Italia allo scopo di fare eseguire un'iscrizione nei registri dello Stato Civile, od in base ai quali si abbia da fare in Austria un'iscrizione nelle matricole di nascita, di matrimonio o di morte, o che servano a dimostrare od ottenere il domicilio legale o la nazionalità in Austria.

I documenti, che debbono servire a questi effetti dovranno anche in avvenire essere rivestiti della legalizzazione officiale diplomatica o consolare (Dichiarazione ministeriale fra l'Italia e l'Austria-Ungheria per abolire in alcuni documenti l'obbligo della legalizzazione diplomatica o consolare, 12 agosto 1878).

(4) Convenz. tra la Sardegna e la Spagna per l'esecuzione nei due Stati delle sentenze in materia civile e commerciale (Madrid, 30 giugno 1851), mantenuta in vigore mercè il patto della tacita rinnovazione di anno in anno.

(5) Trattato di estradizione, 18 marzo 1878, art. 15. — Declaratoria 6 febbraio 1885.

(6) Dichiarazione scambiata fra l'Italia ed il Baden per la notificazione degli atti giudiziari e l'esecuzione delle rogatorie in materia civile (Firenze, 23 gennaio 1878). L'accordo stabilitosi tra il Gran Ducato di Baden e l'Italia venne redatto sul modello dell'antica convenzione esistente tra lo stesso Gran Ducato di Baden e la Francia del 1846; ma l'accordo con l'Italia fu solamente a

le notificazioni o citazioni giudiziarie a fare eseguire le commissioni rogatorie in materia civile da parte delle loro autorità rispettive, in quanto le leggi del paese non vi si oppongano. Le ricevute delle notificazioni e citazioni saranno rilasciate reciprocamente se sono richieste. Le notificazioni, citazioni e commissioni rogatorie saranno trasmesse per la via diplomatica. Le spese occasionate per la consegna delle notificazioni e delle citazioni o per l'esecuzione delle commissioni rogatorie resteranno a carico dello Stato richiesto.

40. Con la Confederazione svizzera esiste per parte dell'Italia un accordo conchiuso nel 1868 (1). È stabilito che le citazioni o notificazioni degli atti, le dichiarazioni o interrogatorii dei testimoni, le relazioni dei periti, gli atti di istruzione giudiziaria ed in generale ogni atto che deve avere esecuzione in materia civile (o penale) secondo commissione rogatoria di un tribunale di un paese sul territorio dell'altro, deve ricevere la sua esecuzione sopra carta non bollata e senza pagamento di spese. Nondimeno questa disposizione non si rapporterà in simili casi ai rispettivi Governi, e non comprenderà in veruna maniera nè le indennità dovute ai testimoni, nè gli emolumenti che potessero essere dovuti ai funzionari od avvocati, ogni volta che il loro intervento fosse necessario secondo le leggi per l'esecuzione dell'atto richiesto (art. 9). Le Corti di appello del regno, il tribunale federale ed il tribunale superiore di ciascuno degli Stati della Confederazione devono corrispondere direttamente fra loro per tutto ciò che concerne l'invio e la spedizione delle commissioni rogatorie in materia civile (come pure in materia penale). I valori in moneta che si trovassero congiunti alle rogatorie od agli atti concernenti la loro esecuzione, devono essere trasmessi per via di vaglia postale all'ordine delle Autorità cui questi valori sono diretti (2).

Niente è stabilito circa la lingua, in cui deve aver luogo la trasmissione degli atti (3).

41. Fra l'Italia e la Russia venne stabilita una convenzione nel 1874, sotto forma di una dichiarazione scambiatasi fra i due rispettivi Ministeri degli affari esteri.

I due Governi contraenti si sono impegnati a fare trasmettere le notificazioni o citazioni giudiziarie ed a fare eseguire le commissioni rogatorie in materia civile (e penale) dalle rispettive Autorità per quanto le leggi del paese lo permettano, purchè esse siano accompagnate da una traduzione francese e purchè il luogo di soggiorno del destinatario sia designato in una maniera precisa. Le ricevute delle notificazioni e citazioni saranno reciprocamente rilasciate se esse sono richieste; saranno anche accompagnate da una traduzione francese. Le notificazioni, citazioni e commissioni rogatorie dovranno essere trasmesse per la via diplomatica (4).

42. Nei rapporti d'ordine svariato fra l'Italia e la Repubblica di S. Marino si è pure prevista la materia delle commissioni rogatorie. È stabilito quanto segue:

a) Le Autorità giudiziarie del regno e quelle della Repubblica corrisponderanno direttamente fra loro per tutto ciò che si riferisce alle rogatorie in materia civile e commerciale, riguardanti citazioni, notificazioni o consegne di atti, giuramenti, interrogatorii, dichiarazioni, esami di testimoni, perizie ed altri atti d'istruzione, o riguardanti i provvedimenti per la esecuzione dei giudicati di cui nell'articolo 1, ovvero le garenzie provvisorie;

b) L'Autorità del luogo in cui si deve eseguire la rogatoria provvederà all'esecuzione, e trasmetterà gli atti relativi a quella da cui le pervenne la richiesta;

c) Le spese occorrenti per la esecuzione delle rogatorie sono a carico dello Stato richiedente; quelle riguardanti i provvedimenti per la esecuzione dei suddetti giudicati sono a carico delle parti interessate (5).

43. Nei rapporti tra l'Italia e la Repubblica di Costarica è stata regolata la materia delle commissioni rogatorie (6). Conseguentemente è ammessa la corrispondenza fra le Autorità giudiziarie d'Italia e quelle di Costarica, per l'esecuzione delle commissioni rogatorie in materia civile e commerciale, che concernano citazioni, investigazioni, consegne di atti giudiziari, interrogatori, prestazioni di giuramento, dichiarazioni a ricevere, audizione di testimoni, perizie od altri atti della procedura d'istruzione. Le lettere rogatorie sono dirette in via diplomatica dalla corte d'appello competente del regno d'Italia al rispettivo tribunale superiore della Repubblica di Costarica e viceversa; e le Autorità richieste sono tenute di darvi corso.

44. Fra l'Italia e la Serbia è intervenuto l'accordo, mediante il quale i due Stati si sono impegnati a fare eseguire le commissioni rogatorie in materia civile dalle loro autorità rispettive in quanto le leggi del paese non vi si oppongano. Le commissioni rogatorie devono essere trasmesse in via diplomatica. Le spese occasionate per la esecuzione delle commissioni rogatorie devono rimanere a carico dello Stato

riguardo delle materie civili, invece la convenzione con la Francia riguardava anche le materie penali.

(1) Convenzione di stabilimento e consolare fra l'Italia e la Svizzera (Berna, 22 luglio 1868).

(2) Protocollo concernente la esecuzione della convenzione di stabilimento e consolare del 22 luglio 1868 (Berna, 1° maggio, 1869), art. 2, interpretazione per l'esecuzione dell'art. 9 della convenzione del 1868.

(3) È notevole la disposizione del Consiglio federale svizzero a riguardo delle commissioni rogatorie nei rapporti fra le Autorità svizzera ed italiana.

La Corte d'appello e di cassazione del cantone di Berna che avea ricevuto dalla Corte di appello di Venezia una *commissione rogatoria in italiano,* inviò il documento alla legazione del regno d'Italia, con preghiera di farlo tradurre in tedesco od in francese. La legazione vi si rifiutò, allegando che dalle informazioni che le avea trasmesse il suo Governo, risultava essere di uso costante, in mancanza di legge regolatrice della materia, di dare corso alle commissioni rogatorie redatte nella lingua del paese che le spedisce. Il Consiglio federale chiamato dalle Autorità di Bergamo a pronunziarsi su questo incidente e ad intervenire perchè in seguito tutte le commissioni rogatorie indirizzate dall'Italia ai tribunali svizzeri fossero accompagnate da una traduzione in francese, rispose che esso non poteva accogliere questa domanda; e ciò perchè, *costituzionalmente,* l'italiano, come il tedesco ed il francese, è lingua nazionale della confederazione; e che inoltre, dal momento in cui un trattato autorizza i tribunali italiani e svizzeri a mantenere fra loro rapporti diretti, bisogna ammettere che essi devono avere il diritto di servirsi della loro lingua nazionale per le loro comunicazioni (Relazione all'Assemblea federale presentata dal Consiglio federale sull'amministrazione della giustizia nel 1892).

(4) Dichiarazione fra l'Italia e la Russia per la trasmissione degli atti giudiziarii e l'esecuzione delle Commissioni rogatorie (Pietroburgo, 21 giugno e 3 luglio 1874).

(5) Convenzione di buon vicinato fra l'Italia e la Repubblica di San Marino (Roma, 27 marzo 1872), art. 6.

(6) Convenzione fra l'Italia e la Repubblica di Costarica per definire le questioni di nazionalità, e provvedere all'assistenza giudiziaria gratuita (Roma, 6 maggio 1873).

richiesto. Un Governo deve sempre inviare muniti di una traduzione francese gli atti, che esso voglia fare intimare nell'altro paese.

È del pari stabilito che le citazioni e le notificazioni degli atti, le dichiarazioni o gli interrogatorii dei testimoni, le relazioni dei periti, gli atti di istruzione giudiziaria, in generale, ogni atto che deve avere esecuzione in materia civile (o penale) secondo commissione rogatoria del tribunale di un paese sul territorio dell'altro, deve ricevere la sua esecuzione su carta non bollata e senza pagamento di spese. Nondimeno questa disposizione si riferisce solamente ai diritti dovuti in tali casi ai Governi rispettivi e non comprenderà in veruna maniera nè le indennità dovute ai testimoni, nè gli emolumenti che potessero essere dovuti ai funzionari o procuratori, tutte le volte che il loro intervento fosse necessario secondo le leggi per l'adempimento dell'atto richiesto (1).

45. Con la Romania si è stabilito da parte dell'Italia un accordo speciale per l'invio reciproco delle rogatorie sin dal 1873 (2). In seguito vennero sancite norme più dettagliate (3). I due Governi contraenti si sono impegnati a fare trasmettere le notificazioni o citazioni giudiziarie ed a fare eseguire le commissioni rogatorie in materia civile e commerciale dalle loro Autorità rispettive in quanto le leggi del paese non vi si oppongano. Le ricevute delle notificazioni saranno rilasciate reciprocamente se sono richieste; le notificazioni, le citazioni e le commissioni rogatorie devono essere trasmesse per la via diplomatica. Le spese occasionate dalla consegna delle notificazioni e delle citazioni e dalla esecuzione delle commissioni rogatorie restano a carico dello Stato richiesto (4).

Le citazioni e notificazioni degli atti, le dichiarazioni od interrogatorii dei testimoni, le relazioni dei periti, gli atti di istruzione giudiziaria e in generale ogni atto che deve avere esecuzione in materia civile o commerciale, secondo commissione rogatoria del tribunale di un paese sul territorio dell'altro, deve ricevere la sua esecuzione su carta non registrata e senza pagamento di spese. Nondimeno questa disposizione non si riferirà se non ai diritti dovuti in tali casi ai Governi rispettivi, e non comprenderà in veruna maniera nè le indennità dovute ai testimoni, nè gli emolumenti che potessero essere dovuti ai funzionarii ed ai procuratori ogni volta che il loro intervento fosse necessario, secondo le leggi, per l'adempimento dell'atto richiesto.

46. Con le Repubbliche di San Domingo e dell'Uruguay il Governo italiano ha conchiuso due trattati, che contengono disposizioni identiche circa le commissioni rogatorie (5). Con questo accordo è stabilito che i due Governi contraenti si sono impegnati a fare eseguire le notificazioni o citazioni giudiziarie e le commissioni rogatorie delle rispettive Autorità giudiziarie, in quanto le leggi del paese non si oppongano. Le notificazioni, citazioni e commissioni rogatorie saranno trasmesse in via diplomatica. Le spese occorrenti resteranno a carico del Governo richiesto.

Capo VI. — **Esame delle regole di diritto internazionale sul deferimento e la esecuzione delle commissioni rogatorie.**

47. Obbligo da parte delle Autorità giudiziarie di ottemperare alle commissioni rogatorie provenienti dall'estero. — 48. Commissioni rogatorie, in mancanza di disposizioni legislative e di convenzioni internazionali. — 49. Pratica da osservarsi in caso di commissioni rogatorie tra paesi non legati da convenzione ed in cui la materia non è regolata da disposizioni legislative. — 50. Dei casi, in cui può e deve negarsi la esecuzione delle commissioni rogatorie. — 51. Diniego da opporsi alle commissioni rogatorie deferite per atti, che possono compiersi direttamente dalle parti interessate. — 52. Legge, secondo cui devesi determinare il contenuto come obietto delle commissioni rogatorie. — 53. Legge da applicarsi nello espletamento degli atti indicati nella commissione rogatoria. — 54. Potere del giudice richiedente di apprezzare la portata della prova raccolta dal giudice richiesto. — 55. Applicabilità della legge del paese, da cui emana la commissione rogatoria. — 56. Indicazione dei criteri secondo i quali può e deve applicarsi la legge del paese, da cui emana la commissione rogatoria nell'espletamento degli atti che vi si riferiscono. — 57. Incompetenza del giudice richiesto a pronunciare su ricorsi formati contro la commissione rogatoria ed a decidere incidenti contenziosi. — 58. Vari modi di trasmettere la commissione rogatoria. — 59. Lingua in uso nella trasmissione degli atti relativi alle commissioni rogatorie. — 60. Necessità che sia precisata la lingua, in cui devono essere redatti gli atti relativi alla commissione rogatoria. — 61. Norme adottate dall'Istituto di diritto internazionale. — 62. Deliberazioni delle conferenze dell'Aja.

47. Esiste l'obbligo da parte delle Autorità giudiziarie di ottemperare alle rogatorie provenienti dall'estero.

Alla mancanza di disposizioni legislative o di trattati internazionali, il magistrato non può sottrarsi all'obbligo di ottemperare alle commissioni rogatorie provenienti dall'estero; è questo un obbligo sancito dall'uso. Soltanto si registrano come casi isolati i pochi esempi di rifiuto (6). Ma tale attitudine del giudice dev'essere senza dubbio biasimata, imperocchè è inspirata a quel sentimento di diffidenza, cui s'informavano anticamente i rapporti fra gli Stati. Inoltre il magistrato di un paese, opponendo il rifiuto, eccita le misure di rappresaglia nella magistratura estera, da cui la commissione rogatoria è partita. Ed in tal guisa l'Autorità giudiziaria si priva volontariamente dei mezzi più utili e adatti al raccoglimento delle prove nel corso delle liti. È questo un principio riconosciuto dai Governi anche in quei

(1) Convenzione consolare e di stabilimenti tra l'Italia e la Serbia, 28 ottobre-9 nov. 1879. — Esecuzione in Italia per regio Decreto 21 marzo 1880, n. 5364, serie 2ª.

In senso conforme agli art. 10 e 11 della convenzione consolare in Italia sono redatti gli art. IV e VI della convenzione relativa all'assistenza giudiziaria tra la Serbia e l'Austria-Ungheria.

(2) Scambio di note fra l'agente e console generale d'Italia a Bukarest ed il ministro degli affari esteri di Romania per l'invio reciproco delle rogatorie accompagnate da una traduzione francese (Bukarest, luglio 1873).

(3) Convenzione consolare fra l'Italia e la Romania (Bukarest, 17-5 agosto 1880), (art. 9 e 10).

(4) L'accordo risultante dallo scambio delle note del luglio 1873 è stato confermato. Conseguentemente il Governo italiano spedirà, sempre muniti di una traduzione francese, gli atti che esso vorrà fare intimare in Romania ed il Governo rumeno allegherà sempre una traduzione in francese degli atti che esso desidera fare intimare in Italia. — I due Governi accetteranno reciprocamente gli atti tradotti in francese incaricandosi della loro traduzione nella lingua del paese, in caso che le loro leggi giudiziarie vietino l'intimazione di un atto qualunque in una lingua estera.

(5) Trattati di commercio, 19 settembre 1885.

(6) Corte di Bruxelles, 11 ottobre 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 257). — Trib. civ. di Jonzae, 15 sett. 1875 (*Journal du droit int. privé*, 1877, p. 44).

paesi, dove non esistono disposizioni legislative regolatrici delle commissioni rogatorie nei rapporti internazionali (1).

48. Quando sorge il caso di doversi deferire una commissione rogatoria da un paese all'altro e la pratica non è stabilita nè nelle leggi dei due Stati, nè nelle convenzioni internazionali, si presenta il quesito se la pratica stessa possa e debba aver corso. Su questo argomento si è discusso a lungo nella dottrina e nella giurisprudenza.

Da una parte si è risposto negativamente. Si è ritenuto che le delegazioni possano farsi fra le Autorità di un medesimo Stato perchè, solo in questo caso, la delegazione fatta in nome della stessa sovranità e delle leggi comuni potrebbe obbligare il magistrato delegato ad ottenere un'esecuzione certa; laddove la delegazione di un'Autorità straniera non potrebbe aver luogo se non per mezzo di lettere rogatorie poco o per niente obbligatorie, tranne la esistenza di particolari convenzioni internazionali (2).

Dall'altra parte si è risposto affermativamente. Si è ritenuto che parecchi atti giudiziari stranieri possano essere considerati per validi in altro paese, se essi sono regolarmente fatti e riuniscono tutte le formalità richieste; che il magistrato di un paese può deferire alla richiesta dell'autorità straniera, perchè in questo caso l'atto che esso compie non importa esecuzione parata, ma constata un fatto, la cui esistenza può servire di base ad un giudizio (3).

A misura che il principio della solidarietà degli Stati nel disimpegno del precipuo loro cómpito di amministrare la giustizia si è generalmente riconosciuto, si è ammesso il fondamento giuridico delle commissioni rogatorie deferite da un paese all'altro, anche in mancanza di disposizioni legislative e di accordi internazionali. A questo criterio si è informata successivamente la giurisprudenza (4). In senso conforme si è pronunziata pure la dottrina (5).

49. Quando si tratta di una commissione rogatoria indirizzata all'Autorità di un paese, con cui non havvi convenzione particolare, com'è il caso tra la Svizzera e la Gran Bretagna, tra la Russia e gli Stati Uniti d'America per ciò che concerne gli affari civili, occorre che l'Autorità giudiziaria, che procede alla richiesta, formoli, nella stessa commissione rogatoria, la domanda sotto offerta di reciprocità o di pagamento delle spese, facendola legalizzare dalle autorità nazionali competenti (6).

50. Vi sono casi, in cui può e deve negarsi la esecuzione della commissione rogatoria.

Quale che sia la fonte, da cui nei rapporti internazionali derivi l'obbligo, per il giudice delegato, di eseguire le commissioni rogatorie, cioè o la legge o il trattato o l'uso, egli può, anzi, alcune volte, deve, opporre un diniego. A stabilire una norma, alla cui stregua deve ritenersi legittimo il diniego, si possono indicare i criteri seguenti:

a) Il diniego deve opporsi quando il contenuto della commissione rogatoria non entri nelle attribuzioni dell'Autorità giudiziaria. E per vero l'istituto delle commissioni rogatorie è diretto ad assicurare l'assistenza reciproca degli Stati nella ricerca della verità nell'amministrazione della giustizia. Laonde lo scopo, cui per natura sua la commissione rogatoria è stata ammessa negli usi delle nazioni civili, rimarrebbe eluso se l'obietto dovesse estendersi a materie estranee agli atti d'ordine giudiziario (7).

b) Quando la esecuzione dell'atto cui la commissione si riferisce si presenta come tale da ledere la sovranità, la sicurezza dello Stato richiesta. Questa regola è l'applicazione, in fatto di commissioni rogatorie, della norma di diritto comune, secondo cui in nessun caso un atto proveniente dall'estero può ricevere esecuzione in un altro paese se la sua esecuzione potesse perturbare le basi, sulle quali è fon-

(1) Una importante discussione ebbe luogo nel Parlamento olandese il 5 dicembre 1878. Al deputato Wintgens, che rilevava il caso del rifiuto opposto dalla Corte di Amsterdam di ottemperare ad una Commissione proveniente dall'estero, il ministro della giustizia rispose che trattavasi di un caso unico contrario all'uso; e conchiudeva: « *Ex comitate gentium*, i giudici tanto del paese nostro, quanto stranieri, non si rifiutano giammai di soddisfare alle commissioni rogatorie ».

Il Ministro della giustizia in Francia, nelle istruzioni alla magistratura, ha detto: « l'Autorità giudiziaria francese delegata potrebbe, nel rigore dei principii (nella ipotesi della mancanza di trattati), rifiutarsi di deferire alla delegazione, senza commettere il diniego di giustizia che essa commetterebbe se la commissione rogatoria emanasse da un tribunale francese » (Circolare 19 dicembre 1891).

(2) Corte di Appello di Bruxelles, 18 ottobre 1826, 15 giugno 1832, 17 gennaio 1835; Corte di appello di Gand, 29 marzo 1838 (*Pasicrisie*, 1826, p. 257; 1832, p. 177; 1835, p. 19; 1838, p. 91); Tribunale civ. di Bruxelles, 7 gennaio 1833 (*Pasicrisie*, 1833, pag. 5).

(3) Corte di appello di Bruxelles, 19 dicembre 1815; 15 gennaio 1833 e 26 marzo 1836 (*Pasicrisie*, 1815, p. 555; 1833, pagina 19; 1836, p. 81); Corte di appello di Liegi, 5 marzo 1838 (*Pasicrisie*, 1842, p. 55).

(4) Corte di appello di Bruxelles, 29 luglio 1856, 29 dicembre 1865, 13 aprile 1867 (*Pasicrisie*, 1857, p. 18; 1866, p. 18; 1868, p. 316).

1° Corte provinciale dell'Over-Issel, 7 maggio 1849 (*Belgique judiciaire*, 1849, p. 964).

2° Corte di appello di Pau, 29 aprile 1861 (Sirey, *Recueil*, 1862, II, 253; *Dalloz Périodique*, 1862, II, 75); Corte di appello di Chambéry, 4 dicembre 1874 (*Journal du droit int. pr.*, 1875, p. 434; *Dalloz Périodique*, 1875, II, 96).

(5) Pardessus, *Droit commercial*, n. 1489; Chauveau sopra Carré, tomo II, quest., n. 998 ter, Suppl.; quest. 3417; Sebire e Carteret, *Encycl. du droit*, voce *Commission rogatoire*, n. 21 e 22; Foelix, *Droit international privé*, tit. I, n. 239; Weiss, *Traité de droit international privé*, p. 812.

(6) Criteri adottati dal Consiglio federale svizzero, 1888 (*Journal de droit int. privé*, 1889, 749).

Il Ministro della giustizia in Francia ha detto: « le commissioni rogatorie provenienti dall'estero non sono eseguibili in Francia, almeno nella mancanza di trattati, se non a titolo di pura benevolenza e sotto la riserva di misure di reciprocità che ci sono offerte e che noi siamo autorizzati a reclamare » (Circolare diretta ai procuratori generali il 15 dicembre 1891).

(7) Un caso si è presentato nei rapporti tra le Autorità francesi e svizzere nel 1893. L'Ambasciata francese trasmetteva al Consiglio federale una commissione rogatoria diretta dal giudice di istruzione di Pontarlier all'Autorità giudiziaria di Neufchâtel in un affare di contrabbando di merci istruito in Francia contro persone domiciliate nella Svizzera. Ai termini di questa commissione l'Autorità richiesta avrebbe dovuto sequestrare diverse carte presso le persone in questione e verificare la loro contabilità, allo scopo di ricercare e segnalare le operazioni di contrabbando di cui trattavasi. Conformemente alla pratica seguita sino allora, il Consiglio federale rifiutò ogni cooperazione nel cennato affare e rimise la commissione rogatoria alla Legazione francese, non avendo le Autorità la missione d'intervenire per asssicurare la esecuzione delle leggi di finanza dei paesi vicini (*Journal de Genève*, 20 agosto 1893).

dato l'ordinamento politico, morale ed economico di detto paese (1).

c) Il diniego è giusto quando la commissione rogatoria non sia stata rilasciata con tutte quelle guarentigie, che lo Stato straniero assicura alle parti contendenti (2).

d) Quale che sia il motivo per cui è dichiarato non potersi eseguire la commissione rogatoria, è tenuto il giudice delegato ad informarne immediatamente l'Autorità richiedente; ed inoltre deve indicare le ragioni per cui è stato indotto ad opporre il divieto. È questa norma un'applicazione della regola di diritto comune, secondo cui le decisioni dell'Autorità giudiziaria devono essere motivate.

51. Non devono essere materia di commissione rogatoria gli atti che, per loro natura, possono compiersi direttamente dalle parti interessate, imperocchè l'espletamento delle pratiche relative sfugge al compito dell'Autorità giudiziaria. Così l'apparizione di manifesti, la inserzione di notizie nei giornali, la collazione di documenti o di firme, d'altronde debitamente legalizzate, al di fuori d'ogni contestazione sulla loro sincerità, il rilascio di copie o la spedizione di atti autentici, di stati d'iscrizioni ipotecarie o di certificati d'indigenza o di non imposizione tributaria, ecc.

Questi ed altri atti somiglianti sono pratiche, che le parti interessate possono espletare direttamente coi mezzi che ogni particolare individuo tiene a sua disposizione e secondo le norme prescritte per ogni locale Amministrazione; e male a proposito s'invoca, in siffatte ricorrenze, l'opera del giudice. All'interno, certamente, le parti, che devono procedere ad un atto della serie di quelli enunciati, lo compiono direttamente, cioè personalmente, o per mezzo di avvocati o mandatarii comuni, non ne incaricano il giudice; e lo stesso criterio deve mantenersi nei rapporti internazionali. E ciò pel motivo che l'istituto delle commissioni rogatorie non è diretto allo scopo di risparmiare alle parti litiganti le cure richieste dalle esigenze del giudizio e le spese corrispondenti. Conseguentemente, in siffatte ipotesi il magistrato di un paese non deve prestarsi ad ottemperare ad una delegazione riferentesi ad uno degli atti menzionati, anche quando potesse essere giustificata dalla procedura in uso negli altri Stati. Ma, d'altro canto, non occorre restringere di troppo il campo riservato alle commissioni rogatorie; se si procedesse con criteri di restrizione, si verrebbe indirettamente a disconoscere la bontà e l'efficacia delle medesime. Così, allorquando ad un magistrato arriva da parte delle Autorità estere una domanda per via di commissioni rogatorie, che siano indirizzate certe notificazioni o citazioni, esso deve ottemperarvi, non ostante che le parti interessate siano in grado di prendere le misure necessarie a soddisfare il giudice straniero: deve in tal caso il magistrato ottemperarvi, imperocchè si tratta in sostanza della consegna di un atto giudiziario. A questi criteri devono informarsi le istruzioni, alla cui stregua i giudici di un paese devono valutare volta per volta se sia da ottemperarsi ad una delegazione proveniente dall'estero (3).

52. Tutto ciò che concerne il contenuto, come obietto della commissione rogatoria, deve determinarsi secondo la legge del paese cui appartiene il giudice delegante. E per vero il contenuto della commissione rogatoria si coordina intimamente alla materia stessa del giudizio di merito; in tanto si sente la necessità di procedere ad una commissione rogatoria, in quanto il giudice di merito ritiene che quel dato mezzo istruttorio, che si domanda di fare espletare all'estero, possa influire sul risultato della causa in corso. Le disposizioni che concernono quest'obietto sono conosciute sotto il titolo di *decisoriae lites.* Sicchè, a vagliare l'ammissibilità di un determinato mezzo istruttorio e la influenza che esso possa esercitare sul risultato della lite, deve invocarsi la legge del paese, da cui la commissione rogatoria emana. Ed ecco perchè il giudice delegante, nella determinazione dei limiti entro i quali questa commissione deve farsi, deve attenersi alla legge sua. Conseguentemente il giudice delegato deve interrogare ed udire i testimoni e le parti sopra tutti i fatti articolati nella commissione rogatoria e che sono diretti a stabilire una convenzione; egli deve udire i testimoni sui fatti che la commissione rogatoria avesse dichiarati suscettivi di essere provati in tale ma-

(1) La norma indicata è precisamente un' applicazione della prescrizione racchiusa nell'art. 12 delle disposizioni preliminari del cod. civ. italiano, secondo cui « in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi proibitive del regno che concernono le persone, i beni o gli atti, nè alle leggi riguardanti in qual siasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume ».

A concretizzare in una formola la norma citata, si potrebbe dire doversi respingere la Commissione rogatoria qualora la sua esecuzione dovesse « portare attentato all'ordine pubblico ».

Ma questa formola, che pure si adopera in molte ricorrenze, non è molto precisa. Infatti la espressione « ordine pubblico » comprende materie diverse, di cui soltanto alcune si possono riferire ai rapporti di diritto internazionale.

Dal punto di vista del diritto interno, la formola « ordine pubblico » comprende il complesso delle disposizioni legislative alle quali non è permesso ai cittadini di derogare con particolari convenzioni. Ma dal punto di vista internazionale, la formola « ordine pubblico » comprende quelle sole disposizioni, che il legislatore stesso non potrebbe modificare senza cambiare, travolgere o distruggere l'ordine sociale o costituzionale del suo paese; ed è precisamente contro siffatte disposizioni legislative che le leggi o gli atti di Autorità straniere non possono giammai produrre efficacia nel paese indicato.

Il giudice delegato può anche eseguire in parte la commissione rogatoria, procedendo ad alcuni soltanto degli atti indicati nella richiesta e dinegandosi di ottemperare alla esecuzione di quegli altri atti, che, sebbene indicati nella stessa richiesta, egli ritiene sconvenienti; e, nella specie, trattandosi di esame testimoniale, il giudice può porre al testimone le domande comunicategli che crede convenienti e rifiutarsi di porre le altre che crede sconvenienti.

(2) Il giudice delegato non deve certamente procedere ad un formale giudicio di delibazione prima di dare corso alla commissione rogatoria; ma d'altra parte non dev'essere un puro strumento materiale nell'espletamento dell'atto, cui la commissione si riferisce; egli non deve prestarsi all'espletamento di un atto qualora nell'ordinanza dell'Autorità straniera vi fosse una manifesta violazione delle norme elementari di procedura, cui l'Autorità giudiziaria nei diversi paesi è nel dovere di osservare.

Così nella giurisprudenza francese si è fermata la norma di respingersi la commissione rogatoria proveniente da un magistrato straniero (spagnuolo), che ai termini della legge sua (cod. di proc. civ. di Spagna) non era competente, non essendo esso il giudice del domicilio del convenuto; ed inoltre si è fermata la massima che non si può eseguire una commissione rogatoria, qualora l'ordinanza del magistrato straniero non sia stata pronunziata con la legale rappresentanza della parte interessata o nella sua legale contumacia (Tribunale civ. di Bayonne, 17 marzo 1874: *Journal du droit international privé*, 1875, 271).

(3) Nel senso indicato sono le istruzioni impartite dal Ministro della giustizia in Francia (Circolare 19 dicembre 1891).

niera, sebbene la legge in vigore nel suo paese ne vieti la prova testimoniale; egli ne deve ricevere il giuramento *litis decisoriae* anche quando questo genere di prova non sia ammesso nel paese suo; egli deve ricevere il giuramento suppletorio anche fuori i casi previsti dalla sua legge.

Così, in materia di inchieste ordinate all'estero, tutto ciò che concerne l'ammissibilità dell'inchiesta medesima è regolato dalla legge del luogo in cui si svolge il giudizio di merito; e se, a tenore della legge di detto paese, il giudice non può ordinare l'inchiesta se non in contraddizione delle parti, l'inchiesta medesima non ordinata in tal guisa ed eseguita all'estero deve ritenersi nulla, malgrado che nel paese, in cui si è praticata l'inchiesta, la legge non richiedesse la medesima condizione sotto la medesima sanzione (1).

53. La legge, secondo cui si devono espletare gli atti indicati nella commissione rogatoria, è incontestabilmente la legge del paese in cui risiede il giudice delegato. Questa norma è l'applicazione, nel caso speciale della commissione rogatoria, della regola racchiusa nella massima *locus regit actum*; regola, la quale presiede in genere a tutti gli atti di procedura.

Le modalità relative all'espletamento della commissione rogatoria concernono il modo di chiamare i testimoni e le parti dinanzi al magistrato, un accesso sopra luogo, una perizia, ecc. e la corrispondente redazione del processo verbale; le disposizioni che vi si riferiscono sono comprese sotto la denominazione generica di *ordinatoriae lites*.

A questo criterio si è costantemente informata la pratica relativa all'istituto delle commissioni rogatorie nei rapporti internazionali, anche nei tempi, in cui l'istituto medesimo non era ancora regolato nè da leggi nè da convenzioni (2). A questo medesimo criterio s'informano:

a) le prescrizioni governative (3);
b) le disposizioni di legge (4);
c) la dottrina (5);
d) la giurisprudenza nei diversi Stati (6).

Nelle deliberazioni della Conferenza dell'Aja è stata formulata la regola indicata nella maniera seguente: « l'Autorità giudiziaria che procede alla esecuzione di una commissione rogatoria applicherà le leggi del suo paese, in ciò che concerne le forme da seguire » (art. 6, in principio).

54. Il magistrato richiedente, come ha il potere di giudicare in merito della lite, ha il diritto di apprezzare la portata dell'atto istruttorio eseguito dal giudice richiesto; può insomma valutare se quest'atto istruttorio possa avere una portata decisiva nel merito della causa. Dappertutto si riconosce e devesi giustamente riconoscere questo potere nel magistrato di merito; esso ha un potere discrezionale nel ritenere o no come prova conclusiva una deposizione testimoniale raccolta all'estero, in ispecie se il giudice richiesto abbia proceduto dimezzatamente all'interrogatorio. Sicchè, relativamente alla esecuzione dell'atto istruttorio, sono le regole di procedura in vigore nel luogo del giudice richiesto quelle, che decidono in una maniera esclusiva delle forme dell'interrogatorio, della maniera con cui il giudice si assicura della sincerità ed imparzialità dei testimoni e dei periti e come egli deve far loro prestare giuramento. Ma, nel caso singolo, il giudice di merito esaminerà sino a qual punto la non osservanza delle forme più rigorose del diritto sancito nelle leggi sue abbia potuto pregiudicare all'autenticità delle testimonianze raccolte all'estero a tenore delle forme in uso nel paese del giudice delegato.

Ma, se dinanzi al giudice di merito si impugna la validità del mezzo istruttorio e si adduce la nullità dell'atto medesimo per non essersi espletato secondo le prescrizioni di legge, allora il Giudice di merito deve indagare se nello espletamento dell'atto istruttorio siasi osservata la legge del

---

(1) Tribunale di comm. di Anversa, 29 agosto 1873 (*Journal du droit international privé*, 1875, p. 215).

(2) Nell'antica giurisprudenza di Francia si verificò il caso di una sentenza del Parlamento di Parigi, con la quale si deferiva, per commissione rogatoria, alla Rota romana una inchiesta da eseguirsi a Roma, e si chiedeva la osservanza della legge francese relativa alla procedura da tenersi. Ecco la formola adoperata: *commissarii, dati per curiam ad inquirendum vel ad referendum curiae, per omnia inquirendo, et in ufficio inquisitionis sequentur et sequi debent stilum curiae parlamenti, a qua missi sunt, et non loci illius in quo inquirunt.*

La richiesta del Parlamento di Parigi era, per questa parte, una vera pretensione; laonde universalmente è stata biasimata nella Dottrina; ed il precedente non ha trovato seguito nella posteriore giurisprudenza.

(3) Il ministro della giustizia in Francia nelle antiche istruzioni impartite alla magistratura ha prescritto: « Si devono, in generale, seguire le leggi e la procedura del regno (Francia) nel caso di cui è questione per l'esecuzione delle commissioni rogatorie » (Circ. 5 aprile 1841). Lo stesso ministro della giustizia, recentemente, rinnovando le prescrizioni alle autorità giudiziarie, ha formolato le sue prescrizioni nei termini seguenti: « Io stimo che in principio il giudice francese deve per l'esecuzione del mandato giudiziario straniero, conformarsi alle prescrizioni della legge francese; tali erano le antiche istruzioni che impartiva il mio Ministero; esse si appoggiavano sul principio ben noto del diritto internazionale privato, di cui le nostre leggi civili contengono parecchie applicazioni, e secondo il quale la forma degli atti è retta dalla legge del paese in cui essi si compiono » (Circ. 19 dicembre 1891).

(4) Nella legge italiana è formulata genericamente la massima: « I modi di esecuzione degli atti e delle sentenze sono regolati dalla legge del luogo in cui si procede all'esecuzione » (Disposizioni preliminari del cod. civ., art. 10, in fine).

(5) Foelix, *Droit international privé*, t. I, n. 218; Laurent, *Droit international*, t. VIII, p. 106; Weiss, *Droit int. privé*, 2ª ediz., p. 814; Chrétien, *Note di giurisprudenza* (*Journal du droit int. privé*, 1889, p. 333 e 334); Vincent et Pénaud, *Dictionn. de droit intern. privé*, v. *Commission rogatoire*, n. 20; Paris, Larose et Forcel.

(6) Corte di appello di Pau, 29 aprile 1861 (Sirey, *Recueil*, 1862, 2, 253); Corte di appello di Dijon, 21 gen. 1869 (Sirey, *Recueil*, 1869, 2, 53); Tribunale di commercio della Senna, 9 ag. 1833 (*Gazette des tribunaux*); Trib. supremo di Leipzig, 23 aprile 1873 (*Journal* cit., 1874, p. 192, n. 3); Corte di app. di Chambéry, 4 dicembre 1874 (*Dalloz Périodique*, 1875, 2, 96); Trib di commercio di Anversa, 8 gennaio 1889 (*Belgique judiciaire*, 1889, 1889); Corte di cass. di Torino, 7 dic. 1887 (*Journal du droit int. privé*, 1889, p. 333).

È importante una decisione della magistratura belga. — Trattavasi, nella specie, di una perizia di certe merci da doversi eseguire a Londra. Il trib di commercio di Bruxelles ordinò che le merci fossero esaminate da periti da designarsi da magistrato inglese, cioè dalla *Court of common pleas*, o da qualunque altra corte a Londra competente (sentenza 12 giugno 1856). Una delle parti si appellò alla corte di Bruxelles e domandò che la Corte designasse periti belgi per andare a procedere in questa qualità. La corte decise che il modo di nomina proposto dall'appellante era poco praticabile, non potendo la giurisdizione dei periti alla pari di quella dei giudici belgi esercitarsi all'estero (sent. 29 luglio 1856; *Pasicrisie*, 1857, p. 18).

paese del giudice delegato; e, se risulta che la prova venne raccolta in base alla legge del paese richiesto, la eccezione di nullità esibita deve puramente e semplicemente rigettarsi (1).

55. Sebbene, per principio fondamentale, si applichi la legge imperante nel paese, cui appartiene il giudice delegato, pure alle volte si presenta la convenienza o s'impone la necessità che si applichi la legge del paese, cui appartiene il giudice delegante. Anzi bene spesso è lo stesso giudice delegante che, nella stessa commissione, esprime il desiderio che si deroghi all'applicazione della massima *locus regit actum*. In tal caso si devono seguire le forme indicate nelle leggi del paese, da cui la commissione emana. La necessità di siffatta deroga alla norma di diritto comune è stata rilevata dai Governi nelle prescrizioni impartite alle Autorità giudiziarie (2).

Nella Conferenza dell'Aja, dopo di essersi proclamata la regola, secondo cui deve applicarsi la legge del paese in cui la commissione si esegue, è fatta la seguente riserva: « Tuttavia si deferirà alla domanda dell'Autorità richiedente diretta a far sì che si proceda in una forma speciale anche non prevista dalla legislazione dello Stato richiesto purchè la forma di cui si tratta non sia proibita da questa legislazione » (art. 6, in fine).

56. La esecuzione delle commissioni rogatorie solleva alle volte questioni di merito, a riguardo delle quali l'applicazione della legge estera può essere considerata come praticamente utile alla soluzione definitiva del giudizio in corso dinanzi al giudice delegante ed alle volte anche come giuridicamente necessario. La moltiplicità dei casi non permette che si formuli una qualsiasi enumerazione nelle leggi e nei trattati.

Nel silenzio delle leggi e dei trattati e nella impossibilità d'indicare tassativamente in una disposizione legislativa od in una stipulazione internazionale i casi, in cui si possa o si debba applicare la legge del paese da cui la commissione emana, sorge la necessità di fissare un criterio come norma nella pratica. Il quesito va enunciato nei termini seguenti: il giudice, che riceve una commissione rogatoria straniera, è tenuto a seguire rigorosamente le prescrizioni della legge sua per la validità stessa delle operazioni che gli sono affidate? Può, per contrario, specialmente quando gliene fosse fatta istanza dall'Autorità giudiziaria estera, adottare le forme prescritte nella legge straniera? La soluzione del quesito può essere enunciata nei termini seguenti: per regola generale, il giudice delegato deve attenersi alle prescrizioni della legge sua; ma non è assolutamente *irregolare* che il giudice delegato segua certe forme indicate dalla legge estera, allorquando il magistrato straniero ne esprima il desiderio, almeno tutte le volte che la domanda del giudice delegante non sia in contradizione con le leggi e con gli usi giudiziari vigenti nel paese, in cui la commissione deve eseguirsi.

Così, dovendosi eseguire una inchiesta, se la legge del paese richiesto non ritenesse necessario che fosse espletata in contradditorio delle parti, e ciò fosse prescritto nella legge del paese da cui la rogatoria proviene, allora il giudice delegante può esprimere il desiderio che la esecuzione della inchiesta si espletasse alla presenza delle parti. Ed il giudice delegato deve ottemperarvi facendone avvertire le parti interessate, perchè si facessero legalmente rappresentare.

Facciamo una ipotesi d'ordine inverso. Trattasi della prestazione d'un giuramento. Il giudice delegato deve riceverlo nella forma prescritta dalla legge imperante nel paese suo. E, se nella stessa rogatoria fosse inclusa la richiesta della prestazione del giuramento con una particolare solennità religiosa, il giudice delegato dovrebbe ottemperare a questo desiderio, qualora ciò fosse praticabile con la legge del paese suo. Ma, se la legge del paese richiesto (per esempio la legge italiana) avesse prosciolto il giuramento dalla solennità religiosa, allora il giudice delegato (giudice italiano) dovrebbe diniegarsi per la parte concernente la formola religiosa, e deve ricevere il giuramento puro e semplice (3).

57. Il giudice delegato deve limitarsi ad eseguire l'atto istruttorio, che è obietto della richiesta; esso non è competente per decidere sulla opposizione presentata da una delle parti circa la portata del richiesto atto probatorio sulla decisione in merito della causa. Il giudice delegato deve puramente e semplicemente eseguire l'atto istruttorio, e la parte può, tutt'al più, riservarsi il diritto di presentare l'opposizione dinanzi al magistrato di merito (4).

58. I modi di trasmissione in uso tra'vari paesi si possono tutti compendiare nei tre seguenti: 1) la via diplomatica; 2) la corrispondenza diretta fra le Autorità giudiziarie; 3) l'azione diretta delle parti interessate nella causa.

1) Il metodo della trasmissione diplomatica è il più antico; ed avea ragione di essere quando il potere giudiziario era considerato come un'emanazione del potere esecutivo e, quando pei sentimenti di diffidenza, cui si informavano i rapporti internazionali, l'assistenza giudiziaria ritenevasi come una concessione tra Governi e non come l'adempimento di un obbligo inerente alla identità di missione degli Stati. È un metodo destinato a scomparire.

2) La corrispondenza diretta fra le Autorità giudiziarie è certamente più conveniente che la via diplomatica; ma può

(1) Nel senso indicato si è deciso nella giurisprudenza. Così il Tribunale civile di Saint-Julien, a riguardo di una commissione rogatoria ordinata dal magistrato francese ed eseguitasi nel Cantone di Ginevra, sentenza 12 novembre 1895 (*Journal du droit international privé*, 1896, 350).

(2) Il Ministro della giustizia in Francia ha detto: « nei casi rari che possano esigere una eccezione a questa regola (*locus regit actum*), ne viene dato avviso con una lettera speciale di spedizione (circ. 5 aprile 1841). Lo stesso Ministro della giustizia ha rilevato la frequenza dei casi in cui si può e si deve applicare la legge straniera ed ha conchiuso nei termini seguenti: « queste sono, d'altronde, quistioni al riguardo delle quali io devo limitarmi a semplici indicazioni; appartiene ai tribunali di dirimerle conformemente al loro proprio apprezzamento, attenendosi nel silenzio della legge francese ai principii generali del diritto » (circ. 19 dic. 1891).

(3) Conformemente alla norma di sopra enunciata, il Tribunale di commercio di Parigi diniegavasi di ottemperare alla richiesta del Tribunale di Colonia, che nella rogatoria avea prescritto doversi prestare il giuramento, trattandosi di israeliti *more judaico* (29 ottobre 1829, *Gazette des Tribunaux*, 30 ottobre 1829).

(4) Cassaz. di Francia, 15 maggio 1869 (*Journal du Palais*, 1870, 321); Trib. civ. di Bruxelles, 21 ott. 1875 (*Jurisprudence d'Anvers*, 1872, 2, 31; *Journal du droit int. privé*, 1876, 297). È stato pure ritenuto che, allorquando la sentenza ordinante la commissione rogatoria è stata eseguita, allorquando, p. es., trattandosi di una perizia all'estero, le parti vi sono comparse senza riserva, esse non sono più ammesse a contestare l'ammissibilità, nel processo della detta perizia, come mezzo probatorio (Corte di Bruxelles, 26 marzo 1836, *Pasicrisie belge*, 1836, 81).

più utilmente applicarsi nelle materie penali. Questo metodo importa l'adempimento di molte formalità, cui ponno essere tenute le Autorità giudiziarie in vista delle supreme esigenze della giustizia penale.

3) L'azione diretta delle parti è il metodo che meglio si addice per la presentazione della rogatoria civile. Imperocchè la rogatoria civile si ordina e si espleta nell'interesse delle parti; queste, d'altronde, possono adibire come procuratori di loro fiducia gli avvocati esercenti presso il tribunale delegato. E ciò si rende agevole tra paesi nei cui rapporti le comunicazioni sono frequenti.

Le spese devono essere a carico delle parti interessate. Questa norma non è stata ancora generalmente adottata, attesochè nella trasmissione delle comunicazioni rogatorie si segue ordinariamente o la via diplomatica o la corrispondenza diretta fra le Autorità giudiziarie. E, per eliminare l'inconveniente del mantenimento da parte di uno Stato di una particolare contabilità coi diversi Stati esteri per le spese occorrenti alla esecuzione delle commissioni rogatorie, si è stabilito generalmente l'uso della *gratuità reciproca*. Sicchè le spese relative alla esecuzione della commissione rogatoria sono sopportate dallo Stato richiesto, ma, perchè lo Stato richiesto assuma quest'obbligo, è mestieri che vi si trovi impegnato in virtù di un trattato. E, nella mancanza di un trattato, le spese restano a carico dello Stato richiedente, il quale non avrebbe verun diritto di farle ricadere a carico dello Stato richiesto.

59. Di regola ogni giudice redige la sua commissione e gli atti coi quali risponde ad una commissione a lui indirizzata, nella sua lingua nazionale; alcuni Stati, però, richiedono che le commissioni rogatorie indirizzate ai loro giudici siano accompagnate dalla traduzione fatta nella lingua più in uso nel paese.

D'ordinario nei trattati si stabilisce qualche disposizione relativa alla lingua in cui gli atti devono essere compilati; ed allora molte difficoltà si evitano nei rapporti tra i giudici dei due paesi contraenti. Ma inconvenienti di molto rilievo sorgono quando fra i due paesi nessun trattato particolare esiste, e quando esistendo un accordo generico sull'uso delle commissioni rogatorie non trovasi nulla precisato circa la lingua da adoperarsi.

In alcuni paesi i Governi hanno cercato di eliminare inconvenienti, che si verificano nella pratica, dando le opportune istruzioni alle rispettive autorità. Così il Governo belga (1). In altri casi i Governi si limitano a riconoscere l'uso comunemente riconosciuto in mancanza di sanzioni legislative e convenzionali (2).

60. È di grande necessità che sia precisata la lingua, in cui devono essere redatti gli atti relativi alla commissione rogatoria. Infatti, trattandosi di giudici appartenenti a paesi diversi, sono d'ordinario diverse le lingue che si adoperano nella redazione degli atti che si compiono nei rispettivi uffici. Se si ammettesse puramente e semplicemente che il giudice delegante dovesse adoperare la lingua in uso nel paese del giudice delegato, sorgerebbero molti inconvenienti nella pratica, e del pari molte difficoltà nascerebbero se si ammettesse che ogni giudice, assieme all'atto steso nella lingua propria, alligasse la traduzione nella lingua in uso nel paese, in cui i documenti devono essere trasmessi. Nelle norme formulate dalla Conferenza dell'Aja (1893-1894) si faceva la proposta seguente: « se la commissione rogatoria non è redatta nella lingua dell'Autorità richiesta, essa dovrà, salvo accordo contrario, essere accompagnata da una traduzione fatta nella lingua convenuta fra i due Stati interessati e legalizzata conformemente » (articolo 2, in fine).

Tale norma non risponde alle esigenze della pratica, imperocchè in primo luogo si accenna soltanto alla *richiesta* e nulla si dice circa la lingua da adoperarsi negli atti da compiersi dal giudice delegato; in secondo luogo si prevede che i due Stati contraenti abbiano stabilita una lingua uniforme, ma l'adempimento di questa sanzione supporrebbe che i giudici dei due paesi conoscessero questa lingua comune.

Noi invece proponiamo che il giudice delegante ed il giudice delegato dovessero stendere gli atti riguardanti la richiesta e la esecuzione della commissione nella lingua propria, ma tutti gli atti devono essere tradotti nella lingua generalmente in uso nei rapporti internazionali, cioè nella lingua francese. Così non si creerebbero difficoltà nè al giudice delegante, nè al giudice delegato, nè alla parte interessata.

61. Norme adottate dall'Istituto di Diritto Internazionale. Sin dai primordi della sua fondazione, l'Istituto di Diritto Internazionale sentì il bisogno di prendere in esame il procedimento relativo alle commissioni rogatorie. Tra le proposte formulate nella Sessione di Ginevra (1874), eravi il voto che « sarebbe utile di stabilire, mediante trattati internazionali, regole uniformi concernenti le forme di procedura per *regolare* le commissioni rogatorie » (3).

Nelle proposte presentate in seguito dalla presidenza dell'Istituto alle Commissioni speciali, vi furono alcune conclusioni novelle relative ai conflitti di legge in materia di procedura civile; e largo posto era fatto alla materia delle commissioni rogatorie (4). Sulle conclusioni presentate si fece un esame dettagliato nella Sessione di Zurigo (1887). E furono prese all'uopo le opportune deliberazioni (5).

62. Nel 1893 il Governo dei Paesi Bassi prese la inizia-

(1) Il Ministro della giustizia ha disposto che i documenti i quali accompagnano la commissione rogatoria e, a più forte ragione, questa commissione medesima, devono, occorrendo il caso, essere accompagnati da una traduzione francese (circol. 6 maggio 1837 e 1° marzo 1877); *Pandectes belges*, voce *Commission rogatoire*, n. 314.

(2) In un dubbio sollevatosi circa le commissioni rogatorie provenienti dall'Italia, il Governo federale svizzero rilevò gli inconvenienti derivanti dalla mancanza di analoghe disposizioni nel trattato.

Il Consiglio federale rilevò pure che i trattati di estradizione della Svizzera con l'Olanda e con la Russia prevedono, l'uno nell'art. 9 e l'altro nell'art. 17, che una traduzione francese degli atti e dei documenti dovrà essere allegata; ma circa il trattato di estradizione fra l'Italia e la Svizzera esso si limita a statuire nell'articolo 13 che l'esecuzione delle commissioni rogatorie deve avvenire conformemente alle leggi del paese in cui il testimone dovrà essere udito o rilasciato l'atto, ma che niente prescrive circa la forma degli atti (Relazione all'assemblea federale presentata dal Consiglio federale sull'amministrazione della giustizia nel 1892).

(3) *Annuaire de l'Institut de droit international*, année 1877, p 125; *Revue de droit international*, tit. VI, 1875, p. 364-392.

(4) Circolare 6 giugno 1877 (*Annuaire* cit., 1871, p. 44).

(5) Le regole adottate sono le seguenti:

a) Il giudice dinanzi a cui pende un processo potrà rivolgersi, per commissioni rogatorie, ad un giudice straniero per pregarlo di fare nella sua circoscrizione così un atto di istruzione come al-

tiva per la convocazione di una conferenza diplomatica allo scopo di preparare il progetto di un trattato sulla unificazione delle norme di diritto internazionale privato. Fra le tesi del programma presentato dal Governo olandese allo apprezzamento dei Governi esteri vi erano due progetti di regolamento concernenti la procedura in materia civile e commerciale; uno di essi concerneva le commissioni rogatorie e l'altro riguardava la comunicazione degli atti giudiziari ed estragiudiziali.

La conferenza fu tenuta effettivamente all'Aja (12-27 sett. 1893) (1). Fra le altre deliberazioni ve ne furono alcune d'ordine rilevante sulle commissioni rogatorie (2).

Il programma primitivo avea proporzioni troppo vaste per potere essere studiato e discusso dettagliatamente da una sola conferenza. Laonde si riconobbe la utilità di una conferenza ulteriore per fermare definitivamente il testo delle regole da proporsi come base del progetto di un trattato all'esame dei Governi che si erano fatti rappresentare. Conseguentemente, si tenne una nuova conferenza anche all'Aja nel 1894 (25 giugno-13 luglio 1894) (3).

Si riprese l'esame dell'argomento relativo alle commissioni rogatorie. Furono in massima adottate le proposte della prima Conferenza (1893). Ma in alcuni punti vennero introdotti notevoli cambiamenti.

Furono adottate alcune deliberazioni, che giova riportare (4).

Le norme adottate erano redatte nella maniera seguente:

a) In materia civile e commerciale l'Autorità giudiziaria di uno Stato potrà conformemente alle disposizioni della sua legislazione, rivolgersi per commissione rogatoria, all'autorità competente di un altro Stato, per domandarle di fare, nella sua circoscrizione, così un atto d'istruzione come altri atti giudiziari (art. 1) (5).

b) La trasmissione delle commissioni rogatorie si farà per la via diplomatica, tranne che la comunicazione diretta sia ammessa fra le autorità dei due Stati. Se la commissione rogatoria non è redatta nella lingua dell'autorità richiesta, essa dovrà, salvo contrario accordo, essere accompagnata da una traduzione fatta nella lingua convenuta fra i diversi Stati interessati e legalizzata conformemente (articolo 2) (6).

c) L'Autorità giudiziaria, cui è diretta la commissione, sarà obbligata di soddisfarvi. Tuttavia essa potrà rifiutarsi a darvi seguito:

1) Se l'autenticità del documento non è stabilita;

2) Se l'esecuzione della commissione rogatoria non entra nelle attribuzioni del potere giudiziario.

Inoltre, questa esecuzione potrà essere rifiutata se lo Stato, sul territorio del quale essa dovrebbe aver luogo, la giudichi di natura tale da portare attentato alla sua sovranità ed alla sua sicurezza (art. 3) (7).

d) In caso di incompetenza dell'Autorità richiesta, la commissione rogatoria sarà trasmessa d'ufficio all'autorità giudiziaria competente del medesimo Stato, secondo le regole stabilite dalla legislazione di quest'ultimo (art. 4) (8).

e) In tutti i casi in cui la commissione rogatoria non è eseguita dall'autorità richiesta, questa ne informerà immediatamente l'autorità richiedente, indicando, nel caso dell'art. 3, le ragioni per le quali l'esecuzione della commissione rogatoria è stata rifiutata e, nel caso dell'art. 4, l'autorità alla quale la commissione è trasmessa (art. 5) (9).

f) L'Autorità giudiziaria che procede alla esecuzione

---

tri atti giudiziarii pei quali l'intervento del giudice straniero fosse indispensabile od utile;

b) Il giudice, al quale si domanda di rilasciare una commissione rogatoria, decide della sua propria competenza, della legalità della richiesta, della sua opportunità, allorquando si tratta di un atto che legalmente può anche farsi dinanzi al giudice del merito, per esempio, udire testimoni, far prestare giuramento ad una delle parti;

c) La commissione rogatoria sarà indirizzata direttamente al tribunale straniero, salvo intervento ulteriore dei Governi interessati, se ne sia il caso;

d) Il tribunale, al quale la commissione è indirizzata, sarà obbligato di ottemperarvi dopo di essersi assicurato dell'autenticità del documento, della sua propria competenza *ratione materiae* secondo le leggi del paese in cui esso siede;

e) In caso d'incompetenza materiale il tribunale richiesto trasmetterà la commissione rogatoria al tribunale competente, dopo averne informato il richiedente;

f) Il tribunale, che procede ad un atto giudiziario in virtù di una commissione rogatoria, applica le leggi di questo paese in ciò che concerne le forme del processo, compresevi le forme delle prove e del giuramento.

Le deliberazioni adottate dall'istituto furono identiche alle conclusioni proposte nella circolare, salvo la formola indicata nella lettera *c*, imperocchè la corrispondente formola inserita nel numero *sei* della circolare del 6 giugno 1877 era redatta nei termini seguenti: « la commissione rogatoria è indirizzata direttamente da tribunale a tribunale dopo che esso sarà stato rivestito delle prove di autenticità prescritte dai trattati » (*Annuaire* cit., 1878, p. 48-49).

(1) Gli Stati rappresentati alla Conferenza furono i seguenti: Germania, Austria-Ungheria, Belgio, Danimarca, Spagna, Francia, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Romania, Russia e Svizzera.

La Svezia e la Norvegia avevano risposto favorevolmente allo invito di partecipare alla conferenza, ma non vi si fecero rappresentare. L'Inghilterra oppose un formale rifiuto.

(2) Protocollo finale sottoscritto all'Aja il 27 settembre 1853 (III, art. 1-6), *Disposizioni concernenti le commissioni rogatorie*. Fu relatore il delegato dell'Impero germanico, barone Di Seckendorff.

(3) Si fecero rappresentare i seguenti Governi: Germania, Austria-Ungheria, Belgio, Danimarca, Spagna, Francia, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Romania, Russia, Svezia, Norvegia e Svizzera.

(4) Protocollo finale, III, *Disposizioni concernenti la procedura civile; b*) ... commissioni rogatorie (art. 1-6).

Riporteremo le deliberazioni secondo il testo adottato nella seconda conferenza (1894). Anche nella seconda conferenza fu relatore l'istesso delegato dell'Impero germanico, barone Di Seckendorff.

(5) Articolo conforme al testo dell'articolo 1 della conferenza del 1893.

(6) Art. conforme al testo dell'art. 3 della conferenza del 1893.

(7) Nelle conferenze del 1894 il corrispondente articolo 3 era redatto nella maniera seguente: L'Autorità giudiziaria, alla quale è diretta la commissione rogatoria, sarà obbligata di ottemperarvi, dopo di essersi assicurata: 1) che il Documento è autentico; 2) che l'esecuzione della commissione rogatoria, entra nelle sue attribuzioni, ecc. . . . (l'ultimo alinea è uniforme nei due testi).

(8) L'inciso *secondo le regole stabilite dalla legislazione di quest'ultimo* fu un'aggiunzione introdotta nel testo della conferenza del 1894.

(9) Nel testo del Protocollo del 1893 l'articolo 5 racchiudeva semplicemente la seguente proposizione: *In tutti i casi in cui la commissione rogatoria non è eseguita dall'Autorità richiesta, questa ne informerà immediatamente l'Autorità richiedente.* Il rimanente della formola fu un'aggiunzione inserita nella conferenza del 1894.

di una commissione rogatoria applicherà le leggi del suo paese in ciò che concerne le forme da seguire. Tuttavia si deferirà alla domanda dell'autorità richiedente diretta a far sì che si proceda secondo una forma speciale, anche non prevista dalla legislazione dello Stato richiesto, purchè la forma di cui si tratta non sia vietata da questa legislazione (art. 6) (1).

FRANCESCO PAOLO CONTUZZI.

COMMISSIONE STRAORDINARIA.

SOMMARIO.

1. Generalità. — 2. L'amministrazione straordinaria secondo le leggi del 1859 e del 1865: suoi caratteri. — 3. Attribuzioni della Commissione secondo la legge vigente. — 4. Deliberazioni d'urgenza. — 5. L'articolo 15 della legge 11 luglio 1894, n. 287. — 6. Sua interpretazione. — 7. Conseguenze. — 8. L'articolo 2 della legge 7 luglio 1889, n. 6173. — 9. Indennità ai membri della Commissione. — 10. Rinvii.

1. L'art. 268 della legge comunale e provinciale 10 febbraio 1889, n. 5921 (testo unico), conferisce al Governo del re la facoltà di sciogliere con decreto reale i Consigli provinciali, quando gravi motivi d'ordine pubblico lo richiedano, o quando i Consigli stessi, richiamati all'osservanza degli obblighi loro imposti per legge, persistano a violarli.

Nell'intervallo di tempo che decorre dallo scioglimento del Consiglio provinciale alla nuova elezione, l'amministrazione della provincia è affidata, per il disposto dell'art. 269 della legge stessa, ad una speciale Commissione straordinaria, nominata con decreto reale, presieduta dal consigliere delegato della prefettura, e composta di quattro membri scelti fra persone che siano eleggibili a consiglieri provinciali, e che non abbiano fatto parte del disciolto Consiglio.

Questa Commissione, che esercita le funzioni dalla legge attribuite alla Deputazione provinciale, è regolata, quanto ai limiti della sua competenza, alle forme con cui essa deve esplicare la sua azione, alla responsabilità che assume, dalle stesse norme di massima che disciplinano l'opera dei commissari straordinari delegati dal Governo all'amministrazione dei Comuni, nel caso di scioglimento dei Consigli comunali (2).

I poteri della Commissione straordinaria, come quelli dei detti commissari delegati, durano fino a che non sia insediato il nuovo Consiglio, e cioè, di regola, tre mesi. Questo termine però può essere prorogato, con decreto reale, fino a sei mesi, per motivi amministrativi o d'ordine pubblico. A tale proposito, si è da parecchi osservato che questi termini sono da considerarsi troppo brevi, come quelli che non lasciano agli amministratori straordinari, preoccupati molto spesso, ed in misura predominante, delle nuove elezioni, il tempo necessario per ricondurre nella legalità una amministrazione, le cui condizioni furono riconosciute così anormali da richiedere il provvedimento, sempre grave, dello scioglimento.

Di questi inconvenienti non è mancato chi si è fatto eco in seno alla Commissione della Camera dei deputati, che nel 1894 ebbe ad esaminare un progetto, divenuto poi la legge 11 luglio 1894, n. 287, di modificazioni alla legge comunale e provinciale ed a quella elettorale; vi fu infatti discussa la opportunità di estendere la durata delle funzioni della amministrazione straordinaria a sei mesi, come periodo normale, e ad un anno, in via di eccezione. Ma la maggioranza della Commissione (cinque voti contro quattro) vi si mostrò contraria, considerando che, « pur ammessa la difficoltà di potersi conseguire in un breve periodo quel riordinamento di pubblici servizi, e quella pacificazione di partiti, che poterono consigliare lo scioglimento dell'amministrazione elettiva, d'altra parte la sospensione della vita normale degli enti locali è cosa di tale gravità, che non potrebbe estendersi oltre la durata di tempo strettamente necessaria alla ricostituzione della legittima rappresentanza » (3).

2. Il principio di affidare l'amministrazione temporanea della provincia ad una speciale Commissione, costituita quasi completamente di elementi estranei all'amministrazione governativa, fu introdotto per la prima volta nella nostra legislazione con la legge del 1889. Fino allora si era sempre seguito il sistema di lasciare la detta amministrazione direttamente all'autorità governativa della provincia. La legge del 23 ottobre 1859 stabiliva infatti (art. 188) che, in caso di scioglimento del Consiglio provinciale, spettava al governatore ed al Consiglio di Governo di esercitare le funzioni dalla legge affidate alla Deputazione provinciale per l'amministrazione della provincia e per la tutela dei Comuni. Per la legge del 20 marzo 1865, allegato *A* (art. 201), le stesse attribuzioni erano conferite al prefetto, che doveva provvedere sentito il Consiglio di prefettura.

Era questa una conseguenza della incompleta distinzione che nelle citate leggi facevasi fra l'amministrazione dell'ente provinciale e le funzioni di tutela e di alto controllo sugli enti locali, affidate allo stesso organo, la Deputazione provinciale, ed al prefetto.

Stabilita nettamente, con la riforma del 1889, siffatta distinzione, e riconosciuta alla provincia l'autonomia cui ha diritto, era naturale che anche per il caso d'amministrazione straordinaria si provvedesse in conformità ai nuovi criteri. Lo avere affidato la presidenza della Commissione straordinaria al consigliere delegato, anzichè al prefetto, che è a sua volta presidente della Giunta provinciale amministrativa, ed il modo con cui la Commissione venne costituita, dimostrano come il legislatore si sia studiato di conferire ad essa un carattere essenzialmente amministrativo, e di sottrarla, per quanto era possibile, alle influenze politiche.

3. Le attribuzioni della Commissione straordinaria sono, come si è detto, indicate in termini generali dall'articolo 269 della legge comunale e provinciale, dove è stabilito che la Commissione esercita le funzioni che la legge conferisce alla Deputazione provinciale, nello stesso modo che i commissari straordinari per i Comuni esercitano quelle della Giunta comunale.

Tali attribuzioni trovansi indicate negli articoli 210 e seguenti della legge comunale e provinciale, salvo i limiti che vennero in seguito fissati dalla legge 11 luglio 1894, n. 287, di cui si tratterà più innanzi.

Quanto alle forme con cui la Commissione prende le sue deliberazioni, deve intendersi che sono da osservarsi, in

(1) Il testo dell'articolo 6 è identico all'analogo articolo 6 adottato nella conferenza del 1893.

(2) V. Grizzuti, *Scioglimento dei Consigli secondo la nuova legge;* Napoli, tip. Vesuviana, 1890.

(3) V. Relazione del deputato Grippo alla Camera dei deputati, presentata in seduta del 28 aprile 1894 (*Atti parl.*, leg. XVIII, sess. I, discussioni, pag. 10797).

quanto siano applicabili, le norme stabilite per le deliberazioni delle Deputazioni provinciali, onde anche quelle di cui agli articoli 219 a 222 della legge e quelle dell'articolo 212 per ciò che riguarda le funzioni del consigliere delegato, quale presidente della Commissione straordinaria.

In conformità poi al disposto dell'articolo 102 del regolamento 10 giugno 1889, n. 6107, per la esecuzione della legge comunale e provinciale, spetta alla Commissione straordinaria di compiere, in materia di elezioni provinciali, le operazioni attribuite dall'art. 189 della legge alla Deputazione provinciale, e cioè: verificare in seduta pubblica la regolarità delle elezioni; statuire sui reclami insorti; fare lo spoglio dei voti; proclamare a consiglieri provinciali i candidati che ottennero maggior numero di voti, e finalmente notificare agli eletti il risultato delle elezioni.

La Commissione straordinaria esercita tutte le sue funzioni, qualunque sia il motivo che ha provocato lo scioglimento del Consiglio provinciale, e può anche procedere ad inchieste sull'operato dei precedenti amministratori, per rilevarne le eventuali responsabilità, anche se il conto relativo sia già stato approvato dalla Corte dei conti (1).

4. Per il combinato disposto degli articoli 210, n. 9, 211 e 269 della legge comunale e provinciale la Commissione straordinaria può, a somiglianza della Deputazione provinciale, prendere sotto la sua responsabilità le deliberazioni che altrimenti spetterebbero al Consiglio provinciale, quando esistano motivi di urgenza, e quando si verifichino le seguenti due condizioni:

1° che l'urgenza sia tale da non permettere che si attenda la convocazione del nuovo Consiglio;

2° che sia dovuta a causa nuova e posteriore all'ultima adunanza del Consiglio stesso.

Queste deliberazioni, che è quasi inutile osservare come costituiscano la parte più importante dell'ufficio affidato alla Commissione straordinaria, devono essere immediatamente notificate al prefetto e pubblicate come quelle del Consiglio, avvertendo, quanto alla pubblicazione, che è sufficiente sia fatta, anche solo per estratto, nel *Bollettino* della provincia per gli annunci ufficiali (2).

E poichè con deliberazione d'urgenza la Deputazione provinciale può anche modificare le condizioni di un contratto già deliberato dal Consiglio, sotto la responsabilità dei suoi membri, tale facoltà *a fortiori* spetta alla Commissione straordinaria (3).

Delle deliberazioni prese d'urgenza, assumendo i poteri del Consiglio, la Commissione straordinaria deve far relazione al Consiglio stesso, ricostituito nella sua prima adunanza; e, per l'art. 269 della legge del 1889, doveva in ogni caso richiederne la ratifica. Fino a che questa non fosse stata dal Consiglio accordata, la Commissione straordinaria rimaneva responsabile delle spese deliberate, ai termini dell'art. 256 della legge.

Non lievi nè infrequenti inconvenienti ebbero però a notarsi fin dalle prime applicazioni di questa disposizione relativa alla ratifica.

Se il concedere una così grande estensione di poteri alla Commissione straordinaria può essere imposto dalla necessità delle cose, perchè durante la sospensione della vita delle rappresentanze locali conviene pure provvedere in casi d'urgenza a funzioni che esorbitano dai confini delle ordinarie attribuzioni della Deputazione provinciale; d'altra parte l'opera della Commissione può in taluni casi pregiudicare gravemente gli interessi della provincia per somme rilevanti impegnate in appalti, in opere pubbliche, in riforme di organici ed altro (4).

Nè l'obbligo della ratifica dei Consigli ricostituiti era sempre sufficiente riparo a tale pericolo, poichè, secondo una prevalente giurisprudenza delle Corti di cassazione (5), il rifiuto di ratifica non basta ad invalidare gli obblighi assunti verso i terzi da chi legittimamente rappresenta la provincia.

Questa giurisprudenza incontrò, è vero, numerose e valide opposizioni nella dottrina (6), opposizioni che non è qui il luogo di discutere riguardando in linea principale la efficacia degli atti della Deputazione provinciale e delle Giunte comunali; ma il fatto incontestabile della sua esistenza esponeva, in ogni modo, sempre l'amministrazione della provincia a danni ben gravi.

Rimaneva, unico rimedio, la responsabilità degli amministratori, sancita dall'art. 256 della legge comunale e provinciale, e disciplinata dagli articoli 112 e seguenti del relativo regolamento; ma è fin troppo noto che nella maggior parte dei casi questa responsabilità si manifesta affatto irrisoria e priva di qualsiasi utile effetto.

In un ordine tutto opposto di concetti, l'obbligo della ratifica, per qualsiasi deliberazione, presentava poi un altro inconveniente: quello cioè di assoggettare, senza alcun limite, l'opera della Commissione straordinaria al beneplacito dei nuovi Consigli, troppo sovente influenzati da considerazioni di partito e da passioni locali. Provvedimenti anche saggi e di evidente vantaggio per la provincia potevano es-

(1) V. parere del Consiglio di Stato, Sez. Interno, del 16 novembre 1895, *Prov. di Caserta* (in Astengo, *Manuale*, 1895, p. 446). Nello stesso voto il Consiglio di Stato ha anche ritenuto che per i ricorsi contro i provvedimenti della Commissione straordinaria vale il termine di trenta giorni, stabilito dall'art. 270 della legge com. e prov. per tutti i ricorsi in via gerarchica.

(2) Arg. Consiglio di Stato, Sez. Int., 17 giugno e 19 agosto 1891 (*Legge*, 1891, II, p. 320 e 363). V. inoltre Saredo, *La nuova legge sull'Amministrazione comunale e provinciale*. Torino, Unione tip.-ed., 1890, n. 8722 e seg.

(3) V. Saredo, Op. cit., n. 8718.

(4) V. Relazione del deputato Grippo alla Camera dei deputati, già citata.

(5) Ricordiamo, per citare solo casi recenti, una sentenza della Cassazione di Napoli del 6 aprile 1894, *Municipio di Sarno* c. *Nebbia ed altri* (*Legge*, 1894, II, 548), e quella della stessa Cassazione del 28 marzo 1895, in causa *Provincia di Catanzaro* c. *Carrossetta*, nella quale è stabilita la massima che il contratto stipulato d'urgenza dalla Deputazione provinciale è perfetto rispetto ai terzi, anche indipendentemente dalla ratifica del Cons. prov. a cui la deliberazione sia soggetta (*Rivista amministrativa*, 1895, p. 798). La Sez. IV del Cons. di Stato andò però in contrario avviso nella decisione del 9 novembre 1894 (*Bruno* c. *Ministero dell'Interno* e *Comune di Foggia*: *Legge*, 1895, I, 61), ritenendo che il potere di ratifica attribuito ai Consigli non ha unicamente lo scopo di rendere effettiva la responsabilità degli amministratori straordinari, ma riguarda l'esistenza stessa delle deliberazioni d'urgenza nel senso che, negata la ratifica, tali deliberazioni diventano senz'altro improduttive di effetti, come atti amministrativi, anche nei rapporti coi terzi.

(6) V. Saredo, *La nuova legge sull'Amministrazione comunale e prov.*, Torino, Unione tip.-editrice, 1890, n. 4966 e seg.; Mazzoccolo, *La legge com. e prov. annotata*, 3ª ediz., Milano 1894, pag. 311 a 313; Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*, Torino, Unione tip.-ed., 1892.

sere ridotti nel nulla da una assemblea ostile alla Commissione ed ispirantesi a criteri, che con l'amministrazione nulla avessero a che fare. In qualunque caso poi, la permanente incertezza sulla validità del provvedimento preso dalla Commissione straordinaria, fino a che non fosse intervenuta la deliberazione del nuovo Consiglio, non poteva che nuocere gravemente al buon andamento dell'amministrazione provinciale.

5. La Commissione parlamentare, che esaminava nel 1894 il progetto di legge presentato dal Governo per modificazioni alle leggi fino allora vigenti in materia di operazioni elettorali e di eleggibilità amministrativa, fattasi ragione di tutti i suaccennati inconvenienti, reputò utile di introdurre nel progetto stesso, che pur riguardava materie tanto diverse, una disposizione che meglio disciplinasse le norme contenute nell'art. 269 della legge comunale e provinciale.

La proposta venne favorevolmente accolta dal Governo e dal Parlamento, e la nuova disposizione formò oggetto dell'art. 15 della legge 11 luglio 1894, n. 287. Con questo articolo venne stabilito che le deliberazioni, prese d'urgenza dalla Commissione straordinaria, non possono vincolare il bilancio della provincia oltre l'anno, sono soggette all'approvazione della Giunta provinciale amministrativa, e devono essere comunicate al Consiglio provinciale ricostituito, perchè ne prenda atto. Con quest'ultima disposizione, che in fondo è un ritorno alle norme dell'art. 94 della legge 20 marzo 1865, è stata quindi tolta, entro una certa misura, la necessità della ratifica del nuovo Consiglio.

Numerose e gravi critiche vennero però mosse a questa innovazione. Parve che il potere della Commissione straordinaria ne rimanesse soverchiamente limitato, ritenendosi che la impossibilità d'impegnare il bilancio oltre l'anno togliesse alla Commissione il modo di provvedere anche a necessità d'ordinaria amministrazione (1). Anche il vincolo dell'approvazione della Giunta provinciale amministrativa si è giudicato pericoloso, poichè facilmente l'approvazione potrebbe venire negata da una Giunta, che è emanazione del disciolto Consiglio. Nulla, infine, impedisce al Consiglio ricostituito di deliberare subito provvedimenti contrari a quelli presi dalla Commissione straordinaria. Nel complesso la nuova disposizione fu accusata di soverchio dottrinarismo, priva di pratica utilità e talvolta anzi pericolosa.

Ma è facile rilevare come queste critiche trovino la loro ragione d'essere in una inesatta interpretazione dell'art. 15. Il Saredo, infatti, osserva che l'articolo in questione, mentre dichiara che le disposizioni prese d'urgenza dalla Commissione straordinaria, assumendo i poteri del Consiglio, non possono vincolare il bilancio oltre l'anno, riduce bensì la durata del vincolo, ma non dice già che le deliberazioni siano nulle e prive di qualsiasi effetto se impegnino il bilancio oltre il detto limite. L'approvazione della Giunta provinciale amministrativa le rende efficaci limitatamente al periodo indicato dalla legge; per il di più rimangono soggette, come per il passato, alla ratifica del Consiglio provinciale (2).

6. Troppo essenziale era in ogni modo la questione, perchè non fosse necessario risolverla in modo da poter dare una guida costante e sicura alle autorità amministrative, cui avvenga di dover applicare la disposizione legislativa in discussione. Il Ministero dell'Interno infatti, sentito il Consiglio di Stato, impartì in proposito opportune istruzioni alle dette autorità con circolare del 6 ottobre 1895 (3).

Il Consiglio di Stato ritenne, in adunanza del 24 settembre 1895, che l'articolo 15 della legge 11 luglio 1894, n. 287, non restrinse le precedenti disposizioni della legge comunale e provinciale, in virtù delle quali la Commissione straordinaria può compiere tutti gli atti affidati alla Deputazione provinciale, compresi quelli indicati all'articolo 211; ma mirò a rendere più efficace e più proficua l'opera della Commissione, aggiungendo alle altre facoltà una nuova, cioè che le deliberazioni da essa prese d'urgenza in luogo e sede del Consiglio provinciale possono vincolare il bilancio per un anno, con la sola condizione che le deliberazioni stesse siano approvate dalla Giunta provinciale amministrativa. La ratifica del Consiglio non occorre più che per le deliberazioni che estendono il vincolo al di là di un anno. Se poi la durata di esso sia determinata da una legge speciale, le facoltà della Commissione straordinaria non vengono meno, in quanto che il vincolo non si limita ad un anno, ma si estende a tutto il tempo dalla legge stabilito; ed approvata la deliberazione della Giunta provinciale amministrativa, essa non ha più bisogno della ratifica del Consiglio, cui spetta solo di ricorrere, se è in tempo, nei modi autorizzati dalla legge.

È poi indiscusso che una deliberazione d'urgenza non approvata dalla Giunta provinciale amministrativa od annullata dal prefetto, non può essere sottoposta alla ratifica del Consiglio provinciale, il quale non può far rivivere un atto che fin dalle sue origini sia stato dichiarato nullo ed inesistente.

7. Posta questa interpretazione che, per quanto non risponda forse esattamente al concetto di coloro che proposero la riforma (v. n. 4), ci auguriamo di veder presto confermata dal magistrato ordinario, e che potrà anche meglio essere stabilita quando si pubblichi un nuovo testo unico della legge comunale e provinciale (4), è facile rilevare quali importanti conseguenze abbia a produrre la nuova disposizione legislativa.

Una delle ragioni per cui, più sovente, si rende necessario lo scioglimento di un Consiglio è la mancata formazione del bilancio; ora, sotto l'impero della legge del 1889, poteva avvenire che il bilancio, deliberato in via di urgenza dalla Commissione straordinaria, fosse poi distrutto dal nuovo Consiglio, ricostituitosi con la stessa maggioranza di prima. Con le disposizioni della legge del 1894 questo inconveniente non può più verificarsi, poichè il bilancio, una volta approvato dalla Giunta provinciale amministrativa, non ha più bisogno della ratifica del Consiglio provinciale.

Di un'altra rilevante conseguenza è pur d'uopo tener conto. Per il combinato disposto degli art. 210, n. 9, 211 e 269, l'esame di merito sui motivi che diedero luogo alla deliberazione d'urgenza, sottratto, per una prevalente giurisprudenza, al giudizio del magistrato ordinario (5), era

(1) V. Astengo, *Appendice alla Guida amministrativa;* Roma, Cecchini, 1894, p. 116.

(2) V. Saredo, *La nuova legge sull'Amministrazione com. e prov.: Appendice;* Torino, Unione tip.-editr., 1896, n. 548-556.

(3) V. *Rivista amministrativa*, 1895, p. 894.

(4) La sollecita pubblicazione di un nuovo testo unico è vivamente desiderata, tenuto conto del gran numero di modificazioni che la legge com. e prov. ebbe a subire nel breve tempo decorso dalla sua promulgazione.

(5) V. in proposito *Riv. amm.*, 1884, p. 649. La Cassazione romana anche recentemente ebbe a confermare lo stesso principio: 10 ottobre 1895, in causa *P. M.* c. *Comune di Venezia* (*Riv. amm.*, 1895, p. 1033).

riservato esclusivamente al nuovo Consiglio provinciale, chiamato a ratificare, in ogni caso, la deliberazione stessa.

Ciò, naturalmente, offriva al nuovo Consiglio, influenzato dai concetti cui si è altrove accennato, un altro mezzo per manifestare la propria ostilità all'operato della Commissione, negando il riconoscimento dell'urgenza; ora, mercè la nuova disposizione, un tale esame spetta sempre alla Giunta provinciale amministrativa, la quale prima di dare la sua approvazione alla deliberazione deve naturalmente ricercare se sussistano le circostanze previste dall'art. 211 della legge comunale e provinciale.

Per quanto poi ha rapporto alla questione della responsabilità degli amministratori, che pure malgrado la modificazione introdotta alla legge comunale e provinciale è in parte rimasta integra, la legge 11 luglio 1894, n. 287, vi ha dato una nuova sanzione, che non mancherà certo di produrre qualche buon effetto nella pratica. Con l'art. 11 di detta legge è stato, infatti, stabilito che sono ineleggibili alla carica di consiglieri provinciali e comunali, o se già eletti ne decadono, gli amministratori della provincia o del comune dichiarati responsabili, tanto in linea amministrativa che civile, e coloro che, avendo un debito liquido ed esigibile verso la provincia od il comune, sono stati legalmente messi in mora.

L'articolo 269 della legge comunale e provinciale aveva lasciata insoluta un'altra grave questione: quella degli effetti dello scioglimento del Consiglio rispetto ai consiglieri provinciali chiamati, come tali, a far parte di cariche o di Commissioni derivanti da leggi speciali.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, che in varie occasioni dal 1867 al 1888 si era mostrata oscillante, propendeva però a ritenere che lo scioglimento dell'assemblea provinciale producesse, *ipso jure*, la decadenza dei consiglieri dalla funzione di membri di Commissioni, alle quali fossero stati chiamati per effetto di tale loro qualità. In questo senso il Ministero dell'Interno diramò infatti una circolare in data 1° marzo 1889, con la quale invitò le autorità da esso dipendenti ad attenersi costantemente a tale giurisprudenza (1).

Più grave era poi il caso in cui la nomina dei membri di una Commissione dovesse essere fatta dal Consiglio provinciale, come, ad es., nel caso di nomina dei membri della Commissione di appello per le liste elettorali politiche, e che il Consiglio stesso non potesse procedervi per effetto dell'avvenuto scioglimento. La importante lacuna della legge era stata riconosciuta dal Consiglio di Stato, il quale ammise che per ripararvi non vi fosse altro mezzo che proporre al Parlamento un apposito progetto di legge, se non si voleva, nel caso di Commissioni per le liste elettorali, far procedere alle elezioni in base alle liste approvate nell'anno precedente (2).

8. A tutti questi inconvenienti intese riparare l'art. 2 della legge 7 luglio 1889, n. 6173 (serie 3ª), il quale stabilì anzitutto il principio che per il fatto dello scioglimento del Consiglio provinciale cessano dall'esercizio di speciali funzioni, per il quale la legge espressamente richieda la qualità di consigliere, coloro che al momento dello scioglimento se ne trovino investiti. Alla loro surrogazione provvede la Commissione straordinaria con nomine da farsi fra gli eleggibili a consiglieri provinciali.

Quanto poi alla nomina dei tre commissari per l'esame in appello delle liste elettorali politiche, di cui all'art. 32 della legge elettorale politica 24 settembre 1882, n. 999, emendata dalle successive leggi 5 maggio 1891, n. 210, ed 11 luglio 1894, n. 286 (3), il su citato articolo ne riserva la nomina alla Giunta provinciale amministrativa.

Le persone così nominate durano in carica fino a che, convocati i nuovi Consigli, non vengano da questi regolarmente sostituite.

L'adozione di questa disposizione di legge, malgrado la evidente necessità sua, non mancò di dar luogo ad una vivace discussione in seno alla Camera dei deputati. A qualcuno parve che il provvedimento non fosse necessario; altri si mostrarono riluttanti ad affidare ad una Commissione di origine governativa un mandato così importante; altri infine osservarono che, pur essendo necessario provvedere, non era opportuno lasciare la nomina di commissari incaricati dell'esame delle liste elettorali alla Giunta provinciale amministrativa, i cui membri elettivi erano stati scelti dal disciolto Consiglio provinciale.

Si osserva ancora che manca una disposizione precisa che estenda alla materia delle liste elettorali amministrative, quelle norme che si riferiscono espressamente alle liste elettorali politiche, in dipendenza della modificazione introdotta all'art. 48 della legge comunale e provinciale dalla legge 11 luglio 1894, n. 286.

9. Ai membri della Commissione straordinaria, come ai regi commissari delegati all'amministrazione dei Comuni, può essere dal Governo assegnata una indennità, la cui misura varia a seconda dell'importanza della missione, delle condizioni finanziarie della provincia, delle spese che le persone investite di questi incarichi devono sostenere; però l'indennità non dovrebbe mai essere determinata in misura eccessiva, come spesso accade, per non aggravare soverchiamente le amministrazioni, e per togliere il sospetto che la nomina a commissari sia un atto di favoritismo (4).

È poi da ritenersi che, come ai regi commissari straordinari, l'indennità spetti ai membri della Commissione straordinaria, non per i soli 90 giorni, ma fino a che la Commissione rimanga in funzioni, e cioè fino a che non sia regolarmente costituito il nuovo Consiglio (5). Parimenti

(1) V. Astengo, *Manuale*, 1889, p. 89.

(2) Parere del Consiglio di Stato, Sez. Unite, 11 maggio 1889 (Astengo, *Manuale*, 1889, p. 201).

(3) Per effetto delle modificazioni introdotte al citato articolo 32 della legge elettorale politica dalla legge 11 luglio 1894, n. 286, i tre membri della Commissione elettorale provinciale, nominati dal Consiglio provinciale in sessione ordinaria, devono essere scelti fra gli elettori della provincia che non siano membri del Parlamento, nè impiegati civili o militari dello Stato in attività di servizio, nè impiegati delle provincie, dei Comuni o delle Opere pie.

(4) V. Astengo, *Guida amministrativa*, p. 1634.

(5) A questo proposito non sarà inutile ricordare che il nuovo Consiglio viene convocato dal presidente di quello cessato. Ma dovendosi ritenere che con tale convocazione il presidente abbia esaurito le sue attribuzioni, la presidenza della prima seduta spetta non a lui, ma al consigliere anziano (Consiglio di Stato, Sez. Int., 20 dicembre 1895: Astengo, *Man.*, 1896, p. 27).

Non è del pari ammissibile che, per il fatto che qualche mandamento sia rimasto, nella elezione del nuovo Consiglio, senza rappresentante, possa essere invitato alle sedute il consigliere che rappresentava quel mandamento nel precedente Consiglio; poichè con la installazione del Consiglio nuovo devonsi ritenere scaduti di carica tutti indistintamente coloro che ne facevano parte (Consiglio di Stato, Sez. Int., 29 novembre 1895: Astengo, *Man.*, 1896, p. 26).

il fatto della costituzione del nuovo Consiglio esclude che, per qualsiasi ragione, possa decorrere più oltre il diritto all'indennità.

La legge comunale e provinciale non contiene alcuna precisa disposizione intorno alla competenza passiva di tali indennità, quantunque non fosse mancato chi, durante la discussione parlamentare della legge, aveva fatto proposta che anche sull'argomento essa disponesse in modo chiaro e tassativo. Prevalse però il concetto di provvedervi col regolamento; ed infatti l'art. 118 del regolamento per la esecuzione della legge comunale e provinciale, approvato con reale decreto 10 giugno 1889, n. 6107, stabilisce che le spese per la Commissione straordinaria sieno a carico dell'erario provinciale (1).

10. Nel chiudere questa breve trattazione dobbiamo osservare che non tutte, certamente, le questioni cui può dar vita l'opera della Commissione straordinaria trovarono qui sufficiente svolgimento; perchè, data la conformità delle disposizioni di legge e della natura degli affari, sarebbe troppo spesso avvenuto di dover ripetere argomenti che hanno più adatta sede sotto altre voci. E, pure per evitare inutili ripetizioni, ci siamo astenuti dall'inserire caso per caso nel testo i singoli rinvii, che ora riuniamo qui, avvertendo il lettore che con la materia trattata hanno più stretto rapporto le voci **Commissario straordinario, Consiglio provinciale, Deputazione provinciale** e **Giunta comunale.**

Carlo Marzollo.

COMMISTIONE. — Vedi **Accessione.**

COMMUTAZIONE DI PENA. — Vedi **Grazia.**

COMODATO.

Sommario.

Capo I. — Cenni storici e nozioni generali.

1. Definizione. Diritto romano. Differenza tra *prestito ad uso* e *comodato*. — 2. Partizione della materia. Requisiti essenziali del contratto di comodato. — 3. *a) Consegna d'una cosa.* Quali cose possano formare oggetto del comodato. — 4. *Segue:* Quando le cose consumabili possano esser date in comodato. Esempi. — 5. *Segue:* Caso in cui possono formar oggetto del comodato le cose sacre. — 6. Se possano darsi in comodato le cose altrui. — 7. Se possano darsi altrui in comodato le cose proprie. — 8. Necessità della *consegna* della cosa oggetto di contratto. — 9. Il comodato senza la consegna della cosa costituisce una promessa. — 10. *b) Beneficio e interesse del consegnatario.* — 11. *c) Tempo e uso determinati.* Alternatività di queste due condizioni. — 12. *d) Gratuità.* — 13. *Segue:* Conseguenza in rapporto alle obbligazioni degli eredi. Disposizione del nostro codice al riguardo. — 14. *e) Obbligo del comodatario di restituire la stessa cosa ricevuta.* — 15. Conseguenze in rapporto agli eredi. — 16. Natura del comodato. *Contratto civile.* Conseguenze. *Contratto di beneficenza.* — 17. *Contratto bilaterale.* Conseguenze. — 18. *Contratto reale. Contratto « juris gentium ».* — 19. Valore del contratto di comodato. Da che si deduce. — 20. Punti di somiglianza e differenza del comodato con altri contratti: con la *donazione.* — 21. *Segue:* col *mutuo* o *prestito di consumazione.* — 22. *Segue:* con la *locazione di cosa.* — 23. *Segue:* con l'*usufrutto.* — 24. *Segue:* col *precario.* — 25. Capacità necessaria nei contraenti. Se sia sufficiente la capacità d'amministrare. — 26. Se la donna maritata sia capace di stipulare un comodato. — 27. Causa del contratto di comodato.

1. Secondo il nostro diritto civile, cod. civ., art. 1805 (2), dicesi *comodato* (3) o *prestito ad uso* quel contratto per cui una delle parti consegna all'altra una cosa, affinchè se ne serva per un tempo od uso determinato, coll'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta (4).

In diritto romano antico, invece, le due parole *prestito ad uso* e *comodato* non sarebbero state usate promiscuamente; ma, pur avendo, fondamentalmente, lo stesso significato, sarebbero servite ad indicare due diversi concetti; ci sarebbe stata, cioè, una differenza come tra genere e specie, il comodato indicando la consegna - alle sopradette condizioni - d'una cosa mobile, e il prestito ad uso la consegna d'un immobile. Così si evince chiaramente dal seguente passo di Ulpiano (5): *Ait praetor, quod quis commodasse dicetur de eo judicium dabo. Hujus Edicti interpretatio non est difficilis. Unum solummodo notandum: quod qui Edictum concepit* **commodati** *fecit mentionem: quum Pacuvius* **utendi** *fecit mentionem. Inter commodatum autem et utendum datum, Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli; utendum dari etiam soli.*

Posteriormente, però, anche in diritto romano, queste due parole vennero usate promiscuamente. Ulpiano, infatti,

(1) Nel caso di spesa per indennità di tal genere, sostenuta sotto l'impero della legge del 20 marzo 1865, ma liquidata quando già vigeva la legge del 10 febbraio 1889, la Sez. IV del Consiglio di Stato decise che le norme dell'art. 118 del regolamento, riferendosi esclusivamente all'art. 269 della legge del 1889, non possono estendersi, in tanta diversità sostanziale fra le due leggi, al caso di applicazione dell'art. 201 della legge del 1865 (dec. IV Sezione, 19 maggio 1893, *Dep. Prov. di Napoli* e *Ministero dell'Interno: Giustizia amministrativa*, vol. IV, p. I, pag. 281).

(2) Perfettamente identico all'attuale art. 1805 era l'art. 1827 del progetto di codice civile Pisanelli. Quasi identica era pure la definizione che del comodato davano il codice napoletano all'art. 1747, il codice albertino all'art. 1898, il codice parmense all'art. 1958, quello estense all'art. 1940. — Parimenti quasi identica è la definizione data dal codice civile francese all'art. 1875, dal codice civile universale austriaco del 18-11 all'art. 971; dal codice civile spagnuolo 24 luglio 1889, all'art. 1740. Il codice civile portoghese 1° luglio 1867, all'art. 1507, si limita a dire che il prestito prende il nome di comodato quando « versa su cosa che deve essere restituita nella stessa specie ».

(3) « La parola *comodato* viene dal latino *commodatum*, e questa dalla parola *commodum*, vantaggio. — Secondo altri la parola *commodatum* è un composto di *cum* e *modo*, per significare che la cosa vien data al comodatario per usarne in un determinato modo »: De Filippis, *Corso completo di dir. civ. ital.*, vol. VII, n. 254, pag. 130.

(4) Voet così definiva il contratto di comodato: *Contractus bonae fidei re constans, quo res alteri gratis ad certum tempus et modum utenda traditur, ea lege ut finito tempore vel usu restituatur in specie.*

(5) Fr. 1, § 1, D. *commodati vel contra*, lib. XIII, tit. VI.

finisce il passo già citato dicendo: *Sed, ut apparet, proprie commodata res dicitur, et quae soli est. Idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait* (1).

Come abbiamo già visto, la differenza testè accennata, andata in disuso nel diritto romano stesso, non fu accolta nel diritto moderno, nel quale le due parole *comodato* e *prestito ad uso* hanno l'identico significato, e sono usate indifferentemente l'una invece dell'altra.

2. Dalla definizione che testè abbiamo dato del comodato si evince chiaramente la natura di questo contratto, e conseguentemente i requisiti che ne formano l'essenza.

Ci occuperemo anzitutto partitamente di ciascuno di questi.

3. *a)* All'esistenza del comodato è necessaria anzitutto la consegna d'una cosa, che sia da qualcuno prestata a qualcun altro, e che formi l'oggetto del contratto stesso. Nè su ciò può nascer dubbio, poichè « un oggetto determinato che possa essere materia di convenzione » è uno dei requisiti essenziali per la validità di qualunque contratto (art. 1104 cod. civ.); e quindi questo requisito deve essere necessario anche alla validità del contratto di comodato.

Quanto poi alla natura della cosa che deve formarne oggetto, osserveremo che tutte le cose che sono in commercio (2) possono formare oggetto di un contratto di comodato. Più comunemente sono i mobili che vengono dati in comodato; ma anche gli immobili possono legalmente formarne oggetto. Nessuna limitazione facendo in proposito la legge, ed essendo in armonia con quanto avea ritenuto il *jus commune* (3), la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nell'accettare questa teoria (4).

A questa regola, però, bisogna fare una eccezione: tutte le cose, infatti, che sono in commercio possono bensì esser date in comodato, ma ad eccezione di quelle che si consumano per l'uso che se ne fa (5).

Questa limitazione si trova esplicitamente stabilita, nel codice civile francese, il cui articolo 1878 dispone che « può essere oggetto di comodato tutto ciò che è in commercio e *che non si consuma con l'uso* », e nel codice civile spagnuolo, il cui art. 1740 parla di consegna di cosa *non fungibile*. Il nostro codice civile, invece, tace in proposito: ma ciò non vuol dire che il principio sancito da quegli articoli non debba applicarsi anche nel nostro diritto.

La necessità di questa limitazione, infatti, è evidente, e deriva dalla natura del contratto di cui parliamo. Come si evince dalla definizione già data, e come spiegheremo meglio in seguito, è della natura del contratto di comodato che colui al quale la cosa è prestata si obblighi a rendere la stessa cosa ricevuta, si obblighi, cioè, a rendere la cosa ricevuta non *in ispecie*, ma *in individuo*: da ciò chiaramente risulta che le cose, che non possono essere usate se non consumandole o distruggendole, non possono costituire oggetto di comodato. Infatti, se fosse altrimenti, verrebbe meno, come impossibile, l'obbligazione di restituire la stessa cosa *in individuo* (6).

4. Pertanto, le sole cose non consumabili, possono - di regola - venir comodate.

Vi ha un caso, però, in cui anche le cose consumabili possono formare oggetto del contratto di comodato; quando, cioè, esse sono prestate non per l'uso naturale al quale sono destinate, ma per semplice figura, *ad pompam, vel ad ostentationem*; e quindi l'uso speciale per cui sono date è compatibile con la loro conservazione, anche se fungibili (7). *Non potest commodari*, dice, infatti, Ulpiano (8), *id, quod usu consumitur; nisi forte ad pompam, vel ostentationem quis accipiat*; e Gajo soggiunge: *Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut ditis gratia numerationis loco intercedant* (9).

È evidente, infatti, che, se Tizio dà a Caio delle bottiglie di vino perchè le beva, il contratto non può, data la consumabilità della cosa che ne forma l'oggetto, essere di comodato; mentre lo può benissimo essere se egli le ha date al solo scopo che Caio le esponga, ne faccia mostra; giacchè in questo caso egli può rendere le stesse bottiglie prestategli, con lo stesso vino, essendo queste divenute inconsumabili per virtù dell'intenzione delle parti.

Nè questo caso del prestito *ad ostentationem* è tanto raro quanto a prima vista può sembrare.

Il Pothier (10) - a schiarimento della suaccennata teoria - osserva che è ciò che soglion fare i cassieri infedeli, che, avendo imprestato i denari della loro cassa, si fanno imprestare - affine di non lasciar scoprire gli ammanchi - dei sacchi di monete dai loro amici quando sanno che devono subire qualche verifica, restituendo poi subito *in individuo* quanto è stato loro consegnato.

Oltre che in questo caso, il comodato *ad ostentationem* può verificarsi trattandosi di cauzioni da prestarsi.

Ed al proposito osserveremo che fu deciso che il rapporto giuridico fra chi consegna e chi riceve dei titoli di rendita per depositarli, onde assumere l'appalto di pubblici lavori, è un comodato (11).

(1) Fr. 1, § 1, D. *commodati vel contra*, lib. XIII, tit. VI.

(2) Ciò si evince chiaramente ed in modo non dubbio dal disposto dell'art. 1116 cod. civ., che dice che « le sole cose che sono in commercio possono formare oggetto di contratto ». Come osserva il Borsari (*Comm. al codice civ. it.*, Torino, Un. tip.-ed., 1881, vol. IV, pag. 2, § 3958), essendo questo un principio dominante chiaramente espresso, non ebbe bisogno di ripetersi. Conseguenza di questo principio si è che non si potranno dare a comodato polveri sulfuree, materie incendiarie, sostanze velenose, stampe oscene, ecc.

(3) Come abbiamo visto più sopra, infatti, in diritto romano potevano darsi in comodato anche le case.

(4) Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, Cammelli ed., 3ª ediz., vol. V, n. 264, pag. 413; Pothier, Op. cit., n. 14, pag. 12; Pont, *Del prestito*, VIII, 37. Consulta pure in proposito la sentenza della C. d'App. Venezia, 3 settembre 1891, *Barni-Olivetti* c. *Longo* (*Temi Ven.*, 1892, 40, e *Mon. Trib.*, 1892, 770), che decise che la concessione gratuita di un fabbricato per uso d'abitazione costituiva un comodato, o prestito d'uso.

(5) « Deriva dalla natura della cosa, dice il Boutteville nel suo Rapporto al Tribunato (Locré, t. VII, p. 279), che quelle delle quali si può usare senza consumarle, nè distruggerle sono le sole che possono essere l'oggetto del prestito ad uso, o comodato ».

(6) G. C. Burchardi, *Il sistema e la storia interna del diritto romano*, Napoli 1857, vol. II, § 255, pag. 110; Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, Torino, Un. tip.-ed., 1883, vol. IX, n. 184, pagg. 328, 329; Pacifici-Mazzoni, Op. cit., n. 264, pag. 413. Cfr. pure Fr. 2, D. *de reb. cred.*, lib. XII, tit. I.

(7) Cons. gli AA. cit. nella nota precedente.

(8) Fr. 3, § 6, D. *commodati vel contra*, lib. XIII, tit. VI.

(9) Fr. 4, § unico, D. *commodati vel contra*, lib. XIII, tit. VI.

(10) Pothier, *Traité du prêt à usage et du précaire*, nel *Traité des contrats de bienfaisance*, Paris 1807, t. I, n. 17, pag. 14.

(11) App. Venezia, 26 ottobre 1880, *Rosinelli* c. *Zecchinetti* (*Temi Ven.*, 1880, 629).

5. Abbiamo detto testè che possono formare oggetto di un contratto di comodato tutte le cose che sono in commercio. Il Pothier (1) insegna che v'ha un caso in cui possono formarne oggetto anche le cose sacre a Dio, sebbene esse per tal motivo siano dichiarate fuori di commercio; e questo caso si verifica, secondo lui, quando il prestito è fatto per gli usi religiosi. Così, egli dice, quando in una chiesa si deve fare un catafalco, per una cerimonia funebre, e v'ha bisogno di molti candelieri d'argento, e se ne chiede in prestito alle altre chiese della città, si ha un vero contratto di comodato sebbene si tratti di cose destinate al culto. Parimenti, se, dovendosi fare in una chiesa parrocchiale delle riparazioni che la rendono inabitabile, dei religiosi vicini fanno una convenzione coi parrocchiani, in virtù della quale essi permettono a questi di fare per tutta la durata delle riparazioni i loro uffici religiosi nella propria chiesa, a delle ore differenti da quelle nelle quali essi fanno le loro, questa convenzione è un vero comodato, che quei religiosi stipulano cogli altri parrocchiani.

6. Potranno darsi legalmente in comodato le cose altrui? A questa domanda non si può rispondere che affermativamente, giacchè, come osserva il Borsari (2), è concordato che si può dare in comodato la cosa di un altro di cui si abbia il possesso. Ciò può avvenire con l'accordo, ed anche senza l'accordo del proprietario della cosa; ma la mancanza del consenso di questi nulla toglie alla legittimità del contratto di comodato. Quindi, se anche un tale contratto fosse stipulato dal ladro, che comodasse altrui la cosa rubata, il contratto sarebbe valido e perfetto tra le parti, e quindi obbligherebbe il comodatario a restituire al comodante solo, ed a nessun altri, la cosa comodata.

Questa dottrina era accolta anche dal diritto romano. *Commodare possumus*, dice infatti Paolo (3), *etiam alienam rem quam possidemus; tametsi scientes alienam possidemus*; e Marcello (4) spiega: *ita ut, et si fur vel praedo commodaverit, habeat commodati actionem.*

Resta naturalmente nel proprietario il diritto di dolersi col possessore comodante del concluso comodato (5) non solo, ma anche di rivendicarla — a seconda dei rapporti giuridici esistenti tra costui e il comodante (6) — dal comodatario; ma nei rapporti fra comodante e comodatario l'indagine sulla proprietà della cosa comodata è inutile, rimanendo pur sempre identici a chiunque essa appartenga.

7. Ma, mentre si può dare in comodato la cosa d'altri, non si può invece dare in comodato ad uno la di lui propria cosa: *commodatum rei suae esse non potest.*

È naturale, infatti, non potersi parlare di comodato quando il comodante non è proprietario della cosa e non ha diritto di ritenerla, ed il comodatario ne è il proprietario; essendo evidente che il primo non può avere alcun diritto verso il secondo.

Anche a questa regola, però, bisogna fare una eccezione. Infatti, se colui che dà in comodato la cosa al proprietario aveva egli diritto di ritenerla, di goderne e di servirsene, l'essere il comodatario proprietario della cosa non può influire affatto a snaturare la natura del contratto tra di essi interceduto. Non avendo, in questo caso, il proprietario diritto di possedere la cosa comodatagli, sebbene questa gli appartenga, il possessore che glie l'ha data in comodato — purchè persista tuttavia in lui il diritto del possesso — potrà legalmente chiedergliene la restituzione al tempo fissato; ed il contratto di comodato dovrà ritenersi perfettamente valido.

Pertanto la regola suesposta dovrebbe meglio esprimersi nel modo seguente: quando non si ha diritto di possesso sulla cosa altrui, non può questa essere ceduta in comodato al suo proprietario.

8. Come già abbiamo accennato, è necessaria la consegna della cosa formante oggetto del contratto di comodato. Non basta, adunque, che questa cosa esista e che esista al riguardo il consenso dei contraenti relativo alla costituzione di un contratto di comodato: perchè questo contratto possa dirsi perfetto è necessario inoltre che questa cosa venga dal comodante consegnata al comodatario.

Il comodato, infatti, appartiene, come vedremo, alla classe dei contratti così detti *reali*, di quei contratti, cioè, che non possono esistere *sine re*, per semplice volontà delle parti, o per imperio legislativo, ed alla cui esistenza il consenso delle parti non basta, ma che, senza la consegna di una cosa, come privi di consistenza, svaniscono non potendo adempiere al loro scopo. E ciò è logico, giacchè l'obbligazione costituente l'essenza del comodato si è quella appunto che riguarda la restituzione della cosa comodata, nè può questa obbligazione nascere prima che la cosa stessa sia stata ricevuta.

Il Pacifici-Mazzoni (7) insegna invece che « la consegna riguarda l'esecuzione, non la formazione del contratto, che ha luogo per virtù del solo consenso; diguisachè il comodatario può agire contro il comodante per la consegna o per il risarcimento dei danni in caso d'inadempimento del contratto ». Ma l'egregio Autore non dà nessuna ragione di questa teoria che — se non nessun altro — ha ben pochi fautori; e la semplice affermazione di essa non basta a farci mutar parere. A parte, infatti, che manca, riguardo al comodato, la tassativa disposizione, che il legislatore ha creduto opportuno sancire nel titolo della vendita, in cui l'articolo 1448 codice civile dispone che « la vendita è perfetta fra le parti.... quantunque non sia seguita la tradizione della cosa.... »; crediamo che la definizione che del comodato dà il nostro codice civile osti alla teoria del Pacifici-Mazzoni. L'articolo 1805, infatti, non dice già che il comodato è un contratto col quale una delle parti *si obbliga a consegnare* (come dice l'art. 1447 per la vendita), ma dice che il comodato è un contratto per cui una delle parti *consegna....*; e ci pare che da questa parola derivi la necessità della consegna perchè il contratto possa dirsi perfetto.

---

(1) Pothier, Op. cit., n. 15, pag. 12.

(2) Borsari, Op. cit., vol. IV, p. 2, § 3689. — In questo senso cons. pure: Pothier, Op. cit., vol. I, n. 18, pag. 14; Ricci, Op. cit., vol. IX, n. 188, pag. 334; Pacifici-Mazzoni, Op. cit., n. 264, pag. 415; Laurent, Op. cit., vol. XXVI, n. 461, pagg. 344, 345.

(3) Fr. 15, D. *comm. vel contra*, XIII, VI.

(4) Fr. 16, D. *commodati vel contra*, lib. XIII, tit. VI.

(5) Il Borsari (Op. e loc. cit.) osserva al proposito che il possesso locatizio include la facoltà di una prestanza fuggevole e precaria, e può contenere anche di più la facoltà di sublocare; in tal caso, quindi, il comodato non darebbe motivo a reclami da parte del proprietario, salva sempre, quanto all'alterazione della cosa prestata, la responsabilità del comodante.

(6) Il proprietario potrà rivendicare la cosa dal comodatario solo allora quando chi ha concluso il contratto di comodato non sia che un semplice possessore, senza alcun titolo: in questo caso il diritto di rivendica spetta al proprietario contro chiunque possegga la cosa.

(7) Op. cit., n. 264, pagg. 413, 414.

Osserveremo, infine, che una tale questione non può sorgere sotto l'impero del codice civile austriaco, il quale, nell'articolo 971, alla definizione del comodato ha aggiunte queste parole, sulle quali non può certo nascer dubbio: « La convenzione, con cui si promette di dare in prestito una cosa, senza consegnarla, è bensì obbligatoria, ma non è ancora contratto di comodato ».

Naturalmente la tradizione della cosa non è più necessaria, quando il comodatario, per qualsiasi causa, ne è al possesso al momento della stipulazione del contratto di comodato: è evidente, infatti, che richiedere la tradizione anche in tal caso sarebbe ridicolo, bastando il consenso delle parti a determinare o mutare il titolo del possedere, cambiandolo in un contratto di comodato (1).

9. Osserveremo però che, se il comodato senza la consegna della cosa non è valido come vero e proprio contratto di comodato, costituisce però una promessa, — una promessa che naturalmente non può considerarsi come fatta ed accettata inutilmente, ma che è obbligatoria, e produce nel comodatario contro il comodante azione per ottenere da questi la consegna della cosa che si era stipulato di dare in comodato (2).

Quanto poi al genere di questa obbligazione, il Borsari (3) si chiede se essa sarà semplicemente un'obbligazione *a fare,* che si traduce nel danno, o un'obbligazione *a dare;* e risponde: « È obbligazione *di dare* quante volte la promessa enuncia specificatamente la cosa oggetto del prestito, e non consiste soltanto nella promessa di soccorrere all'altrui bisogno, prestando ciò che a tale scopo può essere più opportuno ». Ma se la promessa cade sopra un oggetto determinato, verrà in acconcio la disposizione dell'art. 1219, « la obbligazione *di dare* include quella di *consegnare la cosa,* e di conservarla sino alla consegna ». In questo senso procede, o sembra dover procedere, la dottrina degli indicati autori. L'ultimo citato lo afferma risolutamente.

Pertanto si ha un'azione reale, ma un'azione reale, come in tanti altri casi, limitata al possesso del debitore, perchè in sostanza non è che un diritto al possesso. Non potrebbe quindi estendersi ai terzi, e non ha tutti gli effetti conseguenti all'azione reale in largo senso. La promessa, radice di obbligazione personale, non può imprimere sulle cose un carattere persecutorio *quoad omnes*.

10. *b)* La seconda condizione necessaria a che sorga un vero e proprio contratto di comodato si è che la consegna della cosa *sia fatta a benefizio, o nell'interesse del consegnatario.*

Il dare una cosa ad un altro all'effetto di *servirsene* in un affare *di tutto nostro interesse,* dice a questo proposito il Borsari (4), non è atto di favore (o di beneficenza, come dicono), essendo la esecuzione di una nostra volontà diretta al comodo nostro. Per passare da un luogo ad un altro, ove dee trattarsi un mio affare, io metto a vostra disposizione il mio legno e i miei cavalli, e voi *ve ne servite,* ma non per comodo vostro. Io vi costringerò alla restituzione, con l'azione diretta del mandato, se voi ne abusate.

Mancando pertanto questa condizione, il contratto non potrebbe più definirsi comodato, ma, a seconda dei diversi casi, dovrebbe prendere denominazioni diverse, come, ad esempio, di mandato, di deposito, o d'altro. « La consegna ad uso di una cosa determinata, dice infatti la Cassazione di Torino (5), quando è fatta nell'interesse principale del consegnante, non può qualificarsi comodato, ma bensì un mandato, o un contratto *sui generis,* nel quale gli obblighi rispettivi dei contraenti potrebbero essere più o meno estesi per patti espressi e taciti, e non vi si possono applicare i principî del comodato, nè in ispecie quello per cui la cosa deve essere restituita nell'identica forma e nelle identiche condizioni in cui era stata consegnata ».

E la Cassazione di Roma (6) decise che non è deposito, ma precario, o comodato la consegna della cosa fatta, non *custodiae causa*, ma per interesse o comodo del consegnatario, basandosi appunto, per definire comodato il contratto in questione, sull'utilità speciale ed esclusiva del consegnatario.

(1) Borsari, Op. cit., vol. IV, p. 2, § 3957; Pothier, Op. cit., n. 6, pag. 6.

(2) Borsari, Op. cit., loc. cit.; Pothier, Op. e loc. cit.; Delvincourt, t. III, pag. 199 (ed. del 1814); Duranton, *Del prestito,* n. 486, 487; Zachariae, § 391 e nota; Troplong, *Del prestito,* n. 6; Pont, *Del prestito,* n. 13.

(3) Op. cit., § 3987, pag. 95.

(4) Borsari, Op. cit., § 3958, pag. 97.

(5) 29 aprile 1884, *Lavarello* c. *Nani* (*Giurispr.* Torino, 1884, 176). La fattispecie era la seguente: Tizio avea consegnato a Caio un titolo nominale comprensivo di più azioni industriali, allo scopo che il consegnatario lo facesse spezzare in titoli minori da intestare a diverse persone per farle intervenire all'assemblea generale degli azionisti a propugnarvi le opinioni del consegnatario e del consegnante, ma nel principale interesse di quest'ultimo. La Corte decise che, compiute le operazioni di cui sopra, il consegnatario adempiva all'obbligo della restituzione col rimettere i titoli spezzati, e non era tenuto a farli reintegrare nella loro forma primitiva, a sua spese, rischio e pericolo, se a ciò non si era specialmente obbligato.

(6) Crediamo utile riportare la motivazione di questa sentenza: « Attesochè la denunziata sentenza pone in fatto che Domenico Rossi, segretario del comune di S. Eusonio, consegnò ad Alfonso Casciola già tesoriere dello stesso Comune il conto consuntivo della sua gestione del 1879, già approvato dalla Prefettura, coi documenti giustificativi, allo effetto che potesse estrarne una copia; che il Casciola, rilasciando al Rossi la relativa ricevuta nel 22 gennaio 1880 si obbligò di restituirgli quelle carte nel termine di giorni otto, e che, non essendo avvenuta tale restituzione, si trovò il Rossi nella necessità di domandarla giudizialmente, come fece con citazione 29 ottobre 1880, con la quale chiese pure, nell'ipotesi che la restituzione non avvenisse, la condanna del Casciola a pagare a titolo di danni la somma di lire 1300. E in diritto la sentenza ritiene che l'obbligo del Casciola di restituire il conto risultava dalle dichiarazioni contenute nella ricevuta, e che non poteva il Casciola essere ammesso a provare che le carte dopo essere tornate al Comune si trovarono presso la Corte dei conti, dove pende l'appello proposto dal Casciola contro il decreto della Prefettura, perchè la restituzione doveva farsi al Rossi e non ad altri. — Attesochè le censure che muove il ricorso contro questa sentenza per violazione dell'art. 1861 del codice civile, della legge 15, D. *depositi*, degli art. 36 e 134, n. 2 del codice di procedura civile, e 1739 del codice civile, non hanno alcun fondamento. E di vero non può nel caso parlarsi di deposito, perchè il conto e i documenti annessi non furono consegnati dal Rossi al Casciola *custodiae causa* (L. 1, D. *depositi*, art. 1835 cod. civ.). *Fu un favore* che il Rossi, unico depositario legittimo di quelle carte per ragione di ufficio, intese fare al Casciola; e quindi la convenzione avrebbe piuttosto natura di precario, o di comodato; ma nell'un tema e nell'altro, l'obbligo del Casciola di restituirlo al Rossi, e non ad altri, era fuori di ogni possibile controversia (L. 2, Dig. *de precario;* — art. 1805, 1808 codice civile) » 28 aprile 1882, *Rossi* c. *Casciola* (*Legge*, 1882, II, 689).

11. *c*) Inoltre, per avere un contratto di comodato, è necessario che la cosa sia consegnata *per un tempo o per un uso determinato*.

Il codice civile francese, all'art. 1875, stabilisce tra gli elementi essenziali del comodato « un certo uso per il quale la cosa sia prestata » — senza però far differenza se quest'uso fosse l'uso proprio della cosa, od un altro uso qualunque, — e all'art. 1881 dice essere dell'essenza di questo contratto che il comodatario non riceva la cosa prestata che per servirsene per l'uso per la quale gli fu data.

Il codice civile spagnuolo, invece, nel dare la definizione del comodato, all'art. 1740, parla di consegna della cosa perchè la parte ne usi « per un certo tempo »; è lecito però credere che la determinazione di questo tempo non costituisca requisito essenziale del contratto di comodato, perchè il successivo art. 1750 prevede il caso che non vi sia fissata nè la *durata* del comodato, nè l'uso per cui la cosa dovea servire. Lo stesso deve dirsi del codice austriaco, il cui § 971 accenna al solo tempo, mentre poi il § 973 prevede l'ipotesi che non sia stato fissato alcun tempo.

Il nostro codice, invece, ha creduto opportuno di richiedere, come requisito essenziale, sia la determinazione dell'uso sia del tempo; ma non contemporaneamente, ma sibbene alternativamente; dimodochè, data l'una, non sia necessaria l'altra.

« Non è necessario — ha deciso la Corte d'appello di Venezia (1) — per la validità del comodato, che sia stabilito il tempo e l'uso per cui la cosa viene data; basta l'enunciazione *di uno solo* dei detti estremi, come si rileva (dice la sentenza) dalla particella *o*, che li lega, adoperata dal legislatore in senso alternativo ».

Nè si può validamente sostenere il contrario, che, cioè, all'essenza del comodato siano necessari entrambi gli estremi del tempo e dell'uso determinati. L'art. 1808 del codice civile dice, infatti, che il comodatario non può servirsi della cosa prestatagli *che per l'uso determinato dalla natura della cosa, o dalla convenzione*. E da queste parole chiaramente si evince che può esistere contratto di comodato non ostante la mancanza di determinazione dell'uso; giacchè, se così non fosse, la legge non avrebbe accennato all'uso determinato dalla natura della cosa, ma solamente all'uso determinato dalla convenzione. Concetto questo che più chiaramente ancora si evince dal disposto dell'art. 1815 codice civile, il quale dice esplicitamente che « il comodante non può pigliare la cosa data a prestito, fuorchè decorso il termine convenuto, ovvero, *in mancanza di convenzione*, dopo che la cosa ha servito all'uso per cui fu prestata », accennando nel modo il più palese al caso di mancanza di convenzione riguardo al tempo.

Osserveremo poi che, se l'uso non è determinato nel contratto, si ha per esteso a tutta quella utilità che la cosa produce senza sua alterazione, ed a produrre la quale è ordinariamente adoperata (2); se invece non fu determinato il tempo, s'intende sia quello necessario all'uso per cui la cosa fu prestata.

12. *d*) Altro requisito essenziale al contratto di comodato si è la sua gratuità; è necessario, cioè, che il prestito della cosa sia fatto gratuitamente, senza corrispettivo di sorta per parte del comodatario. Nel contratto di comodato, infatti, si deve rendere un favore per amicizia o per deferenza alla persona cui è reso, non si deve avere alcuna idea o desiderio di lucro, ma deve farsi atto di vera e propria liberalità: tale è l'indole di questo contratto. Così dispone l'art. 1806 del nostro codice civile (3); così dispongono pure l'art. 1870 del codice civile francese, e l'art. 1740 del codice civile spagnuolo; così disponeva pure il diritto romano (4), tanto che Ulpiano decise che il prestito di un bue, dietro promessa di altro successivo prestito di un altro bue, non era comodato, ma costituiva uno dei contratti così detti innominati: *Si, cum unum bovem haberem, et vicinum unum, placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei, et ille mihi bovem commodaremus, ut opes faceret, et apud alterum bos periit, commodati non competit actio,* **quia non fuit gratuitum commodatum**, *verum praescriptis verbis agendum est* (5).

Di fronte alla chiarissima disposizione dell'art. 1806 del nostro codice non poteva sorgere, nè sorse di fatto, questione alcuna; giurisprudenza e dottrina sono concordi al riguardo; e ci pare quindi inutile insistere più oltre in quest'argomento (6).

Osserveremo solo che, qualora il contratto non fosse fatto gratuitamente, non dovrebbe perciò esser qualificato senz'altro come nullo, ma solo prenderebbe un altro carattere, non dipendendo l'essenza delle cose e degli atti giuridici dall'arbitrio dei contraenti: così, intercedendo pecunia, sarebbe locazione; dato, invece, un corrispettivo di altra maniera, si tratterebbe di un contratto della specie degli innominati.

S'intende però — nè potrebbe ragionevolmente essere diversamente — che una qualunque ricompensa che il comodatario desse spontaneamente al comodante, dopo avere usato della cosa prestatagli, non potrebbe alterare l'indole del contratto.

13. Come osserva il Ricci (7), rendendosi mercè il comodato niente altro che un favore, ed il favore essendo cosa esclusivamente personale (8), non dovrebbero le obbligazioni derivanti da questo contratto estendersi agli eredi dei contraenti. Se io, prestandovi la mia cosa, dice l'egregio A., più sopra citato, ho inteso di fare atto di liberalità e di cortesia a vostro riguardo, posso non mostrarmi egualmente liberale e cortese verso i vostri eredi, che non conosco, o per i quali non ho nè amicizia nè stima; quindi potrei ripetere da essi la restituzione della cosa prestatavi. Parimenti, morendo il comodante, gli eredi di lui possono non essere legati da amicizia verso il comodatario, possono non avere stima in lui, e, non volendo quindi fare atto di liberalità a suo riguardo, avrebbero il diritto di esigere da costui la restituzione della cosa prestata.

Questa la severa conseguenza che si dovrebbe derivare dalla gratuità del comodato. Ma, forse appunto perchè

(1) App. Venezia, 3 settembre 1891, *Barni-Olivetti* c. *Longo* (*Mon. dei Trib.*, 1892, 770).

(2) Pacifici-Mazzoni, Op. cit., n. 264, pag. 413. — Cons. Fr. 12, D. *de precario*.

(3) Consulta art. 1173 progetto ministeriale, art. 1828 progetto senatoriale, art. 1718 codice napoletano, art. 1899 codice albertino, art. 1940 codice estense, art. 971 codice austriaco, art. 1958 cod. parm.

(4) *Alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur*, § 2, Inst., 3, 14.

(5) Fr. 17, § 3, D. *de praescr. verbis, et in factum actionibus*, lib. XIX, tit. V,

(6) Pacifici-Mazzoni, n. 464, pag. 414.

(7) Ricci, Op. cit., vol. IX, n. 185, pag. 329.

(8) « . . . poichè il comodato è un servigio, e il servigio sembra diretto alla persona » (Borsari, Op. cit., § 3960, pag. 100).

troppo severa, il legislatore ha disposto alquanto diversamente.

L'art. 1807 del nostro codice civile, infatti, dice: « Le obbligazioni che si contraggono in forza del comodato passano negli eredi del comodante e del comodatario (1). Se però il prestito è stato fatto in riguardo del solo comodatario ed a lui personalmente, i suoi eredi non possono continuare a godere della cosa prestata » (2).

Il nostro legislatore, pertanto, ha, in massima, rigettato il principio da noi più sopra enunciato come conseguenza della gratuità del contratto di comodato, limitandosi solo a fare un'eccezione restrittiva per ciò che riguarda i diritti degli eredi del comodatario sulla cosa comodata, relativamente al caso in cui il prestito sia stato fatto in riguardo della persona.

Deve, dunque, sotto questo rapporto, distinguersi prestito da prestito, tenendo presente che, se, qualunque sia il prestito, la cosa si dà sempre per un servizio, per un uso determinato, vi ha però differenza tra servizio e servizio. Vi hanno, infatti, dei servizi od usi che riguardano esclusivamente la persona cui il prestito è fatto, mentre vi hanno altri usi o servizi che non sono personali.

Così, per esempio, il prestito d'uso di un cavallo fatto a chi piace di cavalcare è certo un servizio personale, diretto, cioè, esclusivamente al soddisfacimento della persona cui il prestito fu fatto; ciò deve logicamente presumersi per la fiducia personale richiesta da questi prestiti, e che non potrebbe aversi negli eredi. E parimenti si deve presumere l'intenzione di rendere un servizio personale in chi, ad esempio, presti la sua villa posta in luogo ameno e salubre ad un caro amico malato, nella fiducia che la salute di lui ne abbia a migliorare; è evidente, infatti, che il motivo che indusse il comodante a questa concessione era diretto esclusivamente alla persona. Il prestito, invece, delle travi e legnami occorrenti per i ponti necessarî alla costruzione d'un edificio serve direttamente alla cosa, e la natura del benefizio che si vuol rendere è tale che non si esaurisca con la vita del comodatario; quindi esso non riguarda la persona che indirettamente.

Questa la distinzione al riguardo sanzionata dal legislatore, il quale ha poi logicamente stabilito che nel primo caso gli eredi non possano usufruire della cosa prestata, lo possano, invece, nel secondo.

La ragione di questa disposizione di legge sta nella considerazione che il servizio che si è voluto fare sarebbe incompleto limitandolo alla persona del comodatario, ed escludendone gli eredi, e nella presunzione della volontà dei contraenti fatta dal legislatore. Il quale ha osservato che una presunzione di volontà nel comodante non avere gli eredi a servirsi della cosa prestata non può logicamente riscontrarsi se non nel caso si tratti di servizio personale, giacchè in tal caso lo scopo del comodante si è appunto quello di rendere un servizio personale al comodatario, e, questo scopo venendo a mancare con la sua morte, è giusto che cessi anche di aver vigore il contratto di comodato. Mentre, invece, quando il servizio non è personale, ma diretto ad una cosa, come nell'esempio succitato, non può giustamente presumersi sia contrario all'intenzione del comodante che la cosa prestata continui nell'uso cui fu destinata, non ostante la morte del comodatario.

Come già dicemmo, questa è l'unica eccezione al principio generale, di cui al primo alinea dell'art. 1807. Quindi la morte del comodante non fa in alcun altro caso cessare il contratto di comodato, ma sempre le obbligazioni di lui passano negli eredi. Deve presumersi, infatti, che il comodante intendesse di fare la concessione della cosa comodata, non ostante qualunque futura evenienza; ed è perciò giusto che gli eredi del comodante non possano dire al comodatario di non esser essi disposti verso di lui alla stessa liberalità del loro autore.

Naturalmente però il comodante potrebbe nel contratto patturire la limitazione della durata del prestito alla sua vita; ed in tal caso gli eredi non sarebbero tenuti all'adempimento del patto. Passerebbe però sempre, ed anche in questo caso, agli eredi l'obbligazione del risarcimento del danno di cui il comodante si fosse reso responsabile nell'adempimento del contratto in confronto del comodatario. Così pure, giacchè le relazioni fra comodante e comodatario non debbono, nè possono, considerarsi chiuse con la morte di questo, gli eredi di lui sarebbero sempre tenuti per quanto concerne la restituzione, ed ogni altra obbligazione incontrata dal loro autore nell'uso del prestito.

14. *e*) Ultimo requisito, infine, essenziale del contratto di comodato si è che il prestito della cosa sia fatto con la concessione del semplice uso della cosa dedotta in contratto, e con l'obbligo di restituire la cosa stessa *in individuo*. È questa la caratteristica che distingue il comodato dal prestito di consumazione o mutuo, nel quale, invece, si ha solo l'obbligo di restituire altrettanto della medesima qualità e specie della cosa avuta (art. 1819 cod. civ.). Ed è in base appunto a questa caratteristica che fu ripetutamente giudicato (3) che il prestito di cartelle del debito pubblico con l'obbligo di restituzione di altrettante della medesima natura e valore, dà vita ad un contratto di mutuo, non di comodato (4).

(1) L'avere il legislatore sanzionato espressamente questo principio è, secondo noi, la prova migliore dell'esattezza di quanto più sopra affermammo sull'essere il principio da noi enunciato logica conseguenza della gratuità del comodato.

(2) Confr.: art. 1775 prog. min., art. 1831 prog. sen., art. 1751 cod. nap., art. 1960 cod. parm., art. 1902 cod. albert., art. 1942 cod. estense. — Questo stesso principio è pure accolto dal codice civile francese, all'art. 1879 e dal codice civile spagnuolo all'articolo 1742.

(3) App. Catania, 22 marzo 1890, *Galdo* c. *Pennavarico* (*Giur. it.*, XLII, 1, 2, 564). Questa sentenza fu confermata dalla Suprema Corte di cassazione di Palermo con sentenza 5 novembre 1891 (*Riv. Univ.*, 1892, 467).

(4) La Cassazione di Torino, con sentenza 21 gennaio 1894, *Beltramo* c. *Banca di Savigliano* (*Eco di giurispr.*, 1894, 2, 119), decise che « la rimessione di cartelle di credito fatta ad un istituto di credito per un tempo determinato e *col patto di un interesse da corrispondersi al depositante*, importa facoltà nell'Istituto di servirsi delle cartelle, e costituisce un contratto di prestito ».

La Redazione del *Mon. dei Trib.* (1884, 928), annotando la sentenza della Corte d'app. di Milano 25 agosto 1884 (*Angeloni-Rusconi* e *Bocchi*) in cui tale principio non era esattamente applicato scriveva: « Ci fa meraviglia però che sia passata senza discussione la qualifica di *comodato* attribuita al prestito di una cartella al portatore, mentre era espressamente detto nella lettera-contratto che l'importo di questa sarebbe stato adoperato dal Bocchi pei suoi affari, salvo a restituire un'altra cartella consimile, anzichè il corrispondente valore. Qui mancava affatto, ci pare, l'estremo essenziale del comodato, la restituzione, cioè, dell'*identica cosa*, donde l'altro nome di *prestito ad uso*, che il Codice dà allo stesso contratto ». — Per debito d'imparzialità, siamo costretti a ricordare che la Corte d'appello di Brescia giudicò che

Crediamo utile riportare il motivato della sentenza della Cassazione di Palermo, già citata, la quale spiega e dimostra chiaramente la teoria dianzi affermata: « La definizione che il codice dà del comodato, dice questa sentenza, è quella del diritto romano, donde la dottrina trasse la conseguenza che *rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus;* sicchè il comodatario viene ritenuto come detentore della cosa comodata; *habet igitur commodatarius nudam detentionem, non possessionem;* e da ciò l'obbligo, in lui, della restituzione della stessa cosa per individuo e non già per ispecie. Quest'ultima forma di restituzione farebbe divenire il prestito ad uso, un prestito di consumazione. Nella specie la Corte di merito ritenne che obietto del contratto era, non l'uso materiale delle cartelle al portatore, ma il loro valore commerciale che le rende equivalenti a moneta; che dovevano restituirsi, non per individuo, ma per ispecie; che la loro perdita restava a carico del consegnatario. Il giudizio quindi che si trattasse di prestito di consumazione era insindacabile in fatto e corretto in diritto. Invero la cosa data in prestito ad uso non passa nel dominio del comodatario: egli la detiene temporaneamente per un uso determinato, e deve restituirla per individuo: e se per convenzione egli è abilitato a distrarla, onde restituirla per ispecie, misura e valore, non sarà più un comodato, sibbene un prestito di consumazione. Nè vale che le parti abbiano dato il titolo di comodato al loro contratto, quando esso, per gli elementi che lo costituiscono, sia un contratto ben diverso a norma di legge. Nelle convenzioni *potius id quod actum, quam id quod dictum sit, sequendum est,* ed è precipuo dovere dell'Autorità giudiziaria il definirlo quando esso viene in contestazione, analizzandone gli elementi che lo costituiscono e mettendolo in raffronto alla legge, al fine di cavarne le giuridiche conseguenze in relazione all'obietto della lite. È vano ricorrere alla teorica che la surrogazione e la trasformazione della cosa prestata non contraddice il contratto di comodato allorchè della cosa prestata non si possa usare senza trasformarla, perchè, in tesi generale, la sostanza d'una cosa sta attaccata alla sua forma, la quale mutata, *interemit substantia rei,* di guisa che, in punto di diritto, la trasformazione della cosa non è possibile nel contratto di comodato, e potrebbe solo avvenire in forza di vincolo contrattuale, nel senso che la cosa trasformata resti nel dominio del comodante; ma cotesto vincolo contrattuale non fu, nella specie, riconosciuto dalla Corte di merito, avendo essa, invece, ritenuto che intorno a ciò nulla erasi convenuto tra le parti, le quali pattuirono piuttosto la restituzione delle cartelle al portatore in eguale valore di quelle consegnate, il che vale restituzione in ispecie; e cotesto è esame incensurabile in Cassazione. Si obietta che l'art. 1811 ammette la trasformazione quando pone a carico del comodatario, la perdita, per caso fortuito, della cosa prestata, se stimata al tempo del prestito; e vuolsi da ciò trarre una regola generale, che la stima trasformi in valore la cosa mobile, e la restituzione si avveri, non già nel corpo consegnato, ma nel valore stimato, il che era avvenuto nella specie, essendosi pattuito di doversi restituire le cartelle al portatore in egual valore consolidato cinque per cento. Ma ciò è erroneo.

« L'art. 1811 ha la sua genesi nel diritto romano, e precisamente in un testo di Ulpiano concepito così: *et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo qui aestimationem se praestaturum recepit.* E la dottrina ha creduto leggervi, non già il caso in cui il comodatario abbia semplicemente ricevuta una cosa stimata, ma piuttosto quello in cui il comodatario si sia obbligato a restituire, non già la cosa stimata ma il suo valore. Ed ognun vede che, secondo tale dottrina, il comodatario non potrebbe mai essere obbligato a restituire la stessa cosa prestata, ancora quando essa fosse tuttavia esistente, ma il suo valore che gli venne dalla stima attribuito, e ciò per la evidente ragione giuridica che in tal caso il dominio della cosa prestata passi in testa del comodatario. Ma, checchè ne sia della legge di Ulpiano, e della dottrina che ad essa si riferisce, bisogna principalmente fermare speciale attenzione alla disposizione contenuta nell'art. 1811, e ben di leggieri si ricava come la stima della cosa prestata non rende il comodatario padrone della cosa comodata: egli, sempre che esista la cosa prestata, è tenuto a restituirla per individuo, ma è solo dispensato, pagandone la stima, nel caso che avvenga l'*interitus rei* per caso fortuito. Donde segue che la *exceptio firmat regulam* e non è lecito da una eccezione ricavare una regola contraria a quella che costituisca la norma generale che riguarda il contratto di comodato. L'articolo 1805 dispone che il comodatario deve restituire la stessa cosa prestata, appunto perchè il contratto di comodato non trasferisce nel comodatario diritto di proprietà, o qualsiasi altro diritto reale sulla cosa prestata, ma la nuda detenzione. Se una trasformazione avvenisse per speciale convenzione, nel senso che la cosa trasformata divenisse proprietà del comodante, allora altri criteri di diritto sorgerebbero per regolare tale convenzione; ma ciò non è che una ipotesi, giacchè nella specie la Corte di merito escluse che tra le parti fosse avvenuta convenzione di tal genere, e ritenne, invece, che, per la convenzione avvenuta, vennero trasferite le cartelle al portatore, non per l'uso materiale di esse, ma pel loro valore commerciale... Da ciò la conseguenza logica che la loro perdita o distruzione fosse a carico del consegnatario, perchè *si res perit, pro domino perit.* Si obietta che la natura del negozio avvenuto fra le parti imponeva la trasformazione della rendita in nominativa, non potendosi, per la legge sul debito pubblico, vincolare una rendita al portatore. Ma tutto ciò non costituisce che un circolo vizioso e nulla più..... ».

15. Conseguenza della necessità di questo requisito della restituzione della cosa stessa si è che il comodatario non acquista nè la proprietà, nè il possesso civile della cosa comodata, i quali diritti rimangono integri nella persona del comodante. Pertanto, se il comodante sia proprietario della cosa comodata conserva il diritto di proprietà, e può conseguentemente alienarla, salvo però l'uso del comodatario: se ne sia usufruttuario, ritiene sopra di essa il diritto di usufrutto, e può quindi locarla o cederla in usufrutto ad altri, salvo però sempre, naturalmente, l'uso concesso al comodatario. In definitiva al comodatario non compete che il possesso naturale per quanto sia necessario all'esercizio o alla difesa del comodato (1): e naturalmente questo

s'avesse a ritenere persistente il *comodato* quand'anche fosse stato convenuto fra le parti che, nel caso la cartella in tutto od in parte si fosse devoluta all'Autorità presso la quale era a farsi il deposito, chi l'avea ricevuta dovesse darne altra di egual valore, 25 febbraio 1883, *Kluzer-Borghini* c. *Martignoni* (*Monitore Trib.*, 1883, 388).

(1) Inst., § 2, *quib. mod. re contr. obl.*, III, 14; Framm. 8 e 9, D. *de pr. verb.*, XIX, 5; Framm. 3, § 20, D. *de acq. poss.*

il comodante deve rispettare non servendosi della cosa prestata, e lasciandola al comodatario per tutto il tempo convenuto.

Questo concetto esisteva anche nel diritto romano, in cui si diceva che *rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus* (1); e che *nemo enim commodando rem facit ejus cui commodat* (2); ed è anche sancito nel codice civile francese all'art. 1877, e nel codice civile spagnuolo, all'art. 1741, ove è sanzionato pure chiaramente.

Anche il progetto del nostro codice conteneva un articolo (il 1829) (3) dichiarante espressamente questo principio; ma la Commissione di coordinamento, nella seduta del 22 maggio 1865 — su proposta del commissario Bartalini, a cui si associò il Precerutti — ritenne quell'articolo come superfluo, per essere il concetto del medesimo contenuto nel precedente articolo 1827 (4), che definisce il comodato, ed accettando tale proposta senza opposizione, deliberò di sopprimerlo (5).

16. Esaurito così l'esame dei requisiti essenziali del comodato, esaminiamo la natura di questo contratto, e vediamo a quale specie esso appartenga.

Al proposito osserveremo anzitutto che il comodato appartiene, senza dubbio, ai contratti civili. Intrinsecamente considerato, infatti, il comodato è un contratto essenzialmente civile; e su ciò crediamo non possa farsi seria contestazione.

Abbiamo creduto però opportuno accennar ciò, perchè questo principio è d'una notevole importanza per le sue conseguenze, relativamente all'azione che ne deriva ed alla competenza. L'azione, infatti, derivante da un contratto di comodato è essenzialmente civile, nè può in alcun caso diventar commerciale; fu, infatti, più volte deciso che un contratto d'indole civile, per l'intima sua natura, non possa acquistare il carattere commerciale nè per la qualità di commercianti nelle persone che lo hanno compiuto, nè pel fine più o meno prossimo a cui esso fu indirizzato (6); e, più particolarmente, che il comodato non può cambiar d'indole e diventar commerciale per ciò che i contraenti fossero commercianti ed i valori dati in comodato dovessero venire impiegati in operazioni commerciali (7).

In secondo luogo, ci pare pure evidente che il comodato appartenga alla classe dei contratti di beneficenza, od a titolo gratuito (8). Come abbiamo visto, infatti (n. 11), il comodato è essenzialmente gratuito; esso quindi costituisce un benefizio, una liberalità che il comodante fa al comodatario, e poichè nulla questi richiede — nè può richiedere — in compenso, non può certo dubitarsi di quanto abbiamo detto poc'anzi.

17. Inoltre è evidente che il comodato è un contratto sinallagmatico o bilaterale, uno di quei contratti, cioè, nei quali i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri (art. 1099 cod. civ.) (9). E sebbene il Pont (10) affermi che il contratto di comodato « per sua natura è evidentemente unilaterale », non crediamo per ciò di dover mutare avviso.

Affinchè, infatti, un atto sia unilaterale è d'uopo che l'obbligazione sia tutta interamente da una parte sola, e l'altra non ne incontri alcuna: « il contratto è unilaterale, dice l'articolo 1100 del codice civile, quando una o più persone si obbligano verso una o più persone senza che queste ultime incontrino alcuna obbligazione ». Ora, come vedremo tra breve, nel contratto di comodato, non una sola

(1) Fr. 9, D. *commodati vel contra*, lib. XIII, tit. VI.

(2) Fr. 9, D. *commodati vel contra*, lib. XIII, tit. VI.

(3) Art. 1829 del progetto: « Il comodante ritiene la proprietà della cosa comodata ».

(4) L'art. 1827 del progetto era conforme e corrispondente all'art. 1805 dell'attuale codice, contenente la definizione del contratto di concordato.

(5) Gianzana, *Codice civile preceduto dalle Relaz. minist. e sen., dalla discuss. parl. e dai verbali della Comm. coordin.*, Torino, Un. tip. ed., 1887, vol. III, *Verbali della Commissione di coordinamento*, seduta pomeridiana del 22 maggio 1865, pag. 430, n. 8.

(6) Corte d'app. di Milano, 18 settembre 1883, *Franzosini c. Ditta Balzaretti e C.* (*Mon. dei Trib.*, 1883, 1006); Tribunale di Milano, 27 ottobre 1883, *Perelli-Gemelli c. Garna* (*Mon. dei Trib.*, 1884, 41).

(7) Corte d'app. di Milano, 25 agosto 1884, *Angelini Maria mar. Bocchi c. Rusconi e Bocchi* (*Mon. dei Trib.*, 1884, 928). Crediamo utile riportare il motivato di questa importante sentenza:

« L'eccezione d'incompetenza del Tribunale civile di Milano per ragione di materia, sollevata in prime cure dal Luigi Bocchi, ed oggi da lui riproposta alla Corte, rettamente fu dai primi giudici rigettata.

« Oggetto della vertenza è la restituzione di valori dati da Pasquale Rusconi a Luigi Bocchi, a titolo di mutuo e di comodato, contratti questi, che, intrinsecamente considerati, sono di loro natura essenzialmente civili.

« Nè importa che il Rusconi, quando nel 1878 addivenne a quei contratti, fosse, come dal Bocchi si asserisce, commerciante; mentre, a parte che ciò non è menomamente provato, starebbe sempre che egli non avrebbe fatto con essi alcun atto di commercio. Nè importa del pari che commerciante fosse a quell'epoca, come lo è tuttora, il Bocchi, e siasi egli procurato i valori dei quali si tratta onde servirsene per la gestione dei propri negozi, giacchè non si deve confondere la causa di un contratto coi motivi che possono aver indotto i contraenti a stipularlo.

« Qui pel Bocchi la causa dei contratti in questione, il motivo giuridico, cioè, pel quale venne a trovarsi per essi legalmente vincolato verso il Rusconi, sta nel fatto dell'avere egli effettivamente ricevuti da colui i valori contrattati per restituirglieli poi in ispecie od in natura. La qual causa, per sè stessa civile, in difetto di alcuna specifica disposizione della legge positiva in proposito, non poteva cambiar d'indole, e diventar commerciale, per ciò che i valori del Bocchi presi a mutuo od a comodato dovessero poi dal medesimo esser adoperati in operazioni commerciali.

« E non giova invocare in contrario il disposto dell'art. 3, n. 3, del codice di comm. del 1865, vigente all'epoca in cui avvennero gli accordi, oggetto dell'azione, nè quello dell'art. 4 del codice attuale; imperocchè, se ivi il legislatore proclamò doversi reputare commerciali i contratti e le obbligazioni dei commercianti, ebbe però la cura di aggiungere che la presunzione cade se l'atto dimostra che non ebbe causa commerciale, se i contratti e le obbligazioni sono di natura essenzialmente civile: ciò che si verifica nel caso concreto ».

(8) Art. 1101 cod. civ.: « È a titolo oneroso quel contratto nel quale ciascuno dei contraenti intende, mediante equivalente, procurarsi un vantaggio; a titolo gratuito o di beneficenza quello in cui uno dei contraenti intende procurare un vantaggio all'altro senza equivalente ».

(9) Borsari, Op. cit., § 3957; Pothier, Op. cit., n. 7, pag. 7; Ricci, Op. cit., n. 186, pag. 331 e 332.

(10) Pont, *Del prestito*, n. 27. Dello stesso parere è il Laurent (*Principi di dir. civ.*, trad. id., Napoli, Dott. L. Vallardi, 1885, vol. XXVI, n. 456, pag. 342), il quale sostiene che gli obblighi del comodante non nascono dal contratto stesso, ma derivano da un fatto accidentale, e che, propriamente, una volta formato il contratto, il comodante non ha più alcun obbligo ad adempiere in virtù del comodato.

delle parti, ma entrambe contraggono obbligazioni: alle obbligazioni del comodatario (restituzione della cosa comodata, custodia e conservazione di essa, impiego nell'uso cui è destinata, ecc.) fanno, infatti, riscontro quelle del comodante, il quale, ad esempio, contrae l'obbligazione di lasciare al comodatario la cosa per tutto il termine convenuto, ovvero, in mancanza di convenzione, finchè non abbia servito all'uso per cui fu prestata, e diverse altre obbligazioni, di cui si occupano gli articoli 1815-1818 codice civile, i quali costituiscono un Capo speciale (il III°) nel Titolo del comodato, avente appunto per titolo *Delle obbligazioni del comodante*.

Nè si dica che impropriamente il legislatore parli di obbligazioni del comodante, e che queste non costituiscano invece che le condizioni o il modo di essere del contratto stesso; giacchè il dovere del comodante di permettere che il comodatario si serva della cosa comodatagli è una vera e propria obbligazione; e la gratuità del contratto non può punto toglierle questo carattere.

Non è solo, adunque, il comodatario, ma anche il comodante che contrae delle obbligazioni in base al contratto di comodato; e quindi questo, per necessaria conseguenza, non può certo essere classificato tra i contratti unilaterali.

Bisogna però, tuttavia, osservare che il comodato non appartiene nemmeno alla classe di quei contratti che sono perfettamente bilaterali, di quei contratti, cioè, nei quali l'obbligazione di ciascuno dei contraenti è egualmente principale, quali sono, ad esempio, i contratti di vendita, di locazione, di società. Ed infatti nel comodato solo l'obbligazione del comodatario è principale, tant'è vero che essa è chiamata *obligatio commodati directa*, e da essa ha origine l'*actio commodati directa*, che il comodante, verso del quale l'obbligazione è stipulata, ha contro del comodatario; mentre invece l'obbligazione del comodante è generalmente considerata come una obbligazione incidentale, ed indiretta; ed infatti essa è chiamata *obligatio commodati contraria*, e produce contro il comodante in favore del comodatario una *actio commodati indirecta*.

Da ciò la minor perfezione di questo contratto bilaterale, il quale, ciò non ostante, non cessa però di esser tale (1).

Dall'essere poi il comodato un contratto bilaterale deriva l'applicabilità ad esso del disposto dell'articolo 1165, che dispone « la condizione risolutiva esser sempre sottointesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione ». Pertanto, se il comodatario manchi ai suoi impegni, non custodendo diligentemente la cosa, impiegandola in uso diverso da quello per cui fu prestata, o non adempiendo qualunque altra delle obbligazioni impostegli dalla legge o dal contratto, il comodante potrà sempre chiedere la risoluzione del contratto di comodato in forza appunto della condizione risolutiva sottointesa, a mente del citato articolo.

18. Osserveremo ancora che il comodato, al pari del mutuo, appartiene alla classe dei contratti *reali* (2), di quei contratti, cioè, che non si perfezionano col semplice consenso, come la vendita, la locazione, ed altri, ma per i quali è necessaria la consegna della cosa che ne forma l'oggetto (3).

Come abbiamo già detto, infatti (n. 7), il contratto di comodato non può sussistere senza la consegna della cosa (4), giacchè, senza della consegna di essa, non può nascere nel comodatario l'obbligazione principale del contratto, che è appunto quella della restituzione della stessa cosa ricevuta.

Infine il comodato appartiene, come osserva il Pothier (5), alla categoria dei contratti così detti *contractus juris gentium*. Esso, infatti, è regolato dalle sole regole del diritto naturale, e non è assoggettato dal diritto civile ad alcuna formalità. Gli è bensì vero che, alla stessa guisa di tutti gli altri contratti, esso deve essere formulato per iscritto, quando il valore della cosa che ne forma l'oggetto supera le cinquecento lire (6), non essendo ammessa per mezzo di testimoni la prova di una convenzione sopra un oggetto il cui valore ecceda le lire cinquecento a meno che non ci sia un principio di prova per iscritto (art. 1341 cod. civ.); ma bisogna notare che lo scritto è richiesto solo in questo caso, e che, anche in questo caso, non è richiesto *ad substantiam*, cioè per la validità, ma solo per la prova del contratto, cioè solo *ad probationem* (7).

19. E poichè abbiamo accennato al *valore*, osserveremo che il valore dei contratti di comodato — anche per ciò che si riferisce all'ammissibilità, o meno, della prova testimoniale — non deve dedursi dal valore in sè della cosa comodata, ma dal valore dell'*uso* della cosa stessa.

Come abbiamo già osservato (n. 14), infatti, la proprietà ed il possesso civile, non ostante la stipulazione del contratto di comodato, restano nel comodante; ciò che passa nel comodatario si è unicamente il possesso utile, l'uso, cioè, dell'oggetto comodato. È appunto questo possesso utile, quest'uso che forma, quindi, sostanzialmente, l'oggetto del contratto di comodato. Quando, pertanto, la legge parla di valore dell'oggetto della convenzione, non può necessariamente riferirsi al valore della cosa comodata, ma al valore dell'uso di essa cosa (8); e ciò è perfettamente giusto, poi-

(1) Il Gianturco (*Istituz. di dir. civ. it.*, Firenze, Barbèra, 1889, pag. 248) chiama infatti il comodato contratto *imperfettamente bilaterale*. — Il Giorgi (*Teoria delle obbligazioni nel dir. moderno it.*, Firenze, Cammelli, 1895, vol. III, n. 25, pag. 29, 4ª ediz.), fatta la distinzione tra contratti bilaterali e contratti unilaterali, accennando agli esempi, dice: « Mandato, mutuo, deposito, *comodato* sono esempi di contratti unilaterali ». Ma subito dopo soggiunge: « Ma il vocabolo *bilaterali* è anche suscettivo di un senso improprio; ed allora comprende eziandio quei contratti unilaterali, in cui il debitore può pretendere, non in virtù della natura consueta del contratto, ma *per accidens*, una prestazione dal creditore. Il *comodatario*, il depositario, il mandatario hanno, verbigrazia, fatto spese per conservare la cosa del comodante o del deponente, oppure nell'eseguire il mandato. Ecco altrettanti crediti, sorti accidentalmente, che rendono quel *comodato*, quel deposito, quel mandato tanti *contratti bilaterali imperfetti* ».

(2) I contratti detti *reali* sono tali per la essenza loro, non potendo esistere *sine re*, per volontà delle parti, o per imperio legislativo; laonde il diritto romano diceva: *aut re contrahitur, aut verbis, aut litteris, seu consensu* (*Instit. de obligat.*, § 2).

(3) De Filippis, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, Napoli, dott. L. Vallardi, 1877, vol. VII, n. 252, pag. 129. Nello stesso senso v. pure Laurent, Op. cit., vol. XXVI, n. 453, pag. 339; Pothier, *Du prêt à usage*, n. 6.

(4) *Non consensu perfici commodatum, sed traditione ex consensu facta, usus causa.*

(5) Pothier, Op. cit., n. 8, pag. 8.

(6) In questo caso tali contratti devono essere registrati; e, secondo la tariffa annessa alla legge 13 settembre 1874, n. 2076 (serie 2ª), sono soggetti alla tassa fissa di lire 3.

(7) De Filippis, Op. cit., vol. XXII, n.i 269, 270, pagg. 135, 136.

(8) Cons. al riguardo la sentenza 14 dicembre 1885 della Corte di app. di Genova, *Malco* c. *Briozzo* (*Eco giur. civ.*, Genova, a. X, 10).

chè è unicamente al valore dell'*oggetto* del contratto che si deve aver riguardo.

20. Vediamo ora i punti di simiglianza e di differenza che il comodato ha con gli altri contratti.

In primo luogo il contratto di comodato ha una notevole analogia con la donazione. Il comodato, infatti, al pari della donazione, costituisce un benefizio, ed è annoverato tra i contratti di liberalità, od a titolo gratuito; e al pari del donante, il comodante dà gratuitamente a qualcheduno qualche cosa.

Ma, pur tuttavia, il contratto di comodato è ben diverso da quello di donazione. La donazione, infatti, riguarda la cosa e la sostanza del diritto (1); il comodato invece, come già vedemmo, non riguarda che l'uso della cosa comodata; mentre la donazione è una spogliazione attuale ed irrevocabile della cosa donata, il comodato non costituisce che una sospensione momentanea dell'uso della cosa propria in favore di un altro, che, senza però acquistarne la proprietà, ne ritrae utile e vantaggio. In altri termini, la donazione trasferisce al donatario e per sempre la proprietà ed il possesso, sia utile che civile, della cosa donata; il comodato, invece, trasferisce al comodatario, e solo per un certo tempo, il possesso utile della cosa comodata (2).

21. Il comodato o prestito ad uso ha pure delle notevoli analogie e simiglianze col mutuo o prestito a consumo (3); ma sono maggiori le differenze. Ed infatti, è bensì vero che, tanto nell'un caso che nell'altro, una cosa è data da una persona ad un'altra, perchè questa se ne serva; ma nel primo caso questa seconda persona non acquista della cosa nè la proprietà, nè il possesso civile, ma solo il possesso utile, mentre invece nel secondo acquista questi due diritti. Inoltre, nel comodato il comodatario non può fare della cosa comodata se non l'uso indicato nella convenzione, o, in difetto, quello che è naturale alla cosa stessa; nel mutuo, invece, il mutuatario può fare della cosa l'uso che più gli piace. Finalmente, il comodato deve essere sempre ed in qualunque caso gratuito; nulla invece si oppone a che tale non sia il mutuo, a che, cioè, sieno stipulati interessi o ricompense da corrispondersi dal mutuatario al mutuante (4).

22. E parimenti per la gratuità si differenzia il contratto di comodato dal contratto di locazione di cosa (5). In entrambi questi contratti, infatti, lo scopo è eguale; giacchè si tratta appunto del semplice uso, del semplice godimento di una cosa, la di cui proprietà rimane pur sempre presso colui che eseguisce la consegna della cosa. Ma ciò che li differisce si è appunto il prezzo, che nel secondo caso è lecito non solo, ma costituisce uno dei requisiti essenziali del contratto, e nel primo è assolutamente vietato, la *gratuità* di esso essendo sempre rigorosamente imposta.

Il Ricci (6) sostiene inoltre che il comodato differisce dalla locazione di cosa anche rapporto al concetto giuridico del servizio che con questi contratti si presta. In entrambi, infatti, egli dice, la cosa si dà perchè chi la riceve ne usi; ma quest'uso è diverso a seconda del contratto. Nella locazione si estende al godimento di che la cosa è capace; nel comodato, invece, l'uso è limitato al servizio per cui fu data. E porta a schiarimento il seguente esempio: « Vi è stato prestato un cavallo per recarvi nella vostra campagna: voi non potete servirvi del medesimo che per questo scopo; invece ve ne servite per andare in altro luogo: violate il contratto e siete responsabile delle conseguenze che ne derivano. Ma se il cavallo vi è stato locato, voi potete impiegarlo in qualunque viaggio, e potete farne quell'uso a cui esso è destinato dal locatore. »

Pare però a noi che questa differenza realmente non esista. Ed intanto, in primo luogo, la determinazione dell'uso della cosa non è, come abbiamo visto (n. 11), elemento essenziale del contratto di comodato; può l'uso non essere indicato nel contratto, ed in tal caso esso è determinato dalla natura della cosa, il godimento della quale in favore del comodatario si estende quindi egualmente a tutto quel qualunque godimento di che la cosa è capace secondo la sua destinazione. In secondo luogo, poi, non nel solo contratto di comodato, ma anche in quello di locazione di cosa ben può — a parer nostro — *determinarsi l'uso* della cosa locata, come chiaramente si evince dal disposto dell'art. 1583, n. 1, codice civile, dove è detto che il conduttore « deve servirsi della cosa locata da buon padre di famiglia, e *per l'uso determinato dal contratto*, o, in mancanza di conven-

(1) La donazione è un atto di spontanea liberalità, col quale il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta (art. 1050 cod. civ.).

(2) « Non sono applicabili al comodato le disposizioni riguardanti le donazioni. In queste il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario; ciò che non ha luogo nel prestito d'uso, conservandone il comodante la proprietà dacchè la concessione si limiti al solo uso ». Così la C. di app. di Venezia, 3 settembre 1891, *Barni-Olivetti* c. *Longo* (*Temi ven.*, 1892, pag. 40).

(3) Il mutuo o prestito di consumazione è un contratto, per cui una delle parti consegna all'altra una data quantità di cose, con l'obbligo nell'ultima di restituire altrettanto della medesima specie e qualità di cose (art. 1819 cod. civ.).

(4) « Il comodato è essenzialmente gratuito (1806) e la cosa non passa in proprietà del comodatario. Avendosi la consegna della cosa dall'uno all'altro e la pattuizione degli interessi, emerge netta la figura del mutuo o prestito di consumazione con l'obbligo di restituire altrettanto della medesima specie e qualità di cose (1819). In forza di questo contratto, il mutuatario è fatto padrone della cosa mutuata, la quale, venendo in qualunque modo a perire, perisce per conto di lui (1820). Nella specie, T. aveva prestato a C. e a M. una cartella di rendita al portatore; fu ritenuto trattarsi di mutuo. Ciò rivelava la scrittura tra loro intervenuta, laddove, in principio, si leggeva che C. e M. *dichiarano di aver ricevuto, siccome ricevono, ad imprestito*, la cartella; ma più chiaramente quando si stabiliva che i mutuatarii, oltre che a pagare i *coupons* alla scadenza, si obbligavano ancora a pagare l'interesse annuo del 5 per cento per detto imprestito, *che forma la complessiva somma di lire 2000*. Conseguentemente era manifesto che non la cartella, non nominativa, ma al portatore, di cui neppure era segnato il numero, bensì il valore da essa rappresentato si aveva in vista, sul quale si prometteva l'interesse del dieci per cento, meno la ritenuta sul *coupon;* d'altronde, siffatta cartella al portatore non era oggetto di cui potesse interessare la conservazione. Posto in sodo trattarsi di un mutuo di consumazione di lire 2000, rappresentate dalla cartella, non si poteva parlare di obbligazione solidale nei mutuatari, poichè non vi era espressa stipulazione, nè trattarsi di obbligazione commerciale se non nei soli rapporti con C. Neppure poteva parlarsi di obbligazione indivisibile, per modo che si dovesse sempre restituire la medesima cartella, nulla trovandosi nella scrittura, che si prestasse all'induzione prevista dall'art. 1202 ». Così la Corte d'app. di Genova, 26 agosto 1892, *Bellani* c. *Preatoti* (*Temi gen.*, 1892, 569; *Annali*, 1892, 406).

(5) La locazione delle cose è un contratto col quale una delle parti contraenti si obbliga di far godere l'altra di una cosa per un determinato tempo, e mediante un determinato prezzo che questa si obbliga di pagarle (art. 1569 cod. civ.).

(6) Ricci, Op. cit., n. 183, pag. 128.

zione, per quello che può presumersi secondo le circostanze ». Anche nel contratto di locazione di cosa, pertanto, può avvenire che il conduttore non abbia l'intiero godimento della cosa, ma debba servirsene solo per un uso determinato; e questa circostanza non può quindi essere presa come criterio differenziale fra i due contratti di comodato e di locazione di cosa.

Ci pare così d'aver pienamente confutata la teoria del Ricci; e crediamo di poter quindi affermare, senza tema d'essere contraddetti, che unico carattere differenziale tra il contratto di comodato e quello di locazione di cosa sia il prezzo, che non deve esistere nel primo, ma lo deve, invece, nel secondo.

Ricorderemo poi che la Corte d'appello di Brescia (1) ebbe a decidere che « la concessione fatta a persona di abitare in una casa fino a che si sia trovata un'altra comoda abitazione, riveste i caratteri di un comodato e dura per il tempo durante il quale la casa è stata data a comodato, nè può confondersi con il contratto di locazione o conduzione, nel quale sono elementi sostanziali il prezzo ed il tempo determinato »; e che anche la Corte d'appello di Cagliari (2), prendendo appunto come ragion del decidere la gratuità del contratto, stabilì che, se si accorda gratuitamente l'uso di una casa, si avrà un contratto di comodato.

Il Chironi (3) poi osserva che il comodato si differenzia dalla locazione di cosa anche per il fatto che dal comodato, a differenza di ciò che si verifica nel contratto di locazione, non deriva l'obbligo nel comodante di *far godere* il comodatario della cosa comodatagli. Ma questa differenza, più che una differenza nelle qualità e nei requisiti dei diversi contratti, è differenza nelle obbligazioni che dal contratto derivano.

23. Il contratto di comodato ha pure dei punti di somiglianza e differenza con l'usufrutto.

Anche nell'usufrutto, infatti, come nel comodato, si ha il diritto di godere delle cose di cui altri ha la proprietà, e si ha pure l'obbligo di conservarne la sostanza tanto nella materia, quanto nella forma (art. 477 codice civile).

Ma a questi punti di contatto fanno riscontro numerose dissomiglianze. Il comodato, infatti, è sempre spontaneo, volontario, gratuito, ed induce nel comodante l'intenzione di rendere un servigio, ed un servigio limitato; l'usufrutto, invece, può essere imposto dalla legge (art. 478 codice civile) e può essere concesso mediante ricompensa; — inoltre l'usufrutto occupa una classe distinta fra i diritti reali, il comodato è una relazione personale (4); — di più la durata dell'usufrutto suole misurarsi dalla vita dell'usufruttuario, il prestito ad uso dal bisogno che si ha di servirsi della cosa locata; — e finalmente l'usufrutto si estingue sempre con la morte dell'usufruttuario (art. 515, n. 1 cod. civ.), nel comodato, invece, il godimento della cosa comodata passa di regola negli eredi del comodatario, a meno che il prestito non sia stato fatto in riguardo del solo comodatario, ed a lui personalmente. Inoltre — e questa è forse la differenza più importante — il comodato non stabilisce che una semplice relazione personale, mentre l'usufrutto trasferisce un diritto reale, che importa uno smembramento del diritto di proprietà (5).

24. Un altro contratto col quale il comodato ha pure molti punti di contatto è il precario. La rassomiglianza del comodato col precario, dice il Borsari (6), è bene significata nelle leggi romane (7).

Il *precario* ha una classificazione, secondo quella legislazione, come il comodato, per cui i termini di confronto sono assicurati. In realtà però il comodato esclude il precario contenendo termini di sospensione che il comodante deve rispettare.

Suole, infatti, in quest'atto stabilirsi un termine alla restituzione; in caso diverso, il termine è nel bisogno, o, diremo anche semplicemente, nella causa che ha il comodante di servirsene, nota all'altra parte. In mancanza di termine convenuto, questo è, pertanto, nel comodato, determinato dall'uso per cui la cosa fu prestata; e fino a che la cosa non abbia servito a quell'uso non può, come vedremo, il comodante ripeterla dal comodatario (art. 1815 codice civile). Invece, nel precario, non si ha alcuna determinazione di tempo nè esplicita, nè tacita: chi riceve *precariamente* una cosa, deve restituirla in qualunque tempo, sempre quando piaccia al concedente di richiedergliela. Gli è vero che la richiesta deve farsi nei limiti della discrezione e può accordarsi un certo termine per la restituzione, ma il concedente non è nel precario legato da alcun termine. È da osservarsi però che il precario, come contratto a sè, non trovò posto nel Codice civile nostro, per essere una convenzione assai rara; è inutile, quindi, dilungarsi più oltre su questo argomento.

25. Esaminati così i caratteri particolari e la natura del contratto di comodato, non ci resta ora, per finire questa parte del nostro lavoro, che discorrere brevemente dei requisiti essenziali alla validità di tutti i contratti in genere, osservando tra quali persone il contratto stesso possa aver luogo; quale, in altre parole, sia la capacità richiesta nei contraenti di fronte a questo contratto; e quale sia la causa di questo contratto.

La capacità di contrattare nelle parti contraenti è, secondo l'articolo 1104 del codice civile, uno dei requisiti essenziali dei contratti, mancando il quale il contratto è necessariamente nullo.

A questo riguardo l'art. 1105 del codice dispone che « qualunque persona può contrattare se non è dichiarata incapace dalla legge », e l'art. 1106 dice che « sono incapaci di contrattare, *nei casi espressi dalla legge*, i minori, gli interdetti, gli inabilitati, le donne maritate, e generalmente tutti coloro ai quali la legge vieta determinati contratti ».

Vediamo ora a quali di queste persone sia vietato il contratto di comodato.

Opina il Borsari (8) che il prestito d'uso, al pari delle altre consimili contrattazioni d'impegno momentaneo, sebbene non sia nè necessario, nè, attesa la sua gratuità,

(1) Sentenza 17 febbraio 1873, N. N. (*Eco dei Trib.*, XXIV, 270).

(2) Sentenza 4 marzo 1871, *Gambarotta-Fiorentino* (*Giurispr. it.*, XXIII, I, 2, 157).

(3) G. P. Chironi, *Istituzioni di diritto civile italiano*. Torino, Fratelli Bocca, 1889, vol. II, § 356, pag. 167.

(4) V. Borsari, Op. cit., § 3958, pag. 97.

(5) De Filippis, Op. cit., n. 260, pag. 132.

(6) Op. e loc. cit., lett. *G*.

(7) *Precarium est quod precibus petendi utendum conceditur (tamdiu), quamdiu is qui concessit patitur... et est simile commodato; nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat accipientis; sed ut ei uti re commodata permittat.* — Fr. 1, pr. e § 3, D. *de precario*, lib. XLIII, tit. XXVI.

(8) Borsari, Op. cit., § 3959, pag. 99.

utile (1), non costituisca altro che un atto d'amministrazione. E di questa opinione pare siano anche il Chironi (2), il quale dice che « può dare a comodato chiunque abbia capacità di amministrare le cose proprie », ed il Pacifici-Mazzoni (3), che insegna che « può dare o prendere a comodato ogni persona che abbia l'amministrazione dei suoi beni, e sia quindi capace di obbligarsi in riguardo agli atti d'amministrazione ».

Da questo principio deriverebbe che per la validità del contratto di comodato sarebbe sufficiente la capacità di amministrare. Quindi potrebbe validamente stipulare un comodato il minore emancipato, senza aver per ciò bisogno dell'assistenza del curatore, giacchè l'emancipazione gli conferisce la capacità di fare da sè solo tutti gli atti che non eccedano la semplice amministrazione (art. 317 codice civile). Parimenti potrebbe il contratto di comodato essere stipulato validamente dall'inabilitato. L'infermo di mente, il cui stato non sia talmente grave da far luogo all'interdizione, ed il prodigo potranno infatti dal tribunale essere dichiarati inabili a stare in giudizio, fare transazioni, prendere a prestito, ricevere capitali, rilasciare liberazioni, alienare od ipotecare i loro beni, nè fare altro atto che ecceda la semplice amministrazione senza l'assistenza di un curatore da nominarsi dal Consiglio di famiglia, o di tutela (art. 339 codice civile); e fra questi atti, che sono i soli vietati all'inabilitato, non si potrebbe, secondo la teoria dianzi accennata, comprendere il comodato.

Al contrario il Ricci (4) opina che il comodato non possa dirsi atto di semplice amministrazione, e che, quindi, per stipularlo validamente sia necessaria la piena capacità giuridica. « Chi presta ad uso, egli dice, non fa, è vero, atto di disposizione della cosa, perchè esso ne conserva la proprietà, privandosi temporaneamente dell'uso della medesima in favore o a vantaggio della persona, cui il prestito è fatto; ma è pur vero che il dare a prestito non è neppure un atto di amministrazione. Gli atti di amministrazione si compiono nell'interesse dell'amministrato; forse che il prestito è fatto nell'interesse del comodante? Tutt'altro; dunque esso è atto che eccede i limiti della semplice amministrazione, e che non può per conseguenza essere efficacemente compiuto da chi non ha la piena capacità ».

Di queste due teorie noi riteniamo più giusta quest'ultima. Gli atti di amministrazione, infatti, debbono essere o utili, o necessari, e il comodato non è nè utile, nè necessario. Gli è vero che esso non costituisce atto di alienazione, restando al comodante la proprietà della cosa comodata; ma non è men vero che il comodato costituisce sempre una perdita, e che in certi casi questa può essere molto notevole, può procurare una diminuzione non disprezzabile del patrimonio. Nè si capisce, d'altronde, perchè si dovrebbe permettere la stipulazione del comodato ai semplici amministratori, dal momento che, come dice il Laurent, dare, qualunque sia l'oggetto del dono, non è amministrare (5).

26. L'art. 1154 codice civile richiede, tra i requisiti essenziali alla validità dei contratti in genere, una *causa lecita per obbligarsi*, in mancanza della quale l'obbligazione deve ritenersi nulla.

Naturalmente, poichè la *causa* è richiesta alla validità dei contratti in genere, essa è necessaria anche nel contratto di comodato. Senonchè, per principio generale di diritto, non è necessario che la causa sia espressa (art. 1120 cod. civ.), presumendosi essa sino a prova contraria (art. 1121 codice civ.), e dovendo chi oppone la mancanza di causa fare la dimostrazione del suo asserto.

Ricorderemo, poi, che per *causa* dei contratti deve ritenersi non già il motivo personale, che ha indotto a conchiudere il negozio, ma il motivo giuridico, il quale consiste o in una preesistente obbligazione, o in una nuova prestazione da ricevere dall'altro contraente, o nella intenzione di esercitare una liberalità; e che è questa appunto la causa, o motivo giuridico, sia del contratto di donazione, che del comodato, i quali, appunto perciò, sono detti contratti liberali, o di beneficenza.

Gli è vero che il comodatario sarebbe pur sempre tenuto a restituire al comodante, sebbene incapace, la cosa comodatagli; e, parimenti, che il comodatario incapace dovrebbe rispondere della perdita o deteriorazione della cosa comodatagli, se fossero conseguenza del suo dolo; ma queste obbligazioni in tal caso non deriverebbero già dal contratto di comodato, sibbene dalla legge naturale che obbliga colui che possiede senza titolo una cosa altrui a restituirla al vero proprietario. E parimenti il minore o l'interdetto comodanti sarebbero bensì tenuti al rifacimento delle spese fatte dal comodatario per la conservazione delle cose, delle quali essi avessero profittato, ma non in virtù del contratto di comodato, sibbene per il principio fondamentale di equità naturale, che non vuole che alcuno si arricchisca a danno altrui: *jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.*

Naturalmente la capacità è richiesta tanto nel comodante, che nel comodatario, tanto, cioè, per dare, come per ricevere in comodato. Gli è bensì vero, infatti, che il contratto di comodato non può in alcuna guisa peggiorare la condizione del comodatario, la quale deve invece assolutamente migliorare. Ma non bisogna dimenticare che il comodatario assume delle obbligazioni — principale quella di conservare la cosa con la cura e diligenza di un padre di famiglia, — le quali, in caso di inadempimento, espongono il patrimonio del comodatario, e non possono certo farsi rientrare tra gli atti d'amministrazione; per cui non possono essere validamente assunte dalle persone non pienamente capaci.

Bisogna, pertanto, conchiudere che il contratto di comodato deve ritenersi nullo tanto se sia incapace il comodante, quanto se sia incapace il comodatario (6).

27. Ad ogni modo, però, qualunque di queste teorie si

---

(1) « Certamente l'elemento della utilità, non diremo della necessità, giustifica l'atto amministrativo; e qui abbiamo la spontaneità, la gratuità, il favore. Non ostante, non è in ciò riposto il criterio distintivo, e non si vuol credere che il semplice amministratore non possa fare un atto di favore, e di convenienza sociale, e ogni passo che muove debba essere interessato »: Borsari, Op. e loc. cit.

(2) Chironi, Op. cit., § 356, pag. 167. L'egregio A. giustifica questa sua opinione osservando: « di regola, il comodato ha luogo nell'interesse del comodatario, ma può avvenire che in una a questo possa pur concorrere l'interesse del comodante ».

(3) Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile,* Firenze, Cammelli, 1887 (3ª ediz.), vol. v, 264, pag. 415. — In questo senso cons. pure: Pont, *Des petits contrats,* t. I, pag. 24, n. 54.

(4) Ricci, Op. cit., vol. IX, n. 107, pag. 333. — In questo senso cons. pure: De Filippis, Op. cit., vol. VII, n. 276, pag. 135; Laurent, Op. cit., vol. XXVI, n. 458, pag. 343.

(5) La giurisprudenza, per quel che consti a noi dallo spoglio accurato di quasi tutti i migliori periodici di diritto, non ebbe mai ad occuparsi della presente questione.

(6) Cons., in questo senso, Ricci, Op. cit., vol. IX, n. 187. — Il Pothier (Op. cit., n. 13, pag. 11) ritiene invece che la donna maritata sia incapace a stipulare validamente un contratto di co-

abbracci, non potrà però mai il comodato venir compreso tra gli atti che la legge vieta alla donna maritata. L'art. 134 codice civile, infatti, facendo una eccezione a quel principio generale di diritto che accorda alla donna la piena e perfetta capacità giuridica, stabilisce che « la moglie non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, nè transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti, senza l'autorizzazione del marito ». Ora, poichè a quest'articolo, come quello che sancisce un principio odioso, deve darsi un'interpretazione restrittiva, è evidente che il comodato non può essere ascritto a nessuna delle categorie di atti sopra indicati. Deve concludersi quindi che la donna maritata è perfettamente capace a stipulare un contratto di comodato (1).

Capo II. — Dei diritti e delle obbligazioni del comodatario.

§ I. — Dei diritti del comodatario.

28. Diritto di uso della cosa comodata. Azione che ne deriva.

28. Il contratto di comodato, come già dicemmo, dà al comodatario il diritto di *servirsi* della cosa comodata, nei limiti stabiliti dal contratto. Questo diritto è perfettamente identico a quello che il contratto di locazione di cosa dà al locatore; esso pertanto non ha un diritto sulla cosa come l'usufruttuario, o l'usuario, ma un diritto puramente personale contro il comodante, diritto che consiste nel fare della cosa un determinato uso, e che nasce appunto dall'obbligazione che questi contrae, di permettere, cioè, che il comodatario si serva della cosa comodata per il tempo e per l'uso per i quali il contratto fu stipulato (2).

Da questo diritto deriva al comodatario (3) un'azione contro il comodante, e contro i suoi eredi, per il caso che l'uno o gli altri gli arrecassero qualche disturbo nell'uso che egli ha diritto di fare della cosa comodatagli, sia per far cessare o togliere questo disturbo, sia per ottenere contro di essi una condanna al risarcimento dei danni. Dallo stesso diritto deriva pure al comodatario una eccezione contro la domanda di restituzione della cosa comodata che dal comodante gli venisse fatta intempestivamente.

Questo diritto del comodatario è, come abbiamo detto, regolato dal contratto, e, in mancanza di questo, come vedremo, dalla legge.

§ II. — Delle obbligazioni del comodatario.

29. Principali obbligazioni del comodatario. Partizione della materia. — 30. *a) Obbligo di curare la conservazione e la custodia della cosa comodata.* Grado di diligenza. — 31. *Segue:* Se si possa sempre pretendere dal comodatario il grado di diligenza di cui parla la legge. — 32. *Segue:* Se la qualità delle persone possa influire sul grado di diligenza da richiedersi. — 33. *Segue:* Se questa diligenza possa esser minore quando il contratto di comodato non è ad esclusivo benefizio del comodatario. — 34. *Segue:* Se lo possa nel caso che il comodatario abbia prestata la cosa prima d'esserne richiesto. — 35. *Segue:* Facoltà di limitare la diligenza nel contratto. — 36. *Segue:* Responsabilità del comodatario al riguardo. Eccezione pel caso fortuito o di forza maggiore. — 37. *Segue:* Se il comodatario sia tenuto al caso fortuito, quando, senza il comodato, la cosa non l'avrebbe patito. — 38. *Segue:* A chi spetti l'onere della prova del caso fortuito. — 39. *Segue:* Diritto del comodatario di convenire in giudizio gli autori del danno per il relativo risarcimento. — 40. *b) Obbligo di servirsi della cosa comodata solo per l'uso determinato.* — 41. *c) Obbligo di restituire la cosa comodata.* — 42. Se possa il comodatario fare della cosa uso diverso o per un tempo più lungo, quando abbia motivo di credere che il comodante l'avrebbe permesso. — 43. *Segue:* Persona a cui la restituzione deve esser fatta. — 44. *Segue:* *Quid* se il comodante sia divenuto incapace. — 45. *Segue:* Luogo della restituzione. — 46. Se il comodatario possa restituire la cosa prima della scadenza del termine, contro il volere del comodante. — 47. *Segue:* Eccezioni opponibili alla richiesta di restituzione. — 48. *Segue: Jus retentionis.* — 49. *d) Obbligo di fare le spese necessarie all'uso della cosa comodata.* — 50. *Segue:* Eccezioni al principio che sancisce la irresponsabilità del comodatario per il caso fortuito. *a*) Patto contrario. Stima. — 51. *Segue: b*) Colpa del comodatario. Diversi casi contemplati dal codice. — 52. *Segue.* — 53. *Quid* se il comodatario possedesse una cosa eguale a quella comodata e ne abbia celata l'esistenza al comodante.

29. Al diritto del comodatario, nascente dal contratto di comodato, di cui parlammo nel precedente paragrafo, fanno necessario riscontro diverse obbligazioni. Queste sono tre; e cioè: *a*) custodire e conservare la cosa con la diligenza voluta di regola nell'adempimento delle obbligazioni (art. **1224**, 1808 cod. civ.); *b*) servirsi della cosa nel modo stabilito dalla convenzione, o, in mancanza, dalla natura della cosa comodata (art. 1808 cod. civ.); *c*) restituire la cosa, non appena scaduto il termine convenuto, ovvero, in mancanza di convenzione, dopo che la cosa ebbe servito all'uso per cui fu prestata (art. 1815 cod. civ.).

---

modato; e di questa opinione pare sia pure il De Filippis (Op. cit., n. 267), il quale dice: « i minori non emancipati, gli interdetti e le *donne maritate* incapaci di contrattare, non possono consentire il profitto d'uso ».

(1) Ricci, Op. cit., vol. IX, n. 187; De Filippis, Op. cit., vol. V, n. 268, pag. 135; Laurent, Op. cit., vol. XXVI, n. 459, pagg. 343 e 344.

(2) Il progetto di codice civile francese ammesso dal Consiglio di Stato aggiungeva *pei suoi bisogni*, onde indicare più esplicitamente e più efficacemente la personalità del contratto; ma il Tribunato propose di sopprimere queste parole, perchè dicevano sovrabbondantemente ciò ch'era già sufficientemente espresso (Osservazioni del Tribunato, n. 3, Locré, t. VII, pag. 273).

(3) *Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati, finemque praescribere, ejus est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit (id est, postquam commodavit), tunc finem praescribere, et retro agere, autem intempestive commodatae rei usum auferre, non officium tantum impedit, sed suscepta obligatio inter dandum accipiendumque: geritur enim negotium invicem, et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quid principio beneficii et nudae voluntatis fuerat, convertit in mutuas praestationes actionesque civiles: ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit; neque (enim) impune peritura deserit; suscepisset enim fortassis alius si is non caepisset; voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consumere. Igitur, si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo; nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem. Idemque et si ad fulciendam insulam tigna commodasti; deinde protraxisti, aut etiam sciens vitiosa commodaveris; adjuvari quippe nos, non decipi, beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium judicium utile esse dicendum est* (Fr. 17, § 3, D. **commodati vel contra**, lib. XIII, tit. VI).

Parleremo partitamente di ciascuna di queste obbligazioni del comodatario, occupandoci poi, specialmente, della responsabilità dello stesso per il caso di perdita o deterioramento della cosa comodata, avvenuti per caso fortuito, o forza maggiore.

30. *a*) L'obbligazione di restituire la stessa cosa comodata induce, durante la durata del contratto, l'obbligo nel comodatario di vegliare alla custodia ed alla conservazione della cosa stessa. È naturale, infatti, che colui il quale ha solo il diritto di godere di una cosa, e deve restituirla *in individuo*, debba aver cura di questa cosa, debba custodirla riguardosamente.

Su questo non può nascer dubbio. Ma quale sarà la cura che il comodatario dovrà avere al riguardo? quale il grado suo di responsabilità? Poichè, data l'ipotesi che la cosa comodata perisca o si deteriori mentre è posseduta dal comodatario, l'importante si è di vedere se ciò siasi verificato per alcuna colpa di cui egli sia imputabile, e tutto si riduce alla questione del *grado*, quando l'esito dimostri che, facendo di più o di meglio, le cose avrebbero potuto salvarsi o conservarsi intiere.

Il diritto romano, a questo proposito, insegna doversi usare dal comodatario l'estremo grado della cura, la massima diligenza, onde la responsabilità del comodatario si estendeva fino alla colpa lievissima. *Nunc videndum est*, dice infatti Ulpiano (1), *quid veniat in commodati actionem: utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus, interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito, nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit; tunc enim (ut est et constitutum) etiam culpa exhibetur: aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, in locato, in dote, in pignore, in societate, et dolus et culpam praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus cui commodatur, et ideo verior est Quinti (Mucii) sententia existimantis et culpam praestandam, et diligentiam.* E Gaio (2) dice: *Is vero qui utendum accepit, si majore casu, cui humana infirmatas resistere non potest (veluti incendio, ruina, naufragio) rem, quam accepit, amiserit, securus est: alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur: nec sufficit ei eamdem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alias diligentior custodire poterit.*

Secondo il codice civile francese (articolo 1880), il Pothier (3) insegna che l'obbligazione che il comodatario contrae col prestito d'uso l'obbliga ad avere tutta la cura possibile per la conservazione della cosa comodatagli; e che non basta che egli ponga al riguardo una cura ordinaria, come quella che i padri di famiglia usano avere relativamente alle cose che loro si appartengono, ma che egli deve avere al riguardo tutta la cura possibile, vale a dire quella che le persone le più accurate sogliono avere nel disbrigo dei propri affari; e che, sotto questo rapporto, il comodatario è tenuto non solamente della colpa lieve, ma anche della colpa lievissima.

Il legislatore italiano, invece, abbandonando la teoria della triplice gradazione della colpa — teoria reputata inutile, imbarazzante e priva di valore pratico, come quella che non contiene alcun principio normale e decisivo — ed il principio della maggior diligenza possibile, di cui al codice francese, ha creduto opportuno stabilire, nel modo il più possibilmente chiaro, il tipo della diligenza, intorno al quale debba il giudice ragguagliare il più od il meno di quella che doveva prestarsi, e si è realmente prestata. E questo tipo è il *buon padre di famiglia*, diligente quanto si usa comunemente dagli uomini di senno in bene ordinata società. *La diligenza che si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti o di ambedue, è sempre* QUELLA DI UN BUON PADRE DI FAMIGLIA... Così stabilisce la regola generale sancita dall'articolo 1224, là dove si parla degli effetti delle obbligazioni — regola generale che deve applicarsi anche nel contratto di comodato al comodatario per l'espresso disposto dell'articolo 1808 codice civile, che dice: « il comodatario è tenuto a vigilare *da buon padre* di famiglia alla custodia e conservazione della cosa prestata » (4).

Il legislatore italiano, pertanto, sempre ripugnante dagli estremi, raffigurò il grado massimo della diligenza da usarsi dal comodatario nella custodia della cosa comodatagli nella diligenza del buon padre di famiglia (5). Il giudice, quindi, non dovrà rivolgere il suo esame a vedere se la diligenza usata sia la massima possibile, se altra cura, se altra precauzione erano possibili ed utili ad evitare il danno incorso, se da qualcuno sieno mai in casi simili state usate; ma deve limitarsi a ricercare ciò che, in quelle date circostanze, avrebbe fatto un buon padre di famiglia. Giacchè, come dice il Ricci (6), non si esige una diligenza speciale e straordinaria, perchè questa non è nella presunta intenzione dei contraenti, ed il legislatore, trattandosi di provvedere agli interessi del comodante, non può esigere più di quanto si può ragionevolmente ritenere che abbia voluto esso stesso.

Naturalmente poi il giudizio su questo punto è riserbato unicamente al criterio ed alla coscienza dei magistrati, non potendo esso venire in alcun modo limitato. Ed esso, a nostro modo di vedere, costituisce un giudizio di fatto, e quindi è incensurabile in Cassazione.

Al riguardo osserveremo ancora che il comodatario deve vegliare non solamente sulla cosa comodata, ma anche su quelle che l'accompagnano, e che egli ha ricevuto assieme a

(1) Fr. 5, § 2, *commodati vel contra*, lib. XIII, tit. VI.

(2) Fr. 1, § 2, *de obligationibus et actionibus*, lib. XLIV, tit. VII. Cons. pure Inst., § 2, *quib. modis re contr. obl.*, III, 14.

(3) Pothier, Op. cit., n. 40, pag. 33.

(4) Anche Gajo (L. 18, D. *comm. vel contra*, XIII, VI) raffigura nella diligenza del buon padre di famiglia il tipo della cura che si deve prestare dal comodatario, ma riferendosi al *paterfamilias* DILIGENTISSIMUS: « *in rebus commodatis*, egli dice, *talis diligentia praestanda est, qualem quisque* DILIGENTISSIMUS *paterfamilias suis rebus adhibet: ita ut tamen eos casus non praestet, quibus resisti non possit; veluti, mortis servorum, quae sine culpa et dolo ejus accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent* ».

(5) Eguale ci sembra il concetto indicato nel codice civile portoghese, il quale, all'art. 1514, stabilisce che « il comodatario è obbligato di vegliare per la conservazione della cosa imprestata, come se fosse sua propria »; migliore però la forma usata dal nostro codice, potendo quella del codice portoghese dar luogo a qualche quistione.

(6) Ricci, Op. cit., n. 189, pag. 335.

quella. *Usque adeo autem,* dice, infatti, Ulpiano (1), *diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat; ut puta, equam tibi commodari, quam pullus comitabatur, etiam pulli (te) custodiam praestare debere veteres responderunt.*

31. Al riguardo si discute, sia dagli autori italiani, sia da quelli francesi, se si possa sempre esigere dal comodatario la diligenza prescritta dalla legge, o se non si debba invece fare una eccezione riguardo a quegli che per avventura di una tale diligenza non fosse capace, per le sue abitudini di inerzia e di negligenza.

A favore dell'eccezione si potrebbe osservare che è regola generale nessuno esser tenuto alle cose impossibili (2); che, se il comodante non trova nel comodatario tutta la diligenza di un buon padre di famiglia, la colpa è sua, perchè egli si affidò ad un uomo da cui non poteva aspettarsi di più e di meglio, e bisogna che si contenti se questi spende in profitto della cosa comodatagli quel po' di diligenza di cui è capace.

Ma queste ragioni non sono sufficientemente persuasive. Infatti, in primo luogo è inapplicabile al caso l'argomento della impossibilità dell'obbligazione assunta; giacchè la regola nessuno esser tenuto all'impossibile deve applicarsi esclusivamente a ciò che è assolutamente impossibile, non a ciò che è impossibile solo ad una determinata persona, ma che è impossibile in sè, giacchè è pacifico nella dottrina e nella giurisprudenza che l'impossibilità relativa, ovvero impotenza, non impedisca la perfezione del contratto.

La legge, d'altronde, sancisce in modo chiaro ed evidente che il comodatario deve usare della diligenza del buon padre di famiglia, senza limitazione, senza eccezione alcuna. Ora il comodatario, nello stipulare il contratto, sa, o almeno si suppone che sappia che da questo contratto deriva in lui l'obbligo dianzi accennato di custodire la cosa con la diligenza del buon padre di famiglia (3): è sua, dunque, la colpa, se si è addossato un impegno superiore alle sue forze, se non può adempiere l'obbligazione contratta. E sarebbe, secondo noi, somma ingiustizia incolpare il comodante per essersi fidato di un individuo non troppo sollecito, non troppo oculato; in primo luogo, perchè ben può darsi che egli non conoscesse le abitudini di costui, nè di conoscerle gli dovea importare, stante la disposizione della legge; in secondo luogo, perchè ben potea credere che quegli, trattandosi di cosa non sua, avrebbe, riguardo a questa, posta maggior cura, giacchè si può essere trascurati nelle cose proprie, e non nelle altrui.

Pare, pertanto, a noi che, nel silenzio della legge, non si possa in alcun modo accogliere l'eccezione di cui sopra. Quando il legislatore volle — come nel deposito — riferirsi alla diligenza usata nelle cose proprie, lo disse espressamente (4); l'accogliere quindi una tale eccezione costituirebbe opera arbitraria, eccedente, per conseguenza, i limiti dell'opera dell'interprete (5).

32. Senonchè il Pothier (6) osserva doversi nullameno aver riguardo alla qualità della persona cui la cosa fu prestata, per regolare l'estensione della cura ch'essa deve apportare alla conservazione della cosa, citando il Dumoulin (7), il quale, appunto in virtù di quel principio, decise che non si deve esigere la medesima cura da uno scolaro, cui si presti un cavallo, che da uno scudiero o da un maniscalco, perchè il comodante non poteva ignorare che quello scolaro non aveva la conoscenza dei cavalli che hanno le persone del mestiere, e quindi non si può credere che egli pretendesse da lui altra cura che quella che hanno le persone che non sono del mestiere.

Ma, se questa limitazione poteva forse ritenersi giusta nel diritto francese, affine di evitare quegli eccessi cui poteva dar luogo la dizione di quel codice civile, che pretendeva dal comodatario la maggior cura possibile, riteniamo che essa sia assolutamente inammissibile nel diritto italiano.

Al tempo nostro, dice a questo proposito il Borsari (8), e regnando una disposizione così chiara come quella dell'articolo 1808, io penso che introdurre siffatte distinzioni non sarebbe conforme al suo spirito, come è rimosso dalla lettera. E giustamente. La legge, infatti, dispone che il comodatario è tenuto a vegliare da buon padre di famiglia alla custodia e alla conservazione della cosa prestata; e il termine di paragone scelto dal legislatore, come quello che non richiede nè l'abilità nè la scienza, ma deriva unicamente dalla volontà e dal buon senso che in ogni uomo si suppone, esclude la limitazione cui il Pothier accenna. Si capisce, infatti, che non si possono pretendere da chi non è del mestiere le cure e le attenzioni che si possono logicamente pretendere da chi lo è; ma certe cose basta il buon senso per capirle, ed è appunto ciò che costituisce la cura del buon padre di famiglia, la cura, cioè, esplicitamente e tassativamente richiesta dal codice. Poichè, pertanto, di fronte a quest'obbligo, tutte le persone sono nelle identiche condizioni, nessuno può giustamente da tale obbligo essere esonerato.

Ognuno capisce, infatti, per tornare all'esempio del Dumoulin, quando un cavallo è malato, e, sebbene non sappia curarlo egli stesso, sa però che i cavalli malati devono essere curati, e deve quindi farlo curare dalle persone del mestiere. Così farebbe un buon padre di famiglia; così deve fare pure il comodatario.

La distinzione del Pothier e del Dumoulin, pertanto, diventa, nel nostro codice, quasi senza valore, giacchè della qualità della persona non si deve tener conto nello statuire sulla diligenza, tutto l'esame essendo ridotto a quello che avrebbe fatto un buon padre di famiglia, nel quale non si possono certo supporre delle conoscenze speciali su tutte le speciali materie, e dal quale si è solo in diritto di attendere una vigilanza attenta ed oculata.

(1) L. 5, § 9, D. *comm. vel contra,* lib. XIII, tit. VI. *Impossibilium nulla obligatio est* (L. 85, D. *de reg. jur.*).

(2) Confr. Pothier, *Traité des obligations*, num. 136; Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, Firenze, Cammelli, 1895, vol. III, n. 228, pagg. 339, 340 (4ª ediz.).

(3) « Non basta che il comodatario provi di avere usato, a riguardo della cosa prestata, quella stessa cura e diligenza, con cui esso attende alla conservazione delle cose sue, perchè, di fronte a chi per mero favore si priva dell'uso della cosa propria per metterla al servizio del comodatario, si contrae obbligo rigoroso di vegliare in modo che il favore non si converta in danno di chi lo fa »: Ricci, Op. e loc. cit.

(4) « Il depositario deve usare nel custodire la cosa depositata la stessa diligenza che usa nel custodire le cose proprie » (art. 1843 cod. civ.).

(5) In questo senso: Pothier, *Tr. du prêt à usage*, n. 49, pagina 34; Borsari, Op. cit., § 3962, pag. 104.

(6) Pothier, Op. e loc. cit.

(7) Dumoulin, *De eo quod interest*, n. 185.

(8) Borsari, Op. e loc. cit.

33. Si fa anche questione se non debba esser minore la cura cui è tenuto il comodatario nel conservare la cosa comodata, quando il contratto stesso non sia fatto nell'esclusivo interesse del comodatario, ma anche il comodante ne ritragga qualche beneficio.

Il Pothier (1), infatti, insegna che, quando la cosa comodata fu prestata per un uso al quale il comodante ed il comodatario hanno un interesse comune, il comodatario in tal caso non è tenuto che ad una cura ordinaria, e non è responsabile della *culpa levissima*, ma solo della *culpa levis*, come avviene appunto negli altri contratti che intervengono per l'utilità reciproca delle parti; e cita a sostegno di questa tesi l'autorità di Gaio, che, dopo aver detto che il comodatario è obbligato a tutta la cura possibile, aggiunge: *Haec ita si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res. At si utriusque; veluti si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque ejus rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim,... culpae fit aestimatio sicut in rebus pignori datis, et dotalibus aestimari solet* (2).

Ma anche questa limitazione è combattuta dal Borsari (3), il quale osserva che, per venire a tal conclusione, fu necessario un testo di legge per darvi appoggio, che un testo simile manca a noi, e si dovrebbe anche questa volta forzare la dizione per introdurre distinzioni incompatibili con la semplicità del dettato legislativo, e conclude: « La nostra legge, e l'ho già detto, non ammette simili distinzioni ».

E con ragione: l'art. 1808, infatti, parla degli obblighi del comodatario, in generale; ora, se il comodato può essere tanto nell'interesse esclusivo del comodatario, che nell'interesse comune del comodatario e del comodante, non si capisce perchè si debba fare la distinzione di cui parla il Pothier, posto che di questa distinzione non parla affatto l'articolo in parola. Non solo; ma la disposizione d'un altro articolo esclude, a parer nostro, nel modo il più categorico, la distinzione suddetta. L'art. 1224 cod. civ., infatti, dice, sanzionando una regola generale, che « la diligenza che si deve impiegare nell'adempimento della obbligazione, *abbia questa per oggetto l'utilità di una parte sola o di amendue*, è *sempre* quella di un buon padre di famiglia, salvo il caso di deposito, accennato nell'art. 1843 ». Ora, come si potrebbe, di fronte alla disposizione di quest'articolo, contentarsi d'un grado di diligenza minore di quella del buon padre di famiglia anche nel caso che il comodato abbia per oggetto l'utilità di entrambe le parti? Questo caso fu esplicitamente considerato dal nostro legislatore, il quale, anche in questo, richiese la diligenza del buon padre di famiglia: il decidere, pertanto, diversamente, violerebbe l'articolo succitato, e sarebbe contrario alla legge.

Osserveremo ancora che il maggiore o minore interesse che si può ritrarre dal comodato, l'essere o no il comodatario unico interessato in questo contratto, non costituisce una giusta misura della responsabilità quanto alla cura che si deve impiegare onde le cose comodate non risentano danno. Sarebbe strano, infatti — e in qualche caso enormemente dannoso — che, perchè io prestai a Tizio il mio cavallo ed il mio legno per andare in un sito a trattare un affare comune, questi dalla comunità di interessi ritraesse il diritto di non avere delle cose comodategli tutta quella cura che avrebbe, altrimenti, dovuto avere.

(1) Pothier, Op. cit., n. 51, pag. 35.
(2) Fr. 18, *D. commodati vel contra*, lib. XIII, tit. VI.
(3) Borsari, Op. cit., § 3962, pag. 105, lett. *b*.

34. Un autore francese, il Despeisses, insegna che il comodatario non può essere tenuto alla diligenza ordinaria anche in un altro caso, quando, cioè, il comodante abbia prestata la cosa prima d'esserne stato richiesto, sostenendo che in questo caso il comodatario non è tenuto se non che *de dolo et lata culpa*.

Ma il Pothier (4) combatte questa opinione, osservando che il favore che il comodante fa al comodatario dandogli la cosa prima che questi glie la chieda, è maggiore; e che non è ragionevole che la maggiore entità del favore diminuisca l'obbligazione del comodatario ad aver cura della cosa che gli è stata comodata. L'interpretazione, del resto, che il Despeisses fa d'un brano di Ulpiano, dal quale appunto vuol desumere l'accennata teoria, è errata. Ulpiano, infatti, dice: *Interdum dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit;... si sua dumtaxat causa commodavit sponsae suae, vel uxori quo honestius culta ad se duceretur, vel si quis ludos edens Praetor scenicis commodaverit, vel ipsi Praetori quis ultro commodavit* (5); e nelle ultime parole non accenna ad un caso come quello ipotizzato dall'A., ma parla di colui che abbia prestato *ultro* qualche cosa al magistrato per rendere lo spettacolo più brillante, non nell'interesse di questi, ma per godere di uno spettacolo più bello. Ma, d'altra parte, se anche il diritto romano così avesse statuito, nel silenzio della legge nostra in proposito, non si potrebbe certo oggigiorno esumare quell'antica disposizione.

35. Anche quest'altra eccezione, pertanto, al principio sancito dal legislatore intorno al grado di responsabilità del comodatario relativamente alla custodia ed alla conservazione della cosa comodata deve essere respinta.

Niun dubbio, invece, può cadere sulla facoltà nelle parti di apportare restrizioni e limitazioni al principio più sopra accennato, mediante il contratto. È evidente, infatti, che i contraenti possono a volontà loro stipulare i patti e le condizioni del contratto che più loro aggradano, e stabilire quello che, nei limiti della legge, torni meglio loro comodo.

Questo principio era sancito anche nel diritto romano: Ulpiano, infatti, diceva: *Interdum dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit* (6).

Anche questi patti dei contraenti, però, come già dicemmo, devono stare nei limiti della legge. Quindi non si potrà in essi dichiarare lecito al comodatario di non usare alcuna diligenza per la conservazione delle cose prestate, come non si potrà stabilire che, qualunque sia l'abuso che egli ne faccia, non sarà in alcun caso tenuto fuor che al dolo. La convenzione, in questi casi, sarebbe ripugnante, quale incitamento alla malversazione e preparatrice del dolo, e dovrebbe quindi considerarsi nulla, siccome contraria all'ordine pubblico. Ben potrà, invece, il patto contenere una dichiarazione di particolare fiducia nella persona del comodatario, e portare alla conseguenza che egli non sarà molestato per le colpe di omissione, cui non si applica la intenzione di nuocere, ma che la parte reclamante dovrà assumere la prova del dolo quando pretenda che sia stato commesso.

36. Conseguenza dell'obbligo che il comodatario ha di vegliare da buon padre di famiglia alla custodia ed alla conservazione della cosa comodata si è la responsabilità civile

(4) Pothier, Op. cit., pagg. 35, 36, n. 52.
(5) Fr. 5, § 10, D. *commodati vel contra*, lib. XIII, tit. VI.
(6) Fr. 5, § 10, D. *commodati vel contra*, lib. XIII, tit. VI.

di lui pel caso di perdita o deterioramento della cosa stessa. « Il comodatario nelle cui mani la cosa comodata soffre danno, dice infatti la Cassazione di Torino (1), è responsabile verso il comodante della diligenza ch'egli avrebbe dovuta usare per impedire il danno ».

Pertanto, qualora risulti che il comodatario non abbia custodita la cosa comodatagli da buon padre di famiglia, e che appunto da questa mancanza di cura sia derivato o il deterioramento o la perdita della stessa, il comodatario sarà responsabile del danno arrecato, e sarà, per conseguenza, tenuto a risarcirlo.

Per esservi condanna ai danni-interessi, pertanto, è necessario, in primo luogo, che il comodatario non abbia avuto della cosa comodatagli quella cura che gli è imposta dalla legge; in secondo luogo, che tra questa mancanza di cura, e la perdita od il deterioramento della cosa vi sia un nesso come da causa ad effetto, dimodochè questi appariscano come conseguenza di quella. Che se, pur verificatasi nel comodatario una mancanza di cura, la perdita od il deterioramento della cosa sia da quelle indipendente, non potrà più il comodatario essere chiamato a risponderne.

Come già abbiamo detto, però, la diligenza del buon padre di famiglia è il grado massimo della diligenza che il comodante ha diritto di richiedere dal comodatario. Se, pertanto, questi ha vegliato da buon padre di famiglia alla custodia e conservazione della cosa prestatagli, esso non risponde nè della perdita nè del deterioramento per qualunque causa esso siasi verificato, e tanto meno poi se avvenuti per effetto di caso fortuito o di forza maggiore; e ciò nemmeno se si dimostri che, con una maggiore diligenza, la perdita ed il deterioramento sarebbero stati scongiurati. Ciò è naturale ed evidente, poichè il comodatario ha, in tal caso, soddisfatta la sua obbligazione, e quindi non è tenuto ad altro; e si evince poi, a parer nostro, anche dal disposto dell'art. 1809, che espressamente pone, come vedremo fra breve, a carico del comodatario il caso fortuito in certi casi, giacchè, se fosse altrimenti, questa disposizione sarebbe superflua.

Nemmeno il comodatario deve rispondere del deterioramento della cosa comodata, quando questo sia stato cagionato unicamente dall'uso per cui fu prestata, senza colpa del comodatario (art. 1811 cod. civ.) (2). Il comodante, che presta la cosa sua perchè altri se ne serva, dimostra col fatto stesso del prestito di assoggettarsi al deterioramento derivante dall'uso. Pertanto è giusto che, se esso derivi unicamente dall'uso, e dall'uso per cui la cosa fu prestata, e senza colpa del comodatario, questi non ne debba rispondere.

37. Il comodatario, pertanto, non è, di regola, e salve le eccezioni, di cui parleremo tra poco, tenuto al caso fortuito (3). A questo proposito alcuni autori, tra i quali il Puffendorf, ed il suo annotatore Barbeyrac, hanno creduto opportuno apporre una eccezione a questo principio, sostenendo che, non ostante il caso fortuito e la massima diligenza, debba pur tuttavia il comodatario esser tenuto responsabile dei danni recati alla cosa comodata, quando si dimostri che a quei dati rischi la cosa non sarebbe andata incontro se non fosse stata data a comodato. Questi A. opinano che sia applicabile al caso la massima *iniquum est officium suum cuique esse damnosum*, e sostengono, conseguentemente, che non possono tali rischi andar a carico del comodante, perchè questi non deve soffrire alcun danno dal favore che rende. A maggior sostegno della loro teoria poi essi aggiungono ancora che si deve presumere nel comodato una condizione tacita di indennizzare il comodante della perdita della cosa comodata, nel caso che questa sia stata occasionata dal comodato; e ciò per non esser presumibile che alcuno voglia soffrire pel favore che rende.

Ma la teoria di questi autori se può forse, in parte, essere accettabile *de jure condendo*, sotto l'aspetto morale (4) ci pare completamente inaccettabile (5), trattandosi, non di fare, ma d'interpretare la legge.

Ed anzitutto devesi osservare che il prestito, in questi casi, non è causa, ma occasione del danno; quindi è inapplicabile al riguardo la regola succitata del diritto romano, la quale obbliga bensì colui a cui vien reso un servigio ad indennizzare i danni patiti da quegli che glielo ha reso, ma solo quando il servigio reso è la causa produttrice del danno da quegli sofferto. Del resto, chi presta ad altri la cosa propria, della quale conserva la proprietà, deve naturalmente ritenersi voglia esporsi ai rischi che dal prestito possono derivare, indipendentemente dalla diligenza del comodatario. Nè si può ragionevolmente ammettere la presunzione di cui parlano i citati autori, la quale è contraria alla logica dei fatti, e non è giustificata da alcuna buona ragione, essendo evidente che la gran maggioranza preferirebbe non contrarre comodati piuttostochè sottomettersi ai rischi del caso fortuito e della forza maggiore, ma costituisce una pura supposizione destituita d'ogni fondamento. Si osservi ancora che, quando il comodatario ha usata la diligenza d'un buon padre di famiglia, è senza colpa, e quindi, mancando questa, non si capisce su quale fondamento possa basarsi la richiesta di indennità, mancando ogni patto al riguardo, e tacendo in proposito la legge.

38. Il principio che libera i comodatarî da ogni responsabilità per il caso fortuito dà luogo ad un'altra importantissima questione, e cioè: chi dovrà provare il caso fortuito? Dovrà, in altre parole, il comodatario provare che egli ha adempiuta la sua obbligazione, che la sua diligenza fu quella di un buon padre di famiglia; o dovrà, invece, il comodante provare il contrario, provare che tale diligenza non fu usata, e che, usandola, la perdita o il deterioramento della cosa comodata non si sarebbe verificata?

La questione è molto importante, e merita un attento esame, tanto più in quanto che le opinioni dei più egregi Autori sono discordi.

(1) Sentenza 29 dicembre 1874, *Castellani* c. *D'Aurelio* (*Giur. ital.*, XXVII, I, 1, 139).

(2) Questo principio si trova pure sancito nel codice civile spagnuolo, all'art. 1745.

(3) Anche il diritto romano riconosceva non dovere il comodatario esser tenuto pel caso fortuito. Dice infatti Giuliano: *Argentum commodatum, si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quisbusdam malis hominibus deciperetur; tuum, non meum, detrimentum erit, si id mali homines intercepissent* (Fr. 20, D. *comm. vel contra*, lib. XIII, tit. VI).

(4) Il codice civile portoghese contiene una disposizione, che sancisce appunto in parte tale teoria. L'art. 1517 dispone, infatti, che « se il caso fortuito o la forza maggiore fossero tali che fosse ovvio che non si sarebbero verificati se la cosa fosse in potere del padrone, il comodatario risponderà per una metà del danno ».

(5) Pothier, Op. cit., n. 55, pag. 39, 40, 41; Ricci, Op. cit., vol. IX, n. 189, pag. 337.

Il Borsari (1), infatti, sostiene che, « eccetto che il mal uso e la negligenza non risultino dal fatto stesso, la diligenza ordinaria si presume, e chi sostiene il contrario deve provare la sua eccezione », ponendo così a carico del comodante la prova della mancanza di diligenza del comodatario, la prova della inesistenza del caso fortuito.

Il Ricci (2), invece, combatte quest'opinione, osservando che non v' ha alcuna disposizione di legge che stabilisca a favore del comodatario la presunzione che esso abbia, nella custodia e conservazione della cosa comodatagli, usata la diligenza di un buon padre di famiglia, che, in mancanza di un testo di legge che la sancisca, non può ammettersi una presunzione legale di nessun genere; e che, quindi, la controversia deve risolversi ricorrendo ai principî. E, ricorrendo a questi, egli sostiene che la controversia non può che risolversi nel modo diametralmente opposto a quello sostenuto dal Borsari. Ed infatti, aggiunge l'egregio A., « il comodatario ha l'obbligo di restituire la cosa prestatagli nello stesso stato in cui gli fu consegnata; quindi, provato che abbia il comodante il fatto della consegna, e lo stato in cui questa si trovava allorchè fu consegnata, non è tenuto ad altra prova, ed il comodatario deve rispondere dell'adempimento dell'obbligazione, la cui esistenza si è dal comodante dimostrata. Orbene, allorchè il comodatario allega che la cosa prestata è perita o deteriorata per uso fortuito, esso sostiene di esser liberato in tutto o in parte dall'assunta obbligazione; ma la prova della liberazione fa carico al debitore come al creditore, e poichè il comodatario, debitore, non è liberato se non quando ha usata la diligenza propria del buon padre di famiglia, quindi spetta a lui l'onere di siffatta prova; e finchè non l'abbia fornita, è tenuto ad adempiere l'obbligo della restituzione ».

E ciò ci pare evidente: è antica la massima di diritto procedurale, che dice *onus probandi ei incumbit qui dicit;* ora, in questo caso, abbiamo, da una parte il comodante che afferma di non aver ricevuta la cosa nello stato in cui l'ha consegnata, e chiede, conseguentemente, il risarcimento dei danni; dall'altra, il comodatario, che sostiene non esser tenuto a risarcimento alcuno, perchè usò la diligenza dovuta, ed i danni furono prodotti da caso fortuito, o da forza maggiore. È giusto, quindi, che ciascuno debba provare ciò che afferma. Ma chi afferma l'esistenza del caso fortuito, per essere liberato dal risarcimento del danno, è appunto il comodatario; è il comodatario, quindi, che deve provarlo. In mancanza, egli dovrà essere condannato al risarcimento del danno cagionato dalla perdita o dal deterioramento della cosa comodata, per non essere riuscito a provare l'eccezione su cui fondava la domanda d'assoluzione, non potendosi, certamente, nel silenzio della legge, ammettere in suo favore una presunzione di diligenza.

Questa teoria sembra anche accolta da una sentenza della Corte di cassazione di Torino, che implicitamente riconobbe l'obbligo del comodatario di far la prova dell'inesistenza di negligenza per parte sua (3).

39. Altra conseguenza del principio della responsabilità del comodatario per danni sofferti dalla cosa comodata, si è che, qualora il danno sia stato arrecato da terza persona, il comodatario ha il diritto di citare in giudizio l'autore del danno per ottenerne il risarcimento. Ciò non è espressamente sancito nel codice, ma deriva come conseguenza naturale dal principio suaccennato. Così decise la Corte di cassazione di Torino (4), per i seguenti considerando, che crediamo utile riportare:

« Attesochè, se è vero che di regola il comodante non è responsabile della perdita e delle avarie della cosa comodata accadute per caso fortuito, esso però contrae verso il comodante, in ragione appunto della gratuità del benefizio che da lui riceve, l'obbligazione morale non solo ma altresì giuridica di usare ogni cura e diligenza perchè la cosa possa essere restituita al comodante nello stato in cui la ricevette.

« Il comodante nel consegnargli la cosa gratuitamente fece fidanza nella diligenza del comodatario per riaverla integra, e questi ha perciò dovere e interesse a far sì che la fiducia in lui riposta non venga a fallire, e perciò, qualora la cosa abbia sofferto nocumento per il fatto d'un terzo, a curare che il danno venga riparato da colui per colpa del quale è avvenuto.

« In ciò il comodatario non ha solamente un interesse morale, di impedire, cioè, che il benefizio ricevuto dal comodante si converta in danno del suo benefattore, ma ha pure un interesse giuridico, in quanto che viene per tal modo a somministrare quella prova, che, per la natura stessa del contratto, a lui incombe, che cioè nessuna colpa o negligenza possa essergli ascritta nel governo della cosa comodatagli, ed a sciogliersi così da qualsiasi responsabilità verso il comodante ».

40. *b)* L'uso della cosa comodata, come abbiamo visto, può essere — ed anzi di solito lo è — stabilito nel contratto. Ora il contratto è legge fra i contraenti: se quindi il comodante determinò nel contratto l'uso da farsi della cosa prestata, ed il comodatario accettò il prestito a tal condizione, è evidente che, con ciò, egli si è obbligato a non fare della cosa uso diverso da quello indicato, e deve quindi scrupolosamente attenersi a questo patto, anche perchè, come osserva il Ricci (5), non è lecito abusare del favore in danno della persona dalla quale lo si riceve.

Qualora poi il contratto taccia in proposito, la legge dispone che il comodatario non possa fare della cosa comodatagli che l'uso *determinato dalla natura della cosa.* « Il comodatario, dice, infatti, l'articolo 1808 del codice civile, è tenuto a vegliare da buon padre di famiglia alla custodia e conservazione della cosa prestata, *e non può servirsene che per l'uso determinato dalla natura della cosa, o dalla convenzione...* ».

La disposizione della legge ci pare, sotto questo riguardo, giustissima. Se l'uso della cosa è determinato nel contratto, il contratto è legge tra le parti, e ad esso bisogna sempre ed in qualunque caso ricorrere. In mancanza, poi, di convenzione, è giusto ricorrere, per la determinazione dell'uso, alla natura della cosa, poichè è giusta la presunzione che il comodante non voglia che se ne faccia altro uso. È logico, infatti, supporre che, se Tizio dà a Caio in comodato il suo cavallo da sella, glielo dà nella fiducia che questi se ne serva unicamente per cavalcarlo, e non per farlo lavorare in un mulino. La natura della cosa dimostra chiaramente l'uso che se ne deve fare. Che se nascesse al riguardo contestazione, il risolverla spetterebbe al giudizio del magistrato,

(1) Borsari, Op. cit., § 3965.

(2) Ricci, Op. cit., vol. IX, n. 189, pag. 336.

(3) Sentenza 29 dicembre 1874, *Castellani* c. *D'Aurelio* (*Giur. it.*, XXVII, I, 1, 139).

(4) Sentenza citata nella nota precedente. — Consulta pure la nota favorevole apposta dalla Direzione del pregevole periodico.

(5) Ricci, Op. cit., n. 190, pag. 330.

il quale, esaminate le cose, dovrebbe decidere se nell'uso fatto vi fosse eccesso o no.

Naturalmente, contravvenendo il comodatario a questa disposizione, facendo cioè un uso della cosa diverso da quello stabilito nel contratto o determinato dalla natura della cosa, qualora questa ne abbia risentito alcun danno, il comodatario sarà tenuto a risarcirlo (1); giusta pena questa della violazione della suaccennata obbligazione.

Ma, oltre il risarcimento dei danni, potrà il comodante chiedere la risoluzione del contratto di comodato, e quindi la restituzione immediata della cosa? Il codice austriaco (§ 978 — vedi nota precedente) accorda esplicitamente al comodante questa facoltà. Noi crediamo, però, che, anche senza questa esplicita dichiarazione, una tale facoltà spetti egualmente al comodante, in forza dei principî generali di diritto. L'art. 1165 cod. civ., stabilisce, infatti, che « la condizione risolutiva è sempre sotto intesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione »; e poichè tra le obbligazioni del comodatario vi è anche quella di non fare della cosa uso diverso da quello determinato dalla natura della cosa o della convenzione; così deve, necessariamente, ritenersi sotto intesa anche in questo caso.

41. *c)* L'ultima obbligazione, infine, del comodatario si è quella di restituire la cosa comodatagli; e la restituzione deve farsi, se fu pattuito termine, alla scadenza del termine, ed, in mancanza del termine, dopo che la cosa abbia servito all'uso per cui fu prestata, salvo, in difetto, l'obbligo del risarcimento dei danni.

E anche quest'obbligo è evidente. Se, infatti, fu stipulato il termine della restituzione, il non eseguirla costituirebbe una violazione del contratto. Quanto poi al caso che non si sia stipulato alcun termine, è logico che ci si riferisca al termine dell'uso per cui la cosa fu prestata. Il contratto di comodato, o prestito ad uso, come lo dice il nome stesso, si stipula quando alcuno ha bisogno dell'*uso* di una cosa che non possiede: chi dà a comodato, pertanto, sa che la cosa chiesta deve servire al comodante per un determinato uso, ed è presumibile che in tanto si determini a concedere il prestito in quanto conosce l'uso al quale la cosa deve servire, e crede opportuno concedere la sua cosa per quell'uso. Se, pertanto, egli non ha stipulato alcun termine, alla scadenza del quale debba la cosa comodata essergli resa, poichè è fuori dubbio che la cosa debba essergli restituita, non si può logicamente parlare di altro termine, all'infuori del tempo nel quale la cosa ha finito di servire all'uso per cui fu prestata; giacchè, prestando il comodante in considerazione di quell'uso, deve necessariamente supporsi che egli fosse contento di lasciare al comodatario la cosa comodata per tutto il tempo che questa doveva servire all'uso per cui fu prestata, ma per quello solo, e non più (2).

Se poi nel contratto di comodato siano stati determinati il tempo e l'uso, e questo si esaurisca prima del tempo fissato, il Pacifici-Mazzoni sostiene che il comodatario sia tenuto a restituirla appena finito l'uso, non ostante non sia trascorso ancora il tempo fissato. Ciò, egli dice, deriva dal fatto che quegli non può impiegarla in un uso diverso (3).

42. Il Pothier aggiunge una eccezione a queste due ultime regole, e sostiene nel comodatario la facoltà di fare della cosa un uso diverso da quello stabilito, o per un tempo più lungo, quando « abbia un giusto motivo di credere che il comodante vi consentirebbe se lo sapesse ». — « Se qualcheduno, egli dice, mi ha prestato ad Orléans un cavallo per andare a Beaugency, non posso servirmene per andare più lontano. Ma se, essendo arrivato a Beaugency, mi è sopraggiunto un affare che mi obbliga di andare più lontano, e *che non avevo preveduto* quando mi son fatto prestare il cavallo, e le relazioni di amicizia che ho col prestatore e la conoscenza che ho del suo carattere cortese mi persuadono che non mi avrebbe rifiutato il suo cavallo per andare fino al luogo ove quest'affare mi è sopraggiunto, io posso lecitamente servirmene per andare fin là » (4).

Così il Pothier: ma tanto il Ricci (5), quanto il Laurent (6) ed altri (7), rigettano questa teoria. E giustamente, a parer nostro.

All'accoglimento di essa osta, infatti, in primo luogo, il silenzio in proposito di tutti i codici, compreso il francese, sebbene gli autori di questo abbiano tenuto come guida il Pothier. In secondo luogo, poi, vi ostano i principî. Il consenso, infatti, è uno dei requisiti essenziali dei contratti, e deve esistere al riguardo di tutti gli elementi sostanziali del contratto, quali sono appunto l'uso della cosa, ed il tempo per cui si può usare. Ora, se il comodante aveva acconsentito per un uso e per un tempo determinato, deve dirsi che manchi il consenso per un uso o per un tempo più estesi; d'onde segue che il comodatario, facendo ciò, esce fuori della convenzione. Ed invano il Pothier pone come condizione il giusto motivo nel comodatario di ritenere che il comodante acconsentirebbe, poichè il consenso non si presume: esso può essere tacito, ma in tal caso è necessario che vi sia un fatto implicante necessariamente la volontà nella parte di consentire, — fatto che manca nella teoria del Pothier. Ammettendo la quale, si avrebbe, pertanto, una proroga d'un contratto, senza un concorso di volontà.

A sostegno di questa teoria, il Duvergier (8) suppone che, nella *comune intenzione* delle parti, il termine fissato, lo scopo indicato del viaggio non aveva nulla di preciso; in questo caso il magistrato può ammettere che il prestatore abbia acconsentito, perchè è certo che egli non avrebbe esitato a dare il consenso. Ma l'ipotesi del Pothier è ben diversa. Egli parla di uso e termine nettamente stabiliti, ciò che esclude ogni consenso tacito, ogni interpretazione di volontà delle parti.

Si osservi ancora che l'accettare la teoria del Pothier sa-

(1) Cod. civ., art. 1808. Eguale è la disposizione del § 978 del codice civile austriaco, il quale dispone che, « se il comodatario si serve della cosa imprestata per un uso diverso dal convenuto, ovvero di propria iniziativa ne cede l'uso al terzo, è responsabile verso il comodante, il quale ha anche il diritto di dimandare immantinenti la restituzione ».

(2) Così dispongono anche il codice civile francese agli articoli 1875 e 1888; il codice civile spagnuolo all'art. 1744; ed il codice civile austriaco, ai §§ 972 e 973, il quale, occupandosi del caso che non sia stato fissato alcun tempo per la restituzione, ma sol determinato il fine della cosa comodata, dice che « il comodatario ha l'obbligo di *non tardare a farne usare*, di restituirla al più presto, — disposizione questa giustissima, che mira a togliere ed impedire ogni possibile abuso per parte dei comodatari ».

(3) Op. cit., vol. v, n. 265, p. 416.

(4) Op. e loc. cit.

(5) Ricci, Op. cit., vol. IX, n. 190, pag. 338.

(6) Laurent, Op. cit., vol. XXVI, n. 364, pagg. 346 e segg.

(7) Duranton, t. XVII, num. 518, pag. 582; Pont, t. I, n. 70, pag. 33.

(8) Duvergier, *Du prêt*, n. 84, pagg. 83 e seg. — In questo senso cons. anche Troplong, *Du prêt*, n. 98.

rebbe troppo pericoloso, lasciando essa troppo largo campo all'apprezzamento dei magistrati.

43. A chi dovrà la cosa comodata esser restituita? È regola generale che la cosa comodata deve esser restituita a colui che la ha data in comodato, cioè, al comodante. Questa regola non soffre eccezione neppure nel caso che la consegna della cosa sia stata fatta da altri a nome del comodante. Anche in questo caso la cosa dev'esser restituita non a chi ha eseguito la consegna, ma al comodante, a colui cioè a nome del quale la consegna fu fatta.

Se però la cosa è consegnata ad uno che aveva potere di riceverla in luogo del comodante, la cosa deve reputarsi come restituita personalmente al comodante (1). Ciò è conforme ai principî generali della teoria delle obbligazioni (2), ed alla regola di diritto romano, che dice: *quod jussu alterius solvitur pro eo est quasi ipsi solutum esse* (3).

Il Pothier (4) dice al riguardo che, « seguendo gli stessi principî, la cosa si reputa resa al comodante quando è resa a qualcuno che abbia la qualità per riceverla invece di lui. Per esempio, una cosa si reputa resa al minore che l'ha prestata quando è resa al suo tutore, una cosa si reputa resa alla moglie quando è resa al marito ».

Ora pare a noi che l'affermazione dell'egregio A., teoricamente considerata, potrebbe esser giusta: qualora vi fossero delle persone che avessero qualità di ricevere la cosa in luogo del comodante, certo egli avrebbe ragione; ma gli esempi che egli dà a spiegazione della sua teoria non fanno che renderla più oscura. Ed infatti per qual motivo il marito avrà qualità per ricevere validamente in luogo della moglie la restituzione della cosa comodata? Se la moglie può concedere a comodato una cosa sua, ad essa sola dovrà farsene la restituzione: e ciò anche nel caso che per la validità del comodato fosse necessaria l'autorizzazione maritale. Non potrà, infatti, senza di questa autorizzazione, la donna ripetere validamente la cosa comodata; ma non per ciò la restituzione fatta al marito sarà validamente fatta.

Quanto poi all'altro esempio, riconosciamo perfettamente nel tutore il diritto a ritirare validamente la cosa comodata, ma non ci spieghiamo come il minore abbia potuto contrarre un comodato.

44. Al principio generale, secondo cui non si può rendere validamente la cosa comodata che al comodante, si fa, però, eccezione per il caso che il comodante, dopo il prestito, sia diventato incapace, abbia, cioè, cambiato stato.

Così, se il comodante sia diventato incapace di provvedere ai proprî interessi e sia stato interdetto, la restituzione della cosa da lui data in comodato non può esser fatta che al suo tutore.

A questo riguardo il Pothier sostiene che se il comodante fosse diventato folle e il comodatario fosse a conoscenza di ciò, non dovrebbe questi restituirgli la cosa comodata, non ostante che a quell'epoca non fosse ancora pronunziata la sentenza di interdizione; e che, restituendola, in tali condizioni di cose, al comodante, non sarebbe liberato dall'obbligo di restituire la cosa comodatagli.

A giustificazione di questa teoria il Pothier dice:

« En cela le fou est différent du prodigue; celui-ci n'est privé de l'administration de son bien que par la sentence d'interdiction: jusqu'à cette sentence il peut valablement recevoir ce qui lui est dû, et en décharger son débiteur; et par conséquent la restitution de la chose prêtée qui lui est faite par l'emprunteur avant la sentence d'interdiction, est valable.

« Il n'en est pas de même du fou: c'est sa folie qui par ellemême le rend incapable d'administrer son bien, et non la sentence d'interdiction, qui sert seulement à constater sa folie; car les actes d'administration supposent une volonté délibérée, une connaissance de ce qu'on fait, qui ne se trouve pas dans une personne qui a perdu l'usage de la raison: *Furiosi voluntas nulla est*, L. 47, ff. *de acq. hered.* Un fou, même avant qu'il soit interdit, est donc incapable de recevoir ce qui lui est dû, et d'en décharger son débiteur: *Furiosus nullum negotium contrahere potest,* L. 5, ff. *de R. J.* Et par conséquent l'emprunteur qui ayant, ou ayant pu avoir, connaissance de la folie du prêteur, la lui aurait restituée, quoiqu'avant son interdiction, ne serait pas libéré; et si ce fou, à qui il l'a mal-à-propos rendue, venait à la perdre, les héritiers du fou, ou le fou même, s'il avait depuis recouvré la raison, ou son curateur, pourraient en demander le prix à l'emprunteur ». E soggiunge: « Lorsque l'emprunteur, après s'être servi de la chose prêtée pour l'usage dont il avait besoin, veut s'en décharger, n'y ayant personne à qui il puisse la rendre, parce que le prêteur est devenu fou, et n'a pas de curateur, il peut à sa requête faire assembler les parents, ou, au défaut de parents, les voisins du prêteur, pour lui faire nommer un curateur à qui il puisse la rendre: c'est le moyen qu'ont tous les débiteurs qui veulent se libérer ».

Per parte nostra, confessiamo che la teoria del Pothier non ci pare accettabile. La restituzione della cosa comodata costituisce, secondo noi, un pagamento, poichè è con la restituzione che si estingue l'obbligazione del comodatario. Ora la legge dispone bensì che il pagamento debba essere fatto solo al creditore che è capace di riceverlo (5); ma alle parole della legge non può, secondo noi, darsi altro significato che il significato legale. E poichè, per la legge nostra, i folli non sono incapaci se il tribunale non ha in loro confronto pronunziata sentenza d'interdizione, così ci pare che, mancando questa, non si possa parlare di incapacità, e quindi che bene il comodatario restituirebbe al folle la cosa comodatagli, se questi non fosse interdetto (6).

Sarebbe, d'altra parte, un mezzo troppo comodo per dilazionare la restituzione della cosa ed un'arma troppo pericolosa quella che il Pothier suggerisce ai comodatarî, dubbiosi sullo stato mentale dei rispettivi comodanti, di promuovere, cioè, una sentenza d'interdizione, un mezzo che potrebbe condurre a delle conseguenze dolorosissime.

45. Quanto poi al *luogo* in cui deve essere fatta la restituzione della cosa comodata, se questo è indicato nel contratto di comodato, essa deve essere, senz'altro, fatta nel luogo indicato; se, invece, il luogo non fu designato nel contratto, la

(1) « Il pagamento debb'essere fatto al creditore, *od a persona autorizzata a riceverlo dal creditore medesimo, dall'autorità giudiziaria, o dalla legge.*

« È valido il pagamento fatto a colui che non era autorizzato a riceverlo pel creditore, quando questi lo ratifichi, o ne abbia approfittato » (art. 1241 cod. civ.).

(2) Pothier, *Traité des obligations,* pag. 3, ch. 1, art. 2, § 2.

(3) L. 180, D. *de R. J.*

(4) Pothier, *Tr. du prêt à usage,* n. 34, pag. 23.

(5) « Non è valido il pagamento fatto al creditore se questi era incapace di riceverlo, salvo che il debitore provi che la cosa pagata fu rivolta in vantaggio del creditore » (art. 1243 cod. civ.).

(6) Anche il Giorgi (*Teoria delle obbligazioni*, vol. VII, n. 71, pag. 88, terza ediz.) trattando delle persone incapaci di ricevere un pagamento, indica solamente le persone la cui incapacità è sancita dalla legge, e non accenna menomamente ai folli.

restituzione dovrebbe, a parer nostro, farsi nel luogo ove la cosa si trovava al tempo del contratto; e, in mancanza, al domicilio del debitore (1).

Crediamo che non possa nascer dubbio al riguardo, sembrandoci evidente che si debbano in questo caso applicare i principî sanciti nell'art. 1249 codice civile, il quale suona così: « Il pagamento deve farsi nel luogo fissato dal contratto. Non essendo fissato il luogo, e trattandosi di cosa certa e determinata, il pagamento deve farsi nel luogo ove al tempo del contratto si trovava la cosa che ne forma l'oggetto. Fuori di questi due casi, il pagamento si deve fare al domicilio del debitore, salvo ciò che è stabilito all'articolo 1508 » (2), il quale non è certo applicabile a questo caso.

Questa teoria, d'altronde, è accolta anche dai commentatori del codice francese, l'art. 1247 del quale è conforme al citato art. 1249 del nostro codice.

46. Come abbiamo visto, il codice stabilisce l'epoca nella quale la restituzione deve esser fatta. Al riguardo può farsi questione se il comodatario possa restituire la cosa prima della scadenza del termine, e, più specialmente, se possa far ciò anche contro il volere del comodante. La legge nostra tace in proposito: bisogna quindi per la risoluzione di questo quesito ricorrere ai principî.

A prima vista potrebbe sembrare che il termine sia, nel contratto di comodato, fissato nel solo interesse del comodatario, che, quindi, possa egli liberamente rinunziarvi e restituire la cosa anche prima della scadenza di esso, indipendentemente dalla volontà del comodante al riguardo.

Ma, se questa è la regola, può pure verificarsi l'eccezione; può, così, avvenire che il termine sia stato fissato anche nell'interesse del comodante, che una restituzione anticipata gli riesca gravosa. Così, ad es., può avvenire a chi, avendo comodato un cavallo, abbia dismesso la stalla, fissandone un'altra per l'epoca stabilita della restituzione, e quindi sia imbarazzato a trovare un'altra stalla in caso di restituzione anticipata. Ora, in tal caso, non può più il comodatario considerare il termine come un benefizio a cui si può liberamente rinunziare: il benefizio è per entrambe le parti; ed è necessario che vi rinunzino entrambe. Sarebbe, d'altro canto, enorme ammettere il comodatario alla restituzione anticipata, non ostante il rifiuto del comodante, rivolgendosi così il piacere da lui fatto altrui in proprio danno.

Sotto questo rapporto, eminentemente lodevole ci sembra il codice civile austriaco, il cui § 977 si occupa esplicitamente della proposta questione, stabilendo che « può di regola il comodatario restituire la cosa comodata anche prima del tempo stabilito: ma se questa prematura restituzione riuscisse gravosa al comodante, non potrà farsi suo malgrado ».

Crediamo, però, che, sebbene il nostro codice taccia in proposito, possa questo stesso principio applicarsi anche nel nostro diritto: se il contratto stabilisce il termine della restituzione, deve questo termine essere osservato da entrambe le parti, e sarebbe ingiusto che potesse il comodatario anticipare la restituzione con danno e contro il volere del comodante.

47. Alla richiesta di restituzione per parte del comodante può il comodatario opporre diverse eccezioni per liberarsi dall'obbligo di restituzione. Tratteremo delle principali.

a) La prima di queste eccezioni consiste nel fatto dell'avere, senza colpa, cessato di possedere la cosa comodata, sia che questa sia perita per qualche caso di forza maggiore, sia che sia stata rubata. Di regola, infatti, il comodatario non è tenuto pel caso fortuito; quindi, avvenuta in tal modo la perdita della cosa comodatagli, cessa in lui l'obbligo della restituzione. Naturalmente, però, in questo caso, il comodatario deve, come abbiamo già detto, provare il caso fortuito, ed il nesso di causa ad effetto tra questo e la perdita della cosa comodata.

b) In secondo luogo può il comodatario eccepire alla richiesta di restituzione per parte del comodante, aver egli già resa la cosa comodata a persona andata a prenderla in nome del comodante: — e ciò anche se la cosa stessa non sia a lui pervenuta, considerandosi la restituzione come fatta al comodante direttamente: *Quod iussu alterius solvitur pro eo est quasi ipsi solutum esse* (3), dicevano i romani; e, più particolarmente, Ulpiano insegnava: *Commodatam rem missus qui repeteret, cum recepisset, aufugit. Si dominus ei dare jusserat, domino perit* (4).

Naturalmente, però, bisogna che realmente la persona alla quale il comodatario fece la consegna della cosa sia stata mandata dal comodante con tale incarico; chè, altrimenti, non potrebbe quegli essere liberato dall'obbligo della restituzione.

48. Un altro motivo per rifiutare la restituzione della cosa comodata si è l'esercizio dell'*jus retentionis* (5). Come vedremo, il comodante è tenuto a rimborsare il comodatario delle spese straordinarie, necessarie ed urgenti da questi fatte per conservare la cosa. Ora la maggioranza degli autori (6) ritiene doversi accordare al comodatario il diritto di ritenersi la cosa per il rimborso delle spese dovutegli.

In Francia questa teoria è discussa, perchè l'art. 1885 del codice civile francese proibisce al comodatario di ritenere la cosa comodata in compensazione di ciò che gli è dovuto, e parecchi A. ritengono che la voce *compensazione* sia stata adoperata in senso improprio, e comprenda anche il gius di ritenzione (7).

In Ispagna, invece, *de jure condito*, una tale questione non può nemmeno essere discussa, essendo stata risoluta negativamente dalla legge, nel modo il più esplicito. L'articolo 1747 del codice civile del 24 luglio 1889 dispone, infatti, che « il comodatario non può ritenere la cosa comodatagli sotto pretesto che il comodante gli debba qualche cosa, nemmeno per anticipi ».

Nel nostro diritto, però, pare a noi non vi sia motivo di dubitare (8). Perchè, infatti, possa effettuarsi il gius di ri-

(1) Ci limitiamo ad un breve accenno di questa parte della trattazione, rinviando lo studioso ai trattati generali, nella parte del *pagamento*.

(2) « Quando nel contratto non si è stabilito nulla in proposito, il compratore deve pagare nel luogo e nel tempo in cui deve farsi la tradizione » (art. 1508 cod. civ.).

(3) Fr. 180, D. *de div. reg. juris antiqui*.

(4) Fr. 12, § 1, D. *comm. vel contra*, lib. XIII, tit. VI.

(5) Il gius di ritenzione fu dal Lauterbach definito: *remedium legitimum, quo creditor res debitoris vel illi debitas apud se existentes tamdiu retinet, donec illi de credito satisfiat* (*Dissertationum*, ecc., vol. III, disp. 133 *de retent.*, § 2, num. 4).

(6) Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, vol. II, n. 408, pag. 401, 4ª ediz.; Pothier, Op. cit., n. 43, pag. 29.

(7) Il Pont (t. I, n. 101, pag. 45), ed il Laurent (t. XXVI, n. 480, pag. 361) stanno per l'opinione negativa.

(8) Gli è vero che il disposto dell'articolo 1885 del codice francese è stato riprodotto nel nostro codice all'articolo 1289, n. 2, il quale dice che « la compensazione ha luogo, qualunque siano le cause dell'uno o dell'altro debito, eccettuati i casi seguenti:....

tenzione legale si richiedono le seguenti condizioni: *a*) la detenzione legittima di una cosa che il creditore debba consegnare o restituire al debitore, *b*) un credito certo, liquido e connesso. Ora la prima condizione si verifica certamente nel comodante; così pure non si può dubitare della connessità del credito. Pertanto — quando il credito fosse liquido — non vi sarebbe motivo alcuno per rifiutare al comodatario il diritto di ritenzione sulla cosa comodata.

Il Pacifici-Mazzoni, che nella prima edizione delle sue *Istituzioni* avea sostenuto questa stessa teoria, nell'ultima sostiene invece (1) non competere il diritto di ritenzione al comodatario: e la ragione della sua opinione pare sia l'argomento *a contrario* che può dedursi dagli art. 706 e 1863 codice civile, i quali articoli sanciscono esplicitamente questo diritto relativamente ai depositanti ed ai possessori di buona fede.

Pare però a noi che il silenzio della legge non sia un buon argomento. Il gius di ritenzione è un istituto regolato da regole proprie, ed alla cui esistenza si richiedono speciali condizioni, nel concorso delle quali non vi è motivo per negarlo in nessuna circostanza. E poichè nel comodato queste condizioni si verificano, non si capisce perchè un tal diritto dovrebbe esser negato al comodatario.

Naturalmente, però, il gius di ritenzione potrà esercitarsi non per qualunque debito del comodante verso il comodatario, ma solo quando il debito del comodante si riferisca alle spese fatte dal comodatario per la conservazione della cosa comodata; in caso diverso, infatti, mancherebbe la connessità del credito (2) — la quale è condizione indispensabile all'esercizio di questo diritto (3).

49. *d)* Obbligo di fare le spese necessarie all'uso della cosa comodata.

La cosa data in comodato può avere bisogno di spese, sia per ciò che si riferisce all'uso di essa, sia per ciò che si riferisce alla sua conservazione. Così sono necessarie all'uso le spese per l'alimentazione del cavallo che vi è stato comodato; sono pur necessarie all'uso le spese per ferrarlo; sono, invece, necessarie alla conservazione le spese per la cura di una malattia naturale che assalì il cavallo comodato.

Veramente il taglio non può, al riguardo, esser molto netto e sicuro, poichè, in fondo, anche le spese che si dicono necessarie all'uso sono necessarie alla conservazione: l'alimentare il cavallo è spesa necessaria all'uso, ma non meno alla conservazione, giacchè se non fosse alimentato il cavallo morrebbe. Ad ogni modo, se pure in qualche caso può verificarsi qualche incertezza, e qualche diversità di giudizio, non sarà difficile il porre una linea di demarcazione sicura e certa per dividere le spese necessarie all'uso da quelle necessarie alla conservazione, quando si abbia per guida questo criterio, che possiam dire sicurissimo, di considerare, cioè, come necessarie all'uso le spese derivanti naturalmente dal servizio che la cosa comodata rende al comodatario, e, nei casi in cui questo criterio fosse insufficiente, si dichiarino tali le spese tenui, e necessarie alla conservazione le spese maggiori, e d'una certa importanza. Quest'ultimo concetto è indicato da Gaio: *Possunt justae causae intervenire, ex quibus cum eo, qui commodasset, agi deberet; veluti, de impensis in valetudinem servi factis, quaeve post fugam requirendi, reducendique ejus causa factae essent; nam cibariorum impensae, naturali scilicet ratione ad eum pertinent qui utendum accepisset. Sed, et id quod de impensis valetudinis aut fugae diximus ad majores impensas pertinere debet; modica enim impendia verius est, ut sicuti cibariorum, ad eumdem pertinent* (4).

Abbiamo insistito su questa divisione, perchè essa è di massima importanza, giacchè il comodatario è tenuto a fare solamente le spese della prima categoria, quelle cioè necessarie all'uso, e non le altre necessarie alla conservazione.

Le principali legislazioni straniere hanno esplicitamente sancito nei loro codici un tale obbligo. Così il § 981 del codice civile austriaco dice che « le spese ordinariamente congiunte con l'uso della cosa sono a carico del comodatario »; l'articolo 1519 del codice civile portoghese stabilisce che « il comodatario è obbligato alle spese che la conservazione delle cose naturalmente esige »; e l'art. 1743 del codice civile spagnuolo impone al comodatario lo stesso obbligo, dichiarandolo tenuto alle spese « ordinariamente necessarie per l'uso e la conservazione della cosa comodata », ponendo, con una divisione, forse più logica, a carico del comodatario tutte le spese ordinarie. Nel nostro codice civile, invece, un tale obbligo non si trova esplicitamente sancito in alcuna disposizione di legge; ma esso si evince, a parer nostro, in modo abbastanza chiaro, da diverse sue disposizioni.

Ed intanto il comodatario ha, anzitutto, l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta (art. 1805 cod. civ.); — in secondo luogo il comodatario non è tenuto al deterioramento della cosa, quando questo derivi unicamente dall'uso per cui la cosa fu prestata, *e sia avvenuto senza colpa di esso* (art. 1812 cod. civ.); — infine il comodatario non può ripetere la spesa fatta per potersi servire della cosa comodata (art. 1873 cod. civ.), mentre invece può ripetere le spese straordinarie, necessarie ed urgenti fatte per conservare la cosa (art. 1817 codice civ.); — disposizioni queste dal complesso delle quali si evince, a parer nostro, l'obbligo nel comodatario di fare le spese necessarie all'uso della cosa. Se, infatti, il comodatario deve conservare e restituire la cosa

2° quando si tratta della domanda per la restituzione del deposito o del comodato »; — ma il trovarsi questa disposizione nel titolo della compensazione, dimostra chiaramente l'intenzione del nostro legislatore di non comprendere in questa parola anche il gius di ritenzione.

(1) Pacifici-Mazzoni, Op. cit., n. 265, pag. 416. In questo senso cfr.: Doveri, *Ist.*, II, 107, nota 1; Firenze, Lemonnier; — Pont, Op. cit., vol. VIII, n. 101-103.

(2) «... Troviamo connessità tra il credito e l'obbligo di cui si ragiona (della restituzione), quando, oltre ad essere reciproci fra due persone, sono collegati in ragion di causa. O bisogna che il credito e l'obbligo di consegnare la cosa siano effetti della medesima causa; o bisogna che uno sia effetto dell'altro, vale a dire che il credito riconosca per propria causa l'obbligo della consegna » (Giorgi, Op. cit., vol. II, n. 393, pag. 402, 1ª ediz.).

(3) La Cassazione di Torino, 7 maggio 1869, *Gatti-Majno* (*Giurispr.* Torino, VI, 601), decise che il comodatario o depositario non può ritenere la cosa comodata o depositata in compensazione di un suo credito possibilmente futuro. In questo giudicato della Suprema Corte ci par di trovare un argomento favorevole alla tesi da noi sostenuta. In esso, infatti, si nega il *jus retentionis* essere un credito possibilmente futuro tanto al depositario, quanto al comodatario, applicando in confronto di entrambi la stessa regola che rifiuta tale diritto a chi non abbia un credito *certo* e *liquido*. Ora pare a noi che se la Suprema Corte avesse ritenuto che tale diritto non competesse assolutamente ed in nessun caso al comodatario non avrebbe mancato di accennarlo.

(4) Fr. 18, § 2, D. *commodati vel contra*, lib. XIII, tit. VI. — Cons. Borsari, Op. cit. § 3968, pag. 115, che approva il concetto di Gaio.

avuta in comodato, ed è tenuto al deterioramento della cosa, anche se prodotto dall'uso, ove egli sia in colpa, e delle spese fatte non può ripetere che quelle straordinarie ed urgenti relative alla conservazione, è logico concludere che deve ritenersi egli sia obbligato alle spese derivanti dall'uso della cosa comodata. Certo i legislatori avrebbero fatto bene, a scanso di questioni, a dichiarar ciò esplicitamente, ma ci pare che, anche nel silenzio della legge, non possa dirsi altrimenti.

Ciò, d'altra parte, è consono ai principî d'equità e di giustizia, ai quali è ripugnante che il comodatario, a cui esclusivo profitto è di solito il comodato, e che niente corrisponde al comodante in compenso dei vantaggi che ne ritrae, non sia obbligato alle spese inerenti al vantaggio ch'egli ritrae dalla cosa; ed è anche ritenuto concordemente dalla dottrina (1).

50. Come già abbiamo detto, il comodatario non risponde della perdita o del deterioramento della cosa che sia avvenuto per caso fortuito o forza maggiore; giacchè, il comodante non perdendo la proprietà della cosa comodata, il pericolo rimane a suo carico.

A questa regola generale si fanno però due eccezioni, alle quali rivolgeremo ora il nostro esame.

La prima eccezione è costituita dal patto che ponga ogni pericolo della cosa a carico del comodatario (2). Nè si dica che questa convenzione sia contraria all'equità. Il comodante, infatti, non è punto obbligato a dare in comodato la sua cosa, e tanto meno ad esporla a' rischi a' quali il comodato la espone; quindi ben può lecitamente assoggettarvela solo in tanto in quanto il comodatario si obblighi di indennizzarlo: e d'altra parte questi, se si sottomette ai rischi, ne riceve il prezzo con l'uso della cosa accordatagli gratuitamente.

Al riguardo osserveremo ancora che il patto può essere espresso o tacito. Nella nostra legge si dà, infatti, valore di patto tacito alla stima che della cosa fosse stata fatta al tempo della stipulazione del contratto, salvo il caso di espressa dichiarazione in contrario (3). L'articolo 1811 codice civile dice, infatti, che, « se la cosa fu stimata al tempo del prestito, la perdita, ancorchè avvenuta per caso fortuito, è a carico del comodatario, qualora non vi sia patto in contrario » (4).

Quale il motivo di questa disposizione di legge? Due sono le opinioni al riguardo.

Il Borsari (5) infatti opina che in seguito alla stima il comodatario acquisti la proprietà della cosa comodatagli, e che sia per ciò che, come ogni altro proprietario, debba sottostare alla perdita della cosa che gli appartiene, anche se avvenuta per caso fortuito. « In generale, egli dice, la stima degli oggetti che si possono, o anche sogliono, darsi estimati ha l'effetto di trasformare le cose mobili in valori. L'obbietto del valore si presenta formale, intuitivo. Esso ha il doppio carattere della obbligazione e del diritto. Della obbligazione, poichè il comodatario è tenuto a restituire la cosa non nel corpo consegnato, ma nel valore stimato. È un diritto pel comodatario che, senza render conto dei corpi ricevuti e dell'uso che ne abbia fatto, offre l'importo della stima e si trattiene le cose come proprie. Ed è realmente a credersi che nel prestito, come in altri casi, la stima trasferisce il dominio, e opera come una compra-vendita ».

Il Ricci (6), invece, combattendo l'opinione del Borsari, sostiene trattarsi semplicemente di una presunzione dalla legge fatta della volontà delle parti che sono addivenute alla stima della cosa comodata.

« Non crediamo, egli dice, dopo d'aver accennato alla opinione del Borsari, che tale sia stato il concetto del legislatore, imperocchè il concetto del trasferimento di proprietà della cosa prestata nel comodatario è assolutamente incompatibile col concetto del comodato, la cui essenza consiste nel servirsi della cosa prestata con l'obbligo di restituirla. Se la stima, come si sostiene in contrario, costituisse una compra e vendita della cosa stimata, il contratto non sarebbe più di comodato, ma di mutuo, o assumerebbe l'indole di altro contratto innominato. Ma il legislatore detta la disposizione dell'articolo 1811 per il comodato, e ritiene quindi che il contratto resti comodato, non ostante si verifichi l'ipotesi quivi contemplata; dunque non si può supporre che esso ritenga la stima della cosa prestata operativa di un trasferimento di dominio.

« Sembra a noi naturale il ritenere che il legislatore, ponendo il caso fortuito a carico del comodatario ove la cosa siasi stimata al tempo del contratto, presuma tale essere la intenzione dei contraenti, la quale presunzione viene meno di fronte alla manifestazione di una contraria volontà. Quindi, non ostante la stima, il comodante resta proprietario della cosa prestata, e può sempre reclamarla dal comodatario ove esista, senza che costui possa opporre la pretesa facoltà di ritenere la cosa, appropriandosela, e di pagare il prezzo ».

La teoria del Ricci ci pare di gran lunga preferibile, come quella più in armonia con la legge. Uno dei requisiti del comodato, come abbiamo visto (n. 14), si è la restituzione della stessa cosa ricevuta: deve ritenersi, quindi, che il permettere al comodatario di trattenersi la cosa come propria restituendone solamente l'importo, snaturi il concetto del contratto di comodato, mutandolo in un contratto di natura ben diversa. Ciò che sostiene il Borsari — avendo come logica conseguenza un fatto incompatibile con la natura del contratto — è, pertanto, assolutamente inaccettabile, e deve ritenersi che fondamento giuridico della disposizione di legge in parola sia appunto la presunzione legale che tale sia la volontà dei contraenti quando addivengono alla stima della cosa che forma l'oggetto del contratto di comodato, senza che per ciò debba intendersi trasferita nel comodatario la proprietà della cosa stessa.

51. La seconda eccezione al principio della irresponsabilità per il caso fortuito si verifica in caso di colpa del comodatario precedente al caso stesso: *commodatarius et in majoribus casibus, si culpa ei interveniat, tenetur* (7).

Quanto poi a questa colpa, essa può verificarsi in tre

(1) Borsari, Op. cit., § 3968, pagg. 114, 115; Pothier, Op. cit., n. 81, pagg. 60, 61.

(2) *Ea quidem quae vi majore auferuntur detrimento eorum quibus res commodantur imputari non solent: sed quum is qui a te commodari sibi bovem postulabat, hostilis incursionis contemplationi periculum omissionis ac fortunam futuri damni in se suscepisse proponatur, Praeses provinciae, si probaveris eam indemnitatem tibi promisisse, placitum conventionis implere eum compellet* (L. 1, Cod. *commod.*).

(3) Anche in diritto romano la stima della cosa commodata fatta al momento del prestito poneva a carico del comodatario anche il caso fortuito: *Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit* (Fr. 5, § 3, D. *comm. vel contra*, lib. XIII, tit. VI).

(4) Confr. art. 1003 cod. franc.; art. 1755 cod. napol.; articolo 1964 cod. parm.; art. 1906 cod. albert.; art. 1946 codice estense.

(5) Borsari, Op. cit., § 3966.

(6) Ricci, Op. cit., vol. IX, n. 192, pagg. 341, 342.

(7) Fr. 1, § 14, D. *de oblig. et act.*

casi, e cioè: *α)* quando il comodatario impieghi la cosa in un uso diverso da quello stabilito, o la tenga per un tempo più lungo (cod. civ., art. 1809) (1); *β)* quando, non potendo salvare che una delle due cose, preferisca salvare la propria (cod. civ., art. 1810) (2); *γ)* quando infine il comodatario possa sottrarre la cosa comodatagli al caso fortuito, surrogandone una delle sue, e non lo faccia (art. 1810 cod. civ.).

α) Abbiamo visto che la legge stabilisce l'uso che il comodatario deve fare della cosa comodata, riferendosi sia alla convenzione, sia, in mancanza di questa, alla natura della cosa, e vieta poi espressamente al comodatario di fare della cosa stessa un uso diverso. È evidente, quindi, che, se il comodatario viola questa disposizione di legge, e fa della cosa un uso diverso dal dovuto, lo fa a suo rischio e pericolo, e deve rispondere di tutti i rischi a cui per quest'uso diverso espone la cosa, compresi quelli derivanti da caso fortuito o forza maggiore. Il comodatario, infatti, così facendo, viola il contratto, e quindi dev'esser tenuto al risarcimento di tutti i danni che da questa violazione derivano. Ciò è giusto e conforme ad equità, inquantochè è presumibile che il comodante non avrebbe prestata la cosa sua, se fosse stato a cognizione che il comodatario intendeva di farne quel dato uso.

Per conseguenza, se Tizio presta a Caio una cosa per servirsene in città, e questi, invece, la porta in campagna, sarà tenuto al risarcimento dei danni, anche derivanti da caso fortuito, sofferti dalla cosa sia durante il viaggio, sia durante la permanenza in campagna. È ciò che insegna Gaio, il quale dice: *Quod de latronibus, et piratis, et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus si in hoc commodata sit alicui res ut eam peregre secum ferat: alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum, latronum et naufragii casum praestare debet* (3).

Lo stesso deve dirsi per il caso che il comodatario usi bensì della cosa per l'uso dovuto, ma non la restituisca nel tempo debito: se la cosa perisce, trascorsa l'epoca della restituzione, il comodatario sarà responsabile anche del caso fortuito, giacchè egli era tenuto a restituire la cosa all'epoca fissata, e, avendo violato il contratto, deve essere responsabile di tutte le conseguenze della sua colpa. È regola generale, del resto, che i debitori siano responsabili del caso fortuito, se questo fu *dolo seu culpa determinatus*, e che una delle cause della colpa sia precisamente la mora del debitore, il quale, in tal caso, deve prestare il rischio e pericolo; nè vi sarebbe motivo di fare una eccezione per il comodatario.

Ma anche a questo principio, che rende responsabile il comodatario, in caso di colpa, anche del caso fortuito, deve farsi un'eccezione, escludendo la responsabilità del comodatario per il caso fortuito anche in questo caso, quando provi che « la cosa sarebbe egualmente perita quando pure non l'avesse impiegata in uso diverso, o l'avesse restituita al tempo determinato » (art. 1809 cod. civ.).

Questa eccezione non si trova nell'art. 1744 del codice civile spagnuolo; essa però ci pare logica e giusta. Fondamento, infatti, della responsabilità per il caso fortuito si è il nesso tra la perdita e l'uso diverso o per un tempo più lungo, ed una tale responsabilità fu sancita sulla considerazione appunto non esser giusto che, se da quest'arbitrio del comodatario derivasse danno alla cosa, per qualunque motivo, e sia pure per caso fortuito, esso fosse a carico del comodante. Ora, se il comodatario riesce a provare che la cosa sarebbe egualmente perita, anche se egli non ne avesse fatto l'uso diverso, o l'avesse restituita al tempo fissato, — se, per conseguenza, riesce a provare che la perdita non è una conseguenza esclusiva e diretta dell'uso diverso o per un tempo più lungo, giustizia vuole che sia esonerato da questa responsabilità eccezionale, e risponda solo della colpa. Si verrebbe, altrimenti, ad approfittare ingiustamente del fatto del comodatario, ed il comodante si arricchirebbe ingiustamente a suo danno, ciò che è contrario a giustizia ed equità. Se il caso fortuito è indipendente dall'uso diverso o per un tempo più lungo, non si deve tenere alcun conto di ciò, non avendo influito sulla perdita, e si deve ritornare ai principî generali che pongono il caso fortuito a carico del comodante.

52. *β)* È regola generale che, in quanto è possibile, ci si deve opporre sia al caso fortuito che alla forza maggiore; quindi, perchè sia esonerato dalla responsabilità, non basta che il comodatario provi il deterioramento o la perdita esser derivato da caso fortuito, bisogna che provi non avere potuto in nessun modo salvare la cosa comodata da questi accidenti.

A questo proposito la legge stabilisce due regole.

La prima si è che il comodatario è responsabile della perdita della cosa comodata, anche se avvenuta per caso fortuito, qualora egli, non potendo salvare che una delle due cose, abbia preferito salvare la propria.

Se Tizio ha in casa una cosa comodatagli, succede un incendio, ed egli preferisce salvare le cose proprie e lasciar perire quella prestatagli, non potrà a suo discarico invocare il caso fortuito, ma dovrà rispondere di questa perdita. *Proinde et si incendio, vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, quum posset res commodatas salvas facere, suas praetulit* (4).

Tenuto conto della gratuità del comodato, il comodatario ha l'obbligo di far sì che esso riesca al comodante gravoso il meno che sia possibile, e quindi deve anteporre la conservazione della cosa comodata a quella delle proprie cose, o, quanto meno, qualora preferisca, per qualsiasi motivo, salvare le cose sue, deve risarcire al comodante il danno sofferto.

A questo proposito il Pothier (5) osserva non poter nascer dubbio sulla giustezza di questa regola, quando le cose

---

(1) L'art. 978 del codice austr. dispone che, « se il comodatario si serve della cosa imprestata per un uso diverso dal convenuto, o se di propria autorità ne conceda l'uso al terzo, è responsabile verso il comodante, il quale ha anche il diritto di domandare immantinente la restituzione della cosa ». — L'art. 1881 del codice francese dispone che, « se il comodatario impieghi la cosa in uso diverso, o per un tempo più lungo di quello che dovrebbe, sarà responsabile della perdita accaduta anche per caso fortuito ». — Eguale è pure il disposto dell'art. 1744 del codice civile spagnuolo, e dell'art. 1516 del codice civile portoghese. — Conformi al citato articolo del codice francese erano l'art. 1753 cod. napolit., 19 2 cod. parm., 1904 cod. albert., 1944 cod. est.

(2) Conformi al testo dell'articolo citato sono l'art. 1882 codice franc., e l'art. 1516, § un. del codice civile portoghese. — Conformi erano pure gli articoli 1754 cod. napolit., 1963 cod. parm., 1905 cod. albert., 1945 cod. est.

(3) Fr. 18, D. *comm. vel contra*, lib. XIII, tit. VI.

(4) Fr. 5, § 4, D. *comm. vel contra*, lib. XIII, tit. VI.

(5) Pothier, Op. cit., n. 56, pag. 42 e 43.

salvate dal comodatario di sua proprietà sono di minor valore di quelle ricevute in comodato. Questi, infatti, è tenuto ad usare verso le cose comodategli la diligenza del padre di famiglia, la quale include l'obbligo di avere di queste cose la stessa cura che ha delle sue. Ora, è evidente che, se fossero state le sue, egli avrebbe preferito di salvare le cose comodategli, essendo queste di maggior valore di quelle che gli appartenevano; quindi, non avendole salvate, vuol dire che non ha avuto in confronto di queste cose nemmeno la cura solita verso le cose sue; quindi deve essere responsabile della perdita.

Che se le cose comodate erano di minor valore di quelle di sua proprietà salvate dal comodatario, può in questo fatto trovarsi una giustificazione della preferenza di costui, ma non un motivo per liberarlo dalla responsabilità. Per forza maggiore deve intendersi: la *vis major cui resisti non potest;* ora, se le cose ricevute in comodato potevano, in qualsiasi modo e con qualsiasi conseguenza, esser salvate, ed invece il comodatario ha preferito salvare le cose sue, perchè di maggior valore, e lasciar perire quelle, non si può parlare di vera forza maggiore, e deve il comodatario risponderne.

Osserveremo ancora che, perchè possa applicarsi questo principio, è necessario che la scelta fatta dal comodatario sia pienamente libera. Quindi, se il comodatario, nell'evenienza d'un caso fortuito, come, ad esempio, di un incendio, d'una inondazione, abbia salvato delle cose sue, lasciando perire quelle ricevute in comodato, ma le abbia salvate prendendo alla rinfusa le prime cose che gli si presentavano dinanzi, essendo, per l'imminenza del pericolo, impossibilitato alla scelta ed alla ricerca delle cose dategli in comodato; in tal caso non si può, a parer nostro, applicare la regola testè enunciata, perchè non si può parlare di scelta libera, mancando appunto la possibilità da parte del comodatario di salvare le cose avute in comodato, e quindi non si può dire che egli abbia veramente *voluto* salvare le proprie, lasciando perire le altre.

Concludendo, pertanto, diremo che, perchè si possa verificare l'ipotesi di cui sopra, è necessario che il comodatario si trovasse nella possibilità di salvare con eguale facilità o con eguale pericolo le cose avute in comodato e le cose sue, e che abbia preferito salvare le sue e lasciar perire quelle ricevute. Solo in tal caso potrà il comodatario essere tenuto anche al risarcimento dei danni avvenuti per caso fortuito.

γ) La seconda regola si è che il comodatario risponde del caso fortuito quando avrebbe potuto sottrarvela surrogando una cosa propria.

Anche in questo caso il comodatario è di fronte ad un caso fortuito, ma ad un caso fortuito da cui avrebbe potuto liberare la cosa comodata; era quindi suo obbligo di far ciò; e se egli non l'ha fatto, deve risarcire il danno.

53. Il Pothier (1) sostiene che il comodatario è responsabile del caso fortuito, quando egli abbia chiesto la cosa in comodato per non esporre la propria, tacendo al comodante ch'egli ne possiede una che potrebbe egualmente servire all'uso per cui contrae il comodato. A sostegno della sua teoria osserva che ci fu dolo da parte del comodatario nell'aver dissimulato al comodante che per l'uso per il quale richiedeva il prestito potea servirsi di una cosa sua, e nell'averlo indotto, mercè questa reticenza, al prestito, al quale altrimenti forse non sarebbe addivenuto. « D'ailleurs, egli aggiunge, si je n'étais pas obligé d'indemniser mon ami je m'enrichirais à ses dépens, en sauvant mon cheval aux dépens du sien: *Hactenus enim sum locupletior, quatenus proprie rei peperci;* ce que l'équité ne me permet pas: *Neminem aequum est cum alterius jactura locupletari.*

Pare a noi che l'ipotesi del Pothier possa benissimo cadere sotto la regola seconda dianzi da noi accennata, e che, quindi, giustamente debba tenersi il comodatario responsabile. Ciò però solamente quando il caso fortuito fosse prevedibile, e la cosa propria tanto vicina da poter essere surrogata a quella ricevuta in comodato, poichè altrimenti mancherebbe la possibilità, espressamente richiesta dal succitato art. 1810 cod. civ., di sottrarla al caso fortuito surrogandone una propria.

Ma, indipendentemente da ciò, la teoria propugnata dal Pothier non ci pare, allo stato della legislazione, accettabile: piuttosto ci pare possa essere il caso di vedere se non possa dirsi viziato il consenso del comodante e quindi nulla l'obbligazione da lui assunta, in base all'art. 1110 cod. civ.

Capo III. — Dei diritti e delle obbligazioni del comodante.

§ I. — Dei diritti del comodante.

54. Diritto di ottenere la restituzione della cosa comodata. *Quid* in caso di perdita. *Quid* se il comodatario, dopo pagato il prezzo, ricuperasse la cosa perduta. — 55. Facoltà del comodante di richiedere la restituzione prima della scadenza del termine quando gli sopravvenga un urgente impreveduto bisogno. — 56. Se si possa richieder la restituzione prima della scadenza, quando, fissato l'uso, questo sia finito. — 57. Diritto ad ottenere il risarcimento dei danni sofferti dalla cosa. — 58. Se abbia diritto alla somma corrispondente al danno od all'intero valore dell'oggetto. — 59. Se l'azione pel risarcimento possa intentarsi dopo che il comodante ha ricevuto la cosa senza osservazioni. — 60. Diritto al risarcimento dei danni sofferti pel ritardo. — 61. Assieme alla cosa comodata il comodante ha diritto di ottenere i frutti da essa prodotti. — 62. Azione che il comodante ha a tutela dei suoi diritti. Solidarietà di quest'azione in confronto dei comodatari.

54. Il comodante concede la cosa sua a tempo: questo tempo può esser determinato nel contratto, e può anche essere indeterminato: in tal caso dev'essere determinato l'uso, e s'intende che la concessione della cosa comodata sia stata fatta per tutto il tempo che è necessario per farne quel determinato uso.

Da questo fatto deriva nel comodante il primo e principale suo diritto, il diritto, cioè, alla restituzione della cosa comodata.

Per regola generale, non potrà il comodante, prima della scadenza del termine, chiedere la restituzione della cosa comodata; ma dopo la scadenza del termine questo suo diritto è indiscutibile.

Che se la cosa fosse stata perduta, o fosse perita per colpa del comodatario, egli avrà diritto, invece, a ripetere il prezzo della cosa. E, quanto a questo prezzo, crediamo si debba rifondere al comodante, non il prezzo che la cosa comodata aveva all'epoca in cui fu stipulato il contratto di comodato, ma il prezzo che avrebbe dovuto avere all'epoca in cui si sarebbe dovuta effettuare la restituzione.

(1) Pothier, Op. cit., n. 59, pag. 44 e 45.

Naturalmente, in caso di perdita, il comodatario, avendo pagato il prezzo della cosa avuta in comodato, s'intende surrogato al comodante nell'esercizio delle azioni per rivendicarla da chiunque la possedesse, e, ottenutone il rilascio, ne diventa proprietario. È in questo senso che il Pothier (1) dice doversi spiegare il Fr. 5, § 1, D. *comm. vel contra: Si quis hac actione egerit, et oblatam litis aestimationem susceperit, rem offerentis facit.*

Ma potrebbe il comodatario, che ha ricuperata la cosa perduta, pretendere di restituirla allora al comodante, facendosi rimborsare il prezzo pagato? Il Pothier (2) risolve negativamente la questione; e, a parer nostro, bene. Al comodante, infatti, incombe, bensì, l'obbligo della restituzione della cosa comodata; ma egli non può adempiere un tale obbligo quando gli torna comodo, sebbene deve farlo all'epoca determinata; ed in questa deve o restituire la cosa, od, in sua mancanza, pagarne il prezzo. Sicchè, una volta pagato il prezzo della cosa perduta, egli ha adempito l'obbligo suo; ed il riacquisto ch'egli faccia della cosa comodata, come non autorizza il comodante a richiedergliela (3), così non autorizza il comodatario ad offrirla a questi. Già da lunga pezza sono cessati i rapporti tra comodante e comodatario; nè il riacquisto della cosa comodata perduta può riaprirli.

L'accordare una tale facoltà al comodatario potrebbe, d'altronde, costituire un aggravio notevolissimo per il comodante; questi, infatti, potrebbe avere di già acquistata una cosa del genere di quella comodata, ed il possesso di questa gli sarebbe quindi inutile e dannoso. Nè si capisce perchè il comodante dovrebbe risentire questo danno, in seguito alla colpa del comodatario.

55. Abbiamo detto che, di regola, non può il comodante richiedere la restituzione della cosa comodata prima che sia trascorso il termine stabilito. A questa regola generale i legislatori italiani, seguendo l'esempio di quelli francesi (4) hanno creduto opportuno di fare un'eccezione per il caso che durante il termine sopravvenga al comodante un urgente impreveduto bisogno di valersi della cosa comodata, nel qual caso l'art. 1816 (5) dispone che l'Autorità giudiziaria può, secondo le circostanze, obbligare il comodatario a restituirla.

Questa disposizione sancita nel codice civile francese, e negli altri vari codici imperanti in Italia prima dell'unificazione legislativa, sebbene ripudiata dal codice austriaco, ci pare pienamente giusta ed equa. Essa, infatti, si fonda sulla presunzione che una tale condizione risolutiva fosse nella mente di entrambi i contraenti; nè una tale presunzione può dirsi arrischiata, inquantochè è logico supporre che, se il comodante avesse potuto pensare che della cosa che dà ad altri gratuitamente, e senza alcun fine suo proprio, avrebbe avuto strettissimo bisogno più tardi, ed in modo indispensabile, certamente non l'avrebbe data in comodato, ma l'avrebbe tenuta per sè (6). E che tale sia stato il pensiero del legislatore ce lo dimostra il fatto che il diritto di chiedere la restituzione della cosa fu accordato solo in vista di un bisogno urgente ed impreveduto (7).

Quanto poi all'interpretazione da darsi alla disposizione in parola, osserveremo anzitutto col Borsari (8) che, benchè il pronunziato sia chiaro, la sua applicazione dipende dalla qualità dell'oggetto e da multiformi circostanze. Ad ogni modo, però, aggiungiamo noi, il criterio regolatore di questa materia non può, a parer nostro, essere se non questo, che, perchè possa farsi luogo ad una tale eccezione, è necessario che nel comodante si sia verificato un bisogno urgente non solo, ma anche impreveduto della cosa data in comodato. È quindi necessario che queste due condizioni si siano verificate entrambe, sicchè, come non basterebbe un bisogno urgente ma prevedibile, così non basterebbe un bisogno impreveduto ma non urgente. E che sia necessario il concorso di queste due condizioni, lo si evince sia dal disposto letterale dell'art. 1816 cod. civ., che enumera entrambi questi due requisiti, sia dalla *ratio legis*, che si basa sulla presunta volontà delle parti, essendo evidentemente impossibile una tale presunzione quando il bisogno sia prevedibile, o quando si tratti di un bisogno non urgente. Se il bisogno era prevedibile, ed il comodante non ne fece caso e non pose una condizione speciale al riguardo, ciò significa che egli ha rinunziato a servirsi di quella cosa: se poi il bisogno non fosse urgente, sarebbe ingiusto togliere la cosa al comodatario, forse con suo grave danno.

Osserveremo, poi, che l'urgenza è una questione di fatto da decidersi dai magistrati; e che, anche nel concorso di queste circostanze, la legge non accorda punto al comodante un diritto assoluto ed incondizionato alla restituzione della cosa: verificandosi queste due condizioni, egli ha bensì il diritto di richiederne giudizialmente la restituzione; spetta poi all'Autorità giudiziaria vagliare le altre circostanze, e vedere se sia il caso o no di ordinare la restituzione intempestiva della cosa comodata; giacchè — bisogna non dimenticarlo — l'Autorità giudiziaria, secondo il testo dell'articolo 1816 cod. civ., in quei casi non *deve*, ma solo *può*, ordinare la restituzione.

A questo proposito, mancano, per quanto a noi è risultato dallo spoglio il più attento delle raccolte di giurisprudenza, decisioni dell'Autorità giudiziaria. Ci pare, però, di poter affermare, senza tema di errare, che l'*urgenza* del bisogno di cui parla la legge, implichi la *gravità*. Per cui, trattandosi di un bisogno lieve, ed a cui possa il comodante facilmente supplire, non potrà il comodatario essere obbligato alla restituzione. Tanto più grave, poi, dovrà con-

(1) Pothier, Op. cit., n. 68, pag. 53.

(2) Op. cit., n. 68, pag. 54.

(3) Questo secondo la legislazione italiana. Il codice civile austriaco, invece, inspirandosi ad un senso di favore verso il comodante, giustificato, forse, solo dalla gratuità del comodato, accorda a questi un tale diritto. Il § 979 di detto codice stabilisce, infatti, che « il comodatario, che, per essersi perduta la cosa, ne abbia pagato il prezzo, non ha diritto, se la cosa medesima sia stata ritrovata, di tenerla per sè, contro la volontà del proprietario, se questi è pronto a restituire il prezzo ricevuto ».

(4) Cod. franc., art. 1889.

(5) Conf.: art. 1784 prog. min.; art. 1839 prog. sen. cod. nap.; art. 1970 cod. parm.; art. 1911 cod. albert.; art. 1952 cod. est. — Consimile disposizione è pure accolta dal codice civile spagnuolo (art. 1749), e da quello portoghese (art. 1513). Il codice austriaco, invece, non accorda un tal diritto al comodante se non sia intervenuta espressa convenzione in proposito: l'art. 976 dispone infatti: « Sebbene la cosa comodata divenga necessaria allo stesso comodante, avanti che sia scorso il tempo e terminato l'uso, non ha egli, ciò non pertanto, diritto di domandarla prima, eccetto il caso d'una espressa convenzione ».

(6) Borsari, Op. cit., § 3971, pag. 119; Pothier, Op. cit., n. 25, pagg. 18 e segg.

(7) È in questo appunto che differisce il comodato dal precario.

(8) Borsari, Op. e loc. cit.

siderarsi il bisogno, quanto maggiore sia la difficoltà di supplirvi altrimenti. Sicchè l'esame dell'Autorità giudiziaria dovrà necessariamente estendersi, non solo alla qualità della cosa, ed alla natura del bisogno, ma anche alle condizioni speciali del comodante in confronto di quel bisogno; poichè è evidente che in certe condizioni speciali il provvedere ad un bisogno è molto più difficile di quello che nol sia nelle condizioni ordinarie.

In riguardo il Borsari dice che « ciò che dicesi *bisogno urgente*, vera necessità, deve cadere sull'IDENTICO CORPO, e non SULLA SPECIE, come se io dicessi di aver proprio bisogno di *quei cavalli che vi ho prestati* mentre posso al mio bisogno provvedere con altri ».

Pare a noi però che questa teoria sia troppo assoluta; ben difficile è, infatti, che il bisogno versi sull'identico corpo, e questa disposizione di legge, se così dovesse essere intesa, non troverebbe che molto rare applicazioni. Tanto è ciò vero che lo stesso A. sente il bisogno di mitigarla, e subito dopo osserva che « è nondimeno una spesa, e non si può obbligare il comodante a sopportarla se non sia moderata, e si dovrebbe acconsentire alla domanda della restituzione medesima benchè tale che possa esser supplita, semprechè l'altra parte possa farlo senza suo danno gravissimo, e allora si bilanciano gl'incomodi con preferenza al comodatario che ha impiegate regolarmente le cose prestate ». Ciò che vuol dire che può dirsi urgente il bisogno anche quando non cada sull'identico corpo prestato; ma che l'Autorità giudiziaria, per stabilire se vi sia, o meno, l'urgenza, deve tener presenti le diverse circostanze onde stabilire se sia, o no, il caso di ordinare la restituzione della cosa comodata prima della scadenza del termine.

Osserveremo, poi, che nel decidere su tale questione, il magistrato deve tener presente anche il diritto del comodatario, affine di non danneggiarlo troppo con l'ordine di restituzione.

Il Pothier (1), al riguardo, sostiene che, anche nel caso di un bisogno urgente ed impreveduto, il comodatario, qualora non possa rendere la cosa senza correre rischio di grave pregiudizio, potrà essere autorizzato a soddisfare l'obbligo della restituzione per equipollenti, fornendo, cioè, a sue spese, una cosa simile ed atta a quell'uso determinato, perchè il comodante se ne serva in luogo della sua, finchè il comodatario non possa restituirgliela.

Veramente questo non è scritto nella legge; e quindi non sappiamo come potrebbe l'interprete, applicando strettamente la legge senza *nulla* aggiungervi, sentenziare in questo senso (2). Ci pare, però, che potrebbe questo principio — salvo il caso che il bisogno del comodante versi sull'*identico corpo* e non sulla *specie* — essere accolto dalla legge, come una giusta facilitazione all'obbligo della restituzione intempestiva.

Osserveremo, poi, che, naturalmente, l'obbligo di provare il concorso dei due requisiti, — *urgenza* ed *imprevedibilità* — spetta al comodante, il quale è quegli che si basa su tali circostanze per pretendere una restituzione anticipata.

56. Questa l'eccezione — unica — stabilita dalla legge al principio che il comodante non può pretendere la restituzione della cosa comodata prima della scadenza del termine.

Vi ha però chi (3) insegna doversi pur fare eccezione a questo principio nel caso che, essendo stabilito, non solo il tempo della restituzione, ma anche l'uso da farsi della cosa, questo sia finito prima della scadenza del termine; nel qual caso il comodante, senza attendere questa, avrebbe diritto a chiedere la restituzione della cosa, non appena finito l'uso di essa. Così, ad es., secondo una tale teoria, se Tizio ha prestato in comodato a Caio un manoscritto per ricopiarlo accordandogli un termine di quindici giorni, e la copia è eseguita in otto giorni, Tizio avrebbe senz'altro il diritto alla restituzione, appena questa è finita, senza dover attendere che trascorra intiero il termine di quindici giorni, di cui nella convenzione.

A giustificazione di questa teoria osserva che, essendo finito l'uso che doveva fare della cosa, il comodatario non ha più, non potendo farne un uso diverso, alcun motivo di ritenerla; e che il termine era stato stabilito all'unico scopo di impedire che l'uso si prolungasse di troppo.

Il Pothier (4) accetta questa teoria, con questa limitazione però, che non possa la restituzione anticipata pretendersi, quando il tempo di essa sia stato determinato non unicamente per il motivo suaccennato, ma anche per qualche altra ragione, come, ad es., perchè, la cosa, essendo stata imprestata per portarla in campagna ed il comodatario dovendo ritornarne a quell'epoca, la restituzione fosse più comoda; nel qual caso il comodante dovrebbe sempre attendere il tempo stabilito.

Sebbene, però, questa teoria, specialmente con la limitazione di cui parla il Pothier, abbia una qualche apparenza di giustizia, essa ci pare perfettamente inaccettabile.

In primo luogo, infatti, non solo la legge non ne parla, ma non vi si trova nemmeno il più lontano accenno, e, l'interprete non potendo far altro che applicare la legge quale è, non vediamo in base a che cosa potrebbero i giudici accoglierla.

In secondo luogo, poi, ci sembra che una tale teoria sia da respingersi anche *de jure condendo*. Se, infatti, la determinazione del tempo si voleva fare unicamente perchè l'uso non si prolungasse troppo, doveva il comodante espressamente indicarlo; non avendolo egli detto, ed essendovi anche la probabilità che sia stata fatta nell'interesse del comodatario, o per altre ragioni, il presumere ciò costituirebbe una presunzione, secondo noi, ingiustificata.

(1) Cons. Pothier, Op. cit., n. 25, pagg. 18 e 19. In questo senso vedi pure Duvergier, n. 107.

(2) Il Borsari (Op. cit., § 3971, pag. 120) combatte questa teoria del Pothier, osservando che « la regola della persistenza milita a favore di colui che ha scritto il diritto nella convenzione; succede la eccezione ma circondata di riserve, non assoluta, ma pendente dalle circostanze. Se la eccezione viene a rimanere perciò senza effetto e senz'applicazione, non si comprende come nonostante il comodatario venga aggravato di obbligazione, egli che, riposando, nel proprio diritto, respinge il richiedente! Egli avrà pensato che in qualche caso non potrà godere intero, o non potrà godere in verun modo, il benefizio accordatogli, ma non potrà mai credere che il benefizio sia per rivolgersi in danno. Non darà la cosa stessa; *darà l'equivalente!* Ma non si è tenuti a dare l'equivalente, se non si ha l'obbligazione del principale; l'equivalente è la cosa stessa meno la specie. La restituzione è di due maniere; o del corpo prestato, se esiste, o del valore, se non esiste più per fatto del comodatario. Il dare provvisoriamente una cosa diversa in luogo di quella prestata, per essere impossibile di presente restituirla, all'effetto poi di rimetter questa più tardi, *può esser un temperamento d'equità, ma non credo d'accordo coi principî* ».

(3) Troplong, n. 150.

(4) Pothier, Op. cit., n. 26, pag. 19.

E nemmeno con la limitazione proposta dal Pothier potrebbe questa teoria essere accolta: salvo il caso, infatti, di dichiarazione espressa, è ben difficile poter stabilire, almeno con una certa probabilità, per qual motivo la determinazione del tempo sia stata fatta, e quindi la ricerca degli altri possibili motivi, oltrechè portare troppo per le lunghe, potrebbe dar luogo ad ingiustizie, non potendo il giudizio aver luogo che su dati molto incerti.

Il comodante poteva, nello stipulare il contratto, fissare il termine, e porre tutte le condizioni che meglio credeva utili per sè, compresa quella della restituzione non appena finito l'uso; se non lo ha fatto, lo imputi a suo danno, ed aspetti che il termine sia trascorso per intiero.

57. Questo per ciò che riguarda il diritto del comodante alla restituzione della cosa comodata.

Ma il comodante non solo ha il diritto di ottenere la restituzione della cosa da lui data in comodato, ma ha anche diritto a che la cosa gli sia restituita nello stesso stato nel quale egli l'ha consegnata al comodatario. A meno che il deterioramento non derivi unicamente dall'uso e senza colpa del comodatario, questi deve, come abbiamo visto (n. 36), risponderne; ed in base appunto a questa responsabilità del comodatario, il comodante ha diritto ad ottenere da quegli il risarcimento del danno che la cosa comodata abbia per avventura sofferto. E solo col risarcimento del danno sofferto dalla cosa può il comodatario liberarsi intieramente dall'obbligo della restituzione; la semplice restituzione della cosa, se danneggiata, non è sufficiente a questo scopo. Così decise la dottrina romana. Ulpiano, infatti, insegnava: *si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita quae deterior facta redditur, nisi quod interest praestetur; proprie enim dicitur res non reddita quae deterior redditur* (1).

E così decise anche la Suprema Corte di cassazione di Torino (2), la quale sancì la massima che il comodatario o depositario di cartelle del debito pubblico, che non le restituiscono in tempo debito, avendole impiegate a proprio vantaggio, rispondono del ribasso avvenuto nel valore delle medesime (3), osservando che non viola il principio della gratuità del comodato o del deposito la sentenza che dichiara tenuto il comodatario o depositario ai danni per l'indugio frapposto alla restituzione della cosa comodata o depositata, o per averla convertita in uso proprio; poichè gli è vero che il depositario od il comodatario non rispondono delle deteriorazioni o della diminuzione di valore verificatisi nella cosa, ma ciò è solo applicabile al depositario e comodatario fedeli che restituiscono la cosa appena richiesti.

58. Si fa al riguardo questione se il comodante abbia diritto solo alla somma corrispondente al danno sofferto dalla cosa, o se, invece, possa ripetere l'intero valore della cosa, rilasciando questa al comodatario. Ed il Pothier (4) la risolve distinguendo due casi, di deterioramento considerevole, cioè, e di deterioramento lieve; accordando il diritto all'intero prezzo della cosa nel primo caso, e limitandolo invece nel secondo alla somma corrispondente alla diminuzione di prezzo sofferta dalla cosa.

Esaminiamo questa soluzione.

Manca nella legge nostra una disposizione precisa, atta a risolvere la proposta questione, e mancano pure disposizioni analoghe, che si possano ragionevolmente applicare al caso in parola. Solo, l'art. 1805 sancisce l'obbligo nel comodatario di restituire la stessa cosa ricevuta, e l'art. 1808 sancisce nello stesso l'obbligo di vegliare da buon padre di famiglia alla custodia e conservazione della cosa stessa « sotto pena del risarcimento dei danni ».

Ora, poichè il comodatario ha l'obbligo di restituire *la stessa identica* cosa ricevuta, e la restituisce, invece, danneggiata, pare a noi che allora soltanto avrà diritto di farla ricevere dal comodante, dietro pagamento dell'indennità, quando il deterioramento sofferto dalla cosa, pur diminuendone il prezzo, non la renda, però, disadatta inevitabilmente allo scopo cui è destinata. Se Tizio, ad esempio, possiede un cavallo da corsa, e lo dà in comodato, ed il comodatario glielo restituisce in istato tale per cui non potrà più mai esser abile alla corsa, noi crediamo sia evidente in Tizio il diritto di rifiutarne la restituzione, giacchè egli possedeva ed aveva dato in comodato un cavallo da corsa, e gli si restituisce un cavallo che alla corsa è inabile. Bisogna, d'altronde, notare che se nel contratto di comodato fu imposto al comodatario l'obbligo di *restituire la stessa cosa ricevuta*, si fu appunto perchè il comodante avesse la stessa cosa sua con le identiche sue qualità, — e che, se queste qualità essenziali mancano o sono mutate, la cosa non può più dirsi la stessa, e quindi non può il comodante essere obbligato ad accettarla. Nè il dargli la differenza di prezzo può giovare a creargli un tale obbligo, perchè egli, avendo bisogno di un cavallo da corsa, dovrebbe vendere il cavallo restituitogli per acquistarne un altro da corsa, e dovrebbe correre quindi un'alea, il che non è giusto. Se fosse altrimenti da quel che noi sosteniamo, il comodante si troverebbe in peggior condizione del mutuatario; il che, stante la gratuità del comodato, non è nè logico, nè equo.

D'altronde, anche a parte tutto ciò, è indiscutibile che il comodatario è tenuto alla custodia « sotto pena del risarcimento dei danni » (art. 1808 cod. civ.). Ora questi danni egli non potrebbe dire di averli risarciti totalmente, se non pagando l'intero prezzo del cavallo da corsa ricevuto in comodato, giacchè, se egli non pagasse la differenza del valore, potrebbe, come già accennammo, il comodante andar incontro ad altri danni, e non lievi.

Questa teoria potrà forse sembrare arrischiata; ci pare, però, ch'essa sia accettabile, come quella che è più conforme ai principî di giustizia e di equità.

59. Un'altra questione si fa riguardo all'azione per risarcimento di danni: e cioè se, una volta avvenuta la restituzione senza alcuna osservazione riguardo al danno od al deterioramento, possa tuttavia il comodante intentare la relativa azione.

Nè tale questione può dirsi oziosa: è evidente, infatti, che non può permettersi al comodante di intentare l'azione per risarcimento quando più gli aggrada, e non ostante qualunque spazio di tempo sia passato dall'epoca della restituzione; sia perchè il silenzio del comodante a tale epoca deve giustamente interpretarsi come tacita remissione di tali danni; sia perchè in un lungo lasso di tempo può il danno crescere, e non è giusto che il comodatario debba poi risarcirlo tutto; sia perchè più difficile, dopo molto tempo, potrebbe riuscire al comodatario la prova della sua mancanza di colpa al riguardo.

(1) Fr. 3, § 1, D. *commodati vel contra*, lib. XIII, tit. VI.

(2) Sent. cit. 7 maggio 1869, *Gatti-Majno* (*Giur.* Tor., VI, 601).

(3) Il ribasso costituisce infatti un deprezzamento delle cartelle, cioè una diminuzione del loro valore, un danno inerente alla cosa stessa, la quale deve, quindi, considerarsi come deteriorata.

(4) Pothier, Op. cit., n. 70, pagg. 54 e 55.

La necessità di un limite al proponimento di una tale azione è, pertanto, evidente, e non può, a parer nostro, cadere in contestazione.

Ciò che, invece, può produrre contestazione, stante il silenzio al riguardo del nostro codice civile (1), si è la determinazione del limite.

L'opinione più comunemente accettata al riguardo, che si basa sulla logica e sul buon senso, si è che si debba distinguere tra il deterioramento palese, visibile, del quale non si può non accorgersi immediatamente, ed il deterioramento nascosto, alla scoperta del quale sia inevitabilmente necessario un certo tempo. Nel primo caso, se il comodante all'atto della restituzione non fece osservazione alcuna, non potrà più intentare l'azione per risarcimento; lo potrà, invece, nel secondo caso, ma a patto che tra lo scoprimento del deterioramento e l'inizio dell'azione non siano trascorsi che pochi giorni.

60. Altro diritto del comodante si è quello di essere indennizzato dei danni sofferti a causa del ritardo frapposto dal comodatario nella restituzione della cosa: nè su ciò può nascere dubbio.

Non può dubitarsi, infatti, che di fronte al comodante il comodatario sia un debitore, e che sia un debitore inadempiente se all'epoca determinata non restituisce la cosa avuta in comodato. Ora, poichè il risarcimento del danno è la conseguenza prima e principale dell'inadempimento imputabile al debitore (2), così è evidente che un tale obbligo deve incombere anche al comodatario, che non abbia restituita in tempo la cosa comodata.

Naturalmente però anche in questo caso è applicabile la regola dell'articolo 1226 codice civile, che stabilisce che « il debitore non è tenuto a verun risarcimento di danni, quando in conseguenza di una forza maggiore, o di un caso fortuito fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato, od ha fatto ciò che gli era vietato »: e ciò per la ragione che intanto i ritardatari al pagamento sono tenuti al risarcimento in quanto il ritardo sia avvenuto per loro colpa; mancando la quale, manca anche, per logica conseguenza, la responsabilità.

Quindi il comodante avrà diritto di chiedere il risarcimento del danno solo quando il comodatario sia in mora, quando il danno sia conseguenza unica del ritardo del comodatario, quando questo ritardo non sia stato determinato da forza maggiore o caso fortuito; ma, dato il concorso di queste condizioni, nessuna eccezione sarà opponibile alla sua richiesta.

Osserveremo poi che, riguardo alla condizione della mora, perchè il comodatario possa dirsi in mora verso il comodante non è necessaria l'*intimazione* a pagare, sebbene essa sia di regola (3) necessaria perchè possa parlarsi di mora.

Così insegna il Giorgi (4), argomentandolo dal disposto dell'articolo 1809 codice civile, che pone, come vedemmo, la perdita della cosa comodata a carico del comodatario, quand'anche avvenuta per caso fortuito, se avvenne dopo la scadenza del termine. Ci pare, del resto, applicabile inoltre al comodatario la disposizione dell'articolo 1223 cod. civ., che, seguendo l'antico insegnamento *dies interpellat pro homine*, dispone che, « se l'obbligazione consiste nel dare o nel fare, il debitore è costituito in mora per la sola scadenza del termine »; giacchè l'obbligazione del comodatario è, a parer nostro, certamente un'obbligazione.

Anche indipendentemente, pertanto, dall'argomento che si può ricavare dal disposto dell'articolo 1809 codice civile, crediamo sia evidente che non debba il comodante fare intimazione alcuna al comodatario per costituirlo in mora, e per aver quindi diritto al risarcimento dei danni.

61. Inoltre il comodante ha diritto di richiedere la restituzione non solo della cosa comodata, ma anche dei frutti che questa abbia per avventura prodotti durante il tempo del comodato.

E ciò è evidente. Se è stata data in comodato una cavalla, e questa abbia partorito, sebbene il parto sia avvenuto durante il corso del contratto, il puledro non può evidentemente appartenere che al proprietario della cavalla; e poichè il comodato non trasferisce al comodatario la proprietà della cosa comodata, ma la lascia intatta nel comodante (n. 14), così il puledro deve essere ritenuto di proprietà del comodante; e, quindi, egli ha diritto di richiedere dal comodatario non la sola cosa comodata, ma anche i frutti di questa.

Questa teoria è in perfetto accordo con l'insegnamento del diritto romano *in deposito et commodato fructus quoque praestandi sunt* (5), con la logica e col buon senso, con la giustizia e con l'equità.

Si noti poi che il diritto del comodante ai frutti non si limita ai soli frutti naturali, ma si estende anche ai civili. Il Pothier (6), infatti, insegna che se il comodatario a cui fosse stata comodata una casa per servirsene per uso di propria abitazione abbia data in locazione la casa comodatagli, riscuotendone il prezzo, questo prezzo debba essere restituito al comodante. Pare, però, a noi che si debba, in riguardo, fare una limitazione, accordare, cioè, al comodatario i frutti civili, quando essi sono una conseguenza diretta dell'uso per cui la cosa fu data in comodato.

62. A tutela dei diritti nascenti dal contratto di comodato a lui spettanti il comodante ha una speciale azione, necessariamente diversa da quelle che altri diritti tutelano (7), che in diritto romano era detta *actio commodati directa*.

Questa azione è un'azione personale, che può essere esercitata dal comodante esclusivamente contro il comodatario, contro chi legalmente lo rappresenti, e contro i suoi eredi, od aventi causa (8).

(1) Il silenzio del nostro codice al riguardo è imitato dal codice civile spagnuolo. Invece i codici austriaco e portoghese hanno su quest'argomento speciali disposizioni. Il § 982 del codice civile austriaco dispone, infatti, che, « se il comodatario, dopo ricevuta la cosa data a prestito non reclama nel termine di 30 giorni per l'abuso fattone o per l'eccessivo deterioramento di essa.... l'azione è estinta »; — e l'art. 1522 del codice civ. portoghese riproduce in fondo questa disposizione, stabilendo che « as acções por perdas e damnos, ou por despesaz feitas com a cousa emprestada, prescrevem dentro de un mez, contado desde a entrega da mesma cousa ».

(2) Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, vol. II, n. 89, pag. 112 (4ª ediz.). « Chi ha contratto una obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente, e, in mancanza, al risarcimento dei danni » (art. 1218 cod. civ.).

(3) Giorgi, Op. cit., n. 48, pagg. 63 e segg.

(4) Op. cit., n. 69.

(5) L. 30, § 10, D. *de usur.*

(6) Pothier, Op. cit., n. 73, pag. 56.

(7) L'azione per ottenere la restituzione di una cosa data in comodato non è azione di sfratto, nè di competenza del pretore: Corte d'app. di Cagliari, 4 marzo 1871, *Gambarotta-Fiorentino* (*Giurisprudenza ital.*, XXIII, I, 2, 157).

(8) È da osservare che, se il comodatario avesse donata o venduta la cosa comodata, il comodante potrebbe però — avendone

Se poi i comodatari fossero più, il comodante potrebbe intentare la sua azione contro chi meglio credesse, e per la totalità del debito, giacchè l'obbligazione dei comodatari è solidale.

Così dispone l'art. 1814 codice civile (1), il quale dice che, « se più persone hanno unitamente preso a prestito la stessa cosa, ne sono obbligate in solido verso il comodante ».

Perchè, pertanto, il comodante possa agire solidariamente contro più comodatari, è necessario che questi abbiano preso tutti assieme in comodato la stessa cosa. Che se si trattasse, invece, di più cose, date a diverse persone in diverse riprese o con diversi contratti, non si potrebbe più parlare di solidarietà.

Questa disposizione di legge è perfettamente concorde col diritto romano. Ulpiano, infatti, scriveva: *Si duobus vehiculum commodatum sit, vel locatum simul, Celsus filius scribit lib. VI Digestorum, quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum, an pro parte teneatur? Et ait: duorum quidem in solidum dominium, vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominium esse; sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. Usum autem balnei quidem, vel porticus, vel campi uniuscuiusque in solidum esse: neque enim minus me uti, quod et alius uteretur: verum in vehiculo commodato, vel locato, pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam: sed esse verius ait, et dolum, et culpam, et diligentiam, et custodiam in totum me praestare debere. Quare duo quodammodo rei habebuntur: et, si alter conventus praestiterit, liberabit alterum, et ambobus competit furti actio* (2).

La ragione, poi, di questa teoria si è che, quando si dà a due o più persone una cosa, che può essere goduta da tutti, bensì, ma senza divisioni di parte, essendo la cosa comodata, o indivisibile per natura, o da considerarsi tale per volontà delle parti, ognuna di esse tiene e gode la stessa cosa promiscuamente, e da questo compossesso di più persone nasce la solidarietà delle loro obbligazioni (3). E, a parer nostro, se anche il legislatore non l'avesse dichiarato espressamente, la solidarietà sarebbe derivata ugualmente dalla disposizione dell'art. 1206 codice civile, il quale dispone che « coloro che hanno contratto congiuntamente un debito indivisibile, vi sono obbligati ciascuno per la totalità, ancorchè l'obbligazione non sia stata contratta in solido ».

Osserveremo poi che neppure gli eredi possono eseguire le obbligazioni derivanti dal comodato divisibilmente, giacchè, a mente dell'art. 1205 codice civile, questa non è ammessa *quando sia dovuto un corpo certo;* e in questo caso non può davvero dubitarsi che la cosa data in comodato sia un corpo certo.

§ II. — Delle obbligazioni del comodante.

63. Obbligazione di non apportare disturbo al comodatario nel godimento della cosa comodatagli. — 64. Non è però il comodante tenuto a garantire il godimento in confronto dei terzi. *Quid* in caso di dolo. — 65. Rimborso delle spese straordinarie ed urgenti. — 66. Quali sono le spese che il comodatario è autorizzato a fare con diritto al rimborso. — 67. Risarcimento dei danni cagionati dai vizi della cosa conosciuti dal comodante. — 68. Se sussista un tale obbligo anche quando si tratti di vizi apparenti. — 69. Obbligo di restituire la cosa o il prezzo, quando, dopo ricevuto il prezzo della cosa perduta, questa venga in suo possesso.

63. La consegna della cosa per parte del comodante avviene nel contratto di comodato allo scopo e con l'intenzione che il comodatario *si serva* della cosa comodatagli. E sotto questo rapporto appunto, come già vedemmo (n. 22), il contratto di comodato ha un punto di contatto col contratto di locazione, poichè scopo ultimo del contratto di locazione si è l'uso che della cosa locata deve fare il conduttore. Però, mentre nel contratto di locazione il locatore *si obbliga a far godere* al conduttore la cosa locatagli, nel contratto di comodato, invece, il comodatario non assume affatto un tale obbligo: esso consegna al comodatario una data cosa affinchè se ne serva, ed il suo cómpito al riguardo è finito, egli non deve fare più nulla.

In mancanza, però, di obbligazioni positive, dal contratto di comodato deriva pur tuttavia al comodante, riguardo all'uso della cosa comodata da parte del comodatario, una obbligazione negativa, l'obbligazione, cioè, di non apportare, nè egli, nè i suoi eredi, alcun disturbo od impedimento all'uso della cosa stessa per parte del comodatario durante tutto il tempo che il contratto di comodato deve aver vita.

In altri termini, se il comodante non si obbliga, allo stesso modo del locatore, a *praestare uti licere,* si obbliga però, almeno, *per se heredemque suum non fieri quominus commodatario uti liceat.*

Quest'obbligazione negativa, di non fare, è, come ognun vede, una logica conseguenza del consenso che il comodante presta a che il comodatario si serva della cosa comodatagli: giacchè, se questo consenso non si deve tramutare in una irrisione, è evidente la necessità che chi lo presta non faccia poi alcun atto che possa turbare il godimento concesso.

È appunto da quest'obbligazione del comodante, che, come già accennammo (n. 28), deriva nel comodatario il diritto di opporsi ad una intempestiva domanda di restituzione della cosa comodata, ed una azione contro il comodante e suoi eredi per costringerli a lasciarlo nel pacifico godimento della cosa, non solo, ma anche al risarcimento dei danni, se del caso.

Nè su quest'obbligo del comodante e dei suoi eredi ad indennizzare il comodatario per i disturbi arrecatigli nel godimento della cosa concessagli in comodato può nascer dubbio. Poichè al risarcimento di questi danni li obbliga, così la disposizione generale, che stabilisce che qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga quegli per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno (4), come quella particolare, che dispone che il debitore sarà condannato al ri-

sempre la proprietà — agire contro i donatari o gli acquisitori per ottenere la restituzione della cosa, ma che in questo caso egli non dovrebbe usare dell'azione che gli deriva dal contratto di comodato, ma dell'azione di rivendicazione.

(1) Conf.: articolo 1782 progetto ministeriale; art. 1837 progetto senatoriale; art. 1759 codice napoletano; art. 1968 codice parm.; art. 1909 codice albert.; art. 1950 codice est. La stessa disposizione si trova pure sancita nel codice civile francese, all'articolo 1887, nel codice civile portoghese, all'art. 1520, in quello spagnuolo, all'art. 1748.

(2) Fr. 5. § 15, D. *commodati vel contra,* lib. XIII, tit. VI.

(3) Il De Filippis (Op. cit., vol. VII, n. 281, pag. 140) giustifica una tale disposizione di legge, dicendo che « il comodante abbia inteso di prestare la cosa intiera a ciascuno dei comodatari; quindi ciascuno è tenuto per la intiera cosa verso il comodante ».

(4) Art. 1151 cod. civ.

sarcimento dei danni, tanto per l'inadempimento dell'obbligazione, quanto pel ritardo dell'esecuzione, ove non provi che l'inadempimento o il ritardo sia derivato da una causa estranea a lui non imputabile, ancorchè non sia per sua parte intervenuta mala fede (1), essendo evidente che il comodante, in confronto dell'obbligo più sopra accennato, deve essere considerato come debitore del comodatario.

Uguale era l'insegnamento del diritto romano. Ulpiano, infatti, racconta il caso di un Tizio che, essendo sul punto di imprestare a Caio una somma di danaro, e non avendo carta su cui farsi scrivere la quitanza, si fece dare a questo scopo in comodato un registro; e dice che avendo poi il comodante cancellato dal registro l'obbligazione di Caio, fu tenuto responsabile verso Tizio del danno arrecatogli con questo fatto, che venne considerato come una turbativa nel possesso della cosa comodata: *Si tibi codicem commodavero, et in eo chirographarium debitorem tuum cavere feceris, egoque hoc interlevero; si quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario judicio* (2).

64. Osserveremo però che il comodante è bensì obbligato a non arrecare alcun disturbo al godimento della cosa per parte del comodatario, sotto pena del risarcimento dei danni, ma non è punto tenuto ad impedire che altri arrechi disturbi; e quindi se altri cagioni disturbi od altro al comodatario, il comodante non ha alcun obbligo, nè di indennizzo, nè di altro, verso di lui, come questi non ha alcuna azione verso di quegli. Se, pertanto, ad esempio, voi date a Tizio in comodato per un certo tempo un magazzino, in buona fede, credendolo di vostra proprietà, e poco dopo — assai prima della fine del contratto — il vero proprietario giustifichi la sua proprietà e rivendichi il magazzino, costringendo Tizio a sloggiare, voi non avrete alcun obbligo verso di lui, per ciò che egli ha sofferto, perchè il disturbo al godimento non fu causato da voi, ma da un terzo, il fatto del quale voi non siete tenuto ad impedire.

Ciò deriva dal fatto che nei contratti di beneficenza — lucrativi, cioè, unicamente ad una delle parti — non si fa luogo all'obbligo della garantia: colui che dà qualche cosa a questo titolo, non ricevendo niente in compenso di ciò che dà, si reputa dia la cosa nello stato stesso in cui egli la possiede (3).

Ben s'intende, però, che il comodante non è obbligato nè alla garentia della cosa comodata nè ai danni solo in caso di buona fede, quando, cioè, abbia data la cosa credendola completamente ed assolutamente sua, e quindi non sia imputabile di colpa veruna. Che se il comodante avesse saputo che la cosa che dava in comodato non era di sua proprietà, e, ciò non ostante, l'avesse data, tacendo al comodatario questa circostanza, — nel caso di rivendicazione da parte del vero proprietario, — sarebbe responsabile dei danni sofferti dal comodatario, inquantochè questi debbono ritenersi causati unicamente dalla colpa del comodante, dovendosi supporre che il comodatario, se fosse stato avvertito, avrebbe rifiutata la cosa offertagli e provveduto altrimenti alle cose sue. Che se il comodatario fosse stato avvertito, ed avesse, nondimeno, accettata la cosa, mancherebbe in lui ogni ragione di doglianza, se questa gli venisse tolta, e conseguentemente, mancherebbe il diritto all'indennizzo.

Se, pertanto, il comodante è a conoscenza della possibilità che altri disturbi legalmente il godimento del comodatario, è tenuto al risarcimento dei danni, a meno che non l'abbia avvertito; e ciò, tanto nel caso che non abbia avvertito il comodatario per dolo, quanto per semplice inavvertenza o dimenticanza. In entrambi i casi, infatti, si riscontra quella colpa che è necessaria e sufficiente per la responsabilità civile (4).

65. Questa l'obbligazione derivante al comodante dal contratto in sè.

Ma oltre che per questo motivo *può* il comodante rimanere obbligato verso il comodatario per altre due cause. La prima di queste deriva dalla regola vietante a chiunque di arricchirsi con danno altrui, ed è sancita nell'articolo 1817 (5) codice civile, che dispone: « se durante il prestito il comodatario è stato obbligato, per conservare la cosa, a fare qualche spesa straordinaria, necessaria ed urgente in modo da non poterne avvisare il comodante, questi è tenuto a rimborsarne il comodatario ».

Esaminiamo questa disposizione.

La cosa data a comodato può avere bisogno di spese. Ora, come già vedemmo (n. 49), bisogna dividere queste spese in due categorie: quelle che sono necessarie all'uso, e quelle che sono necessarie alla conservazione della sostanza della cosa. Alle prime è tenuto il comodatario, in conseguenza del godimento ch'egli ha della cosa comodata, e quindi non ha diritto a rimborso alcuno: alle seconde, invece, il comodatario non è, nè giustamente potrebbe essere, tenuto. Era giusto però che, a tutela del diritto del comodante sulla cosa comodata, il legislatore autorizzasse il comodatario a fare qualcuna di queste spese, dandogli il diritto di ottenerne il rimborso; e ciò tanto nell'interesse del comodatario, quanto — e più ancora — del comodante. Non è raro, infatti, che si verifichi in una cosa un guasto tale che, accomodato subito, importi una spesa lievissima, mentre invece, se accomodato con ritardo, è necessaria una spesa molto maggiore. Sarebbe stato equo, a tutela dell'interesse del comodante che, in tal caso, il comodatario fosse *tenuto* a fare la spesa, salvo naturalmente il diritto al rimborso: così dispone il codice civile austriaco (§ 981), che dice che le spese straordinarie *debbono* anticiparsi dal comodatario, e, data la gratuità del comodato, un tale obbligo non può certo esser qualificato come gravoso. I nostri legislatori, invece, seguendo l'esempio di quelli francesi, forse per evitare le questioni che da tale disposizione sarebbero potute nascere, non dichiararono espressamente essere i comodatari tenuti a fare tali spese, ma solo sancirono a benefizio loro il diritto al rimborso, nel caso che le avessero fatte, limitandosi così a

(1) Art. 1225 cod. civ.
(2) Fr. 5, § 8, D. *commodati vel contra*, lib. XIII, tit. VI.
(3) Troplong, *Del prestito*, n. 124.
(4) Cons. Pothier, Op. cit., n. 79 e 80, pagg. 59 e 60.
(5) Conf.: art. 1785 prog. min.; art. 1840 prog. sen.; art. 1762 cod. nap.; art. 1971 cod. parm.; art. 1912, cod. albert.; art. 1953 cod. estense. Conforme è la disposizione del codice civile francese, art. 1890, e di quello spagnuolo, art. 1751. Il codice civile portoghese stabilisce nel comodante l'obbligo di indennizzare il comodatario « delle spese straordinarie ed inevitabili » (art. 1521); ed il codice civile austriaco, con una maggior latitudine, dice (§ 981): « Le spese straordinarie necessarie a conservarla (la cosa comodata) devono da lui (dal comodatario) anticiparsi in quanto non possa o *non voglia* lasciare la cosa alla cura dello stesso comodante; ma egli avrà diritto d'esserne rimborsato al pari del possessore di buona fede »; autorizzando così il comodatario ad anticipar lui le spese necessarie alla conservazione della cosa, quando anche possa, ma non voglia, avvertire di ciò il comodante ».

permettere al comodatario di fare tali spese accordandogli il diritto di ripeterle, ma non obbligandovelo.

Naturalmente però, qualora alla conservazione della cosa comodata occorrano, durante il corso del contratto, delle spese, la mancanza delle quali possa arrecar danno alla cosa stessa, siccome egli è tenuto a vegliare da buon padre di famiglia alla conservazione della cosa, ed è responsabile dei danni, così è nell'interesse diretto del comodatario avvertire il comodante di una tale necessità. Sicchè crediamo di poter giustamente affermare che un tale obbligo, se non è esplicitamente affermato, deve pur tuttavia considerarsi come esistente, in forza dell'obbligazione generale del comodatario di curare la conservazione della cosa comodatagli, e rispondere dei danni da questo sofferti (1).

66. Abbiamo detto che il legislatore italiano permette al comodatario di fare qualche spesa per la conservazione della cosa comodata, accordandogli il diritto di ripetere le somme spese. Ed, infatti, non per tutte le spese che egli facesse potrebbe chiedere il rimborso, ma solo per alcune determinate dalla legge.

Ora, quali sono queste spese? Queste spese devono, in primo luogo, essere *straordinarie*. Le spese ordinarie, sebbene necessarie alla conservazione della cosa, sono a carico del comodatario; abbiamo visto, infatti, che per comune opinione della dottrina questi è tenuto ad alimentare il cavallo che gli sia stato comodato; ora, questa è una spesa relativa alla conservazione, non meno che all'uso, ed è a carico del comodatario, perchè ordinaria.

Devono, in secondo luogo, essere *necessarie:* e la necessità non si deve qui confondere con l'utilità; la spesa fatta potrebbe, infatti, essere bensì utile, e magari utile non al solo comodatario, ma anche alla cosa in sè, e quindi al comodante, che ne è proprietario, ma potrebbe, in pari tempo, non essere punto necessaria. In questo caso, pertanto, pare a noi che per necessaria si abbia ad intendere indispensabile, tale, cioè, che, senza di essa, la cosa dovrebbe subire un danno.

Ma la necessità non basta. Se questa spesa poteva soffrir dilazione, e poteva esser fatta dal comodante, doveva il comodatario avvertirlo, ed aspettare. Giacchè questi, che non è tenuto a far godere il comodatario della cosa, non è obbligato alla conservazione di essa, ed è padrone di scegliere tra il fare la spesa e non farla. Potrebbe questa essere superiore all'utile ch'egli ne ritrarrebbe, ed il comodatario non può imporre al comodante dei sacrifizi ch'egli non vuol fare (2). Perchè quindi legalmente possa il comodatario decidersi a fare una spesa, anche se straordinaria e necessaria, ed abbia per conseguenza diritto al rimborso, è necessario che questa spesa sia *urgente*, e, poichè l'urgenza deve essere relativa a quanto sopra dicemmo, deve essere urgente « in modo da non poterne avvisare il comodatario » (3). Questa l'urgenza richiesta a questo riguardo dalla legge nostra: il pericolo deve essere tanto imminente da non esservi tempo d'avvertire utilmente di questo il comodatario, da non dar tempo, cioè, a che questi possa provvedere egli direttamente.

Queste tre condizioni si evincono in modo certo e sicuro dal letterale disposto dell'art. 1817 cod. civ. Ed è giusto che esse siano richieste, poichè solo nel simultaneo loro concorso può la legge giustamente presumere che il comodante avrebbe preferito sopportare la spesa piuttosto che perdere od aver danneggiata la cosa, ed autorizzare, quindi, il comodatario ad anticipare la spesa accordandogli il diritto al rimborso. Che se, anche trattandosi di spese straordinarie e accessorie, vi era tempo per avvertire il comodante e perchè questi potesse provvedere, doveva essere avvertito, e le spese che il comodatario avesse fatte, senza di un tale avvertimento, devono considerarsi come fatte nel suo interesse, e quindi egli non ha diritto di ripeterle.

Nel concorso dei requisiti suddescritti il comodante è sempre obbligato a rimborsare al comodatario le spese anticipate, e, secondo noi, non potrebbe liberarsi da questa obbligazione neppure offrendo di rilasciargli la cosa comodata. Il diritto ad ottenere liberazione per rifacimento di spese mediante il rilascio della cosa spetta al comodatario solo quando si tratta di spese non urgenti e che il comodatario non poteva fare; ma, trattandosi delle spese di cui all'articolo 1817 codice civile, il comodante è tenuto al completo rimborso di esse (4).

Nemmeno resta il comodante liberato da un tale obbligo in seguito alla perdita della cosa comodata, se questa sia avvenuta per caso fortuito, senza colpa del comodatario, — od in seguito a sentenza che ordini a questi la restituzione della cosa, senza far parola delle spese da lui legalmente anticipate. Non ostante il silenzio di una tale sentenza, il comodante resta pur sempre obbligato per tali spese: e se il comodatario non potrà più esercitare contro di lui l'*jus retentionis*, potrà costringerlo al pagamento con l'*actio commodati contraria*, secondo ciò che insegnava Gaio: *Quod contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis: sed fieri potest ut amplius esset quod invicem aliquem consequi oporteat, aut judex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercedit, aut sine judice restituta est, dicemus necessariam esse contrariam actionem* (5).

67. L'altra causa per cui il comodante può restare obbligato verso il comodatario deriva dall'obbligazione di non consegnare cosa che possa arrecar danno, obbligazione questa che il comodante ha comune col mutuante, e che lo rende responsabile dei danni cagionati al mutuatario dai vizî (da lui ignorati) della cosa comodata.

---

(1) V., in questo senso, Laurent, Op. cit., vol. XXVI, n. 482, pag. 362.

(2) Essendo esso proprietario della cosa, e potendo preferire la perdita di essa alla spesa per mantenerla, il comodatario non può esigere che il comodante sopporti questa spesa, perchè, essendo questo obbligato gratuitamente, si è obbligato soltanto a far servire la cosa nello stato in cui questa si trova, per modo che se questo stato non permetta di usarne, non può il comodatario esigere che la cosa prestata sia posta in condizioni tali da servire all'uso per cui fu data. Non essendo il comodante obbligato a siffatta spesa, il comodatario non può anticiparla esso per ottenerne poi il rimborso (Ricci, Op. cit., vol. IX, n. 196, pag. 346).

(3) Veramente, per essere più esatto, il legislatore avrebbe dovuto aggiungere « *in tempo perchè provveda* », dicendo « urgente in modo da non poterne avvisare il comodante in tempo perchè provveda ». È evidente, infatti, che il tempo d'avvisare il comodante vi sarebbe quasi sempre; ma l'importante si è che dopo l'avviso questi sia in tempo di provvedere. Crediamo, però, di poter affermare con sicurezza che tale deve essere l'interpretazione logica della legge.

(4) Borsari, Op. cit., § 3972, pag. 122; Pothier, Op. cit., n. 83, pag. 61.

(5) Fr. 18, § 4, D. *commodati vel contra*, lib. XIII, tit. VI.

Questa disposizione è sancita nell'articolo 1818 (1) codice civile, il quale dispone che, « se la cosa comodata ha difetti tali da recar danno a colui che se ne serve, il comodante è tenuto al risarcimento del danno, qualora, conoscendo i difetti della cosa, non ne abbia avvertito il comodatario ».

Il comodante, pertanto, ha l'obbligo di consegnare al comodatario cose tali che non gli possano recar danno, o, quanto meno, di avvertirlo dei vizî della cosa da lui conosciuti; in difetto, è tenuto al risarcimento dei danni prodotti dalla cosa stessa. Che se il comodante non conosceva i vizî che produssero il danno, o se, non ostante l'avvertimento sui vizî della cosa, il comodatario avesse insistito per averla, qualunque danno dai vizî notificati gli derivi, egli non ha diritto ad alcun risarcimento.

La ragione di questa disposizione di legge è evidente. Il benefizio, che il comodante accorda col comodato al comodatario, non deve rivolgersi, per opera dello stesso comodante, in danno e rovina del comodatario. Anche indipendentemente dal dolo, pertanto, deve il comodante risarcire i danni cagionati dalla cosa da lui comodata; poichè la sbadataggine o l'imprudenza sua di non rendere avvertito il comodatario dei vizî della cosa, lo costituiscono in colpa (2). Sarebbe strano che fosse altrimenti; gli è vero che anche il comodatario fu imprevidente, perchè non s'informò dal comodante se la cosa offertagli avesse vizî; ma a favor suo sta la presunzione, giustissima in lui, che il comodante non gli avrebbe data una cosa se non fosse stata immune da ogni vizio. L'indole stessa del contratto porta ciò. Trattandosi di un contratto non obbligatorio e di beneficenza, il comodante deve rifiutare la cosa sua, se la sappia affetta da vizî che possono produrre danni, od almeno far conoscere quei vizî al comodatario. Nè vale dire in contrario che *nulla utilitas commodantis interveniat;* giacchè la mancanza di utile in suo confronto non lo può autorizzare a far sì che il contratto riesca di danno a chi l'utilità dovrebbe ricavarne. E se egli non è autorizzato a far ciò, se anzi deve impedirlo, vuol dire che è tenuto ad avvertire di quei vizî il comodatario, e, non facendolo, è responsabile del danno per aver peccato di omissione.

Nemmeno si può opporre essere questa disposizione di legge in opposizione col principio che dice il comodante non essere tenuto ad alcuna garanzia del godimento, se questo non possa ottenersi, o perchè la cosa stessa sia inabile, o per molestia di terzi, od altro. Altra cosa, infatti, è che dalla cosa non possa il comodatario ritrarre l'utile che se ne riprometteva, altra che da questa cosa gli derivi danno alle cose sue. Nel primo caso, quindi, ben potrà il comodante non essere responsabile: dovrà invece pur sempre esserlo nel secondo.

Questo principio, d'altronde — che, come vedemmo, è riprodotto da quasi tutte le moderne legislazioni — era sancito anche nel diritto romano. Gaio, infatti, scriveva: *Item, qui, sciens, vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum, corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est* (3).

Perchè, però, possa il comodante essere tenuto al risarcimento dei danni causati dai vizî della cosa, è necessario che egli li conoscesse all'epoca in cui stipulò il comodato. Così statuiva espressamente il diritto romano; così concordemente statuiscono pure espressamente le legislazioni moderne. Nè su ciò può nascer dubbio. Se la responsabilità del comodante si basa o sul dolo, o sulla colpa di omissione, per non aver avvertito il comodatario dei vizî della cosa sua, è evidente che deve tale responsabilità venir meno in conseguenza della non conoscenza di tali vizî per parte del comodante, non essendosi, in tal caso, potuta verificare in lui colpa veruna. L'obbligo suo, infatti, è di render noti al comodatario i vizî della cosa che gli dà; ma se egli non li conosceva, non poteva avvertirlo; quindi egli ha contravvenuto sì la legge, ma senza saperlo, senza volerlo, e per conseguenza non è imputabile.

68. Al principio generale della responsabilità del comodante per i vizî o difetti della cosa comodata, si fa da qualche A. (4) eccezione per il caso che questi siano *apparenti.* Veramente la legge non fa alcuna eccezione, e parla solo di « difetti tali da recar danno a colui che se ne serve »; ma questa eccezione si argomenta, per analogia, dal fatto che nella vendita il venditore è obbligato per i vizî o difetti *occulti* della cosa, mentre è esonerato, con espressa disposizione di legge (art. 1499 codice civile), pei *vizî apparenti,* e *che il compratore avrebbe potuto da sè stesso conoscere.* Se così è stato dai legislatori disposto nella vendita, che è un contratto in cui l'utilità è da entrambe le parti, *a fortiori* deve ciò ritenersi nel comodato, in cui l'utilità è solo dalla parte del comodatario: sarebbe, infatti, ingiusto gravare il comodante d'una responsabilità maggiore di quella che grava sul venditore.

La proposta eccezione, del resto, si fonda sulla logica e sul buon senso. Se i vizî sono apparenti è a presumersi che il comodatario se ne sia accorto; se egli, ciò non ostante, ha accettata la cosa, deve imputare a sè stesso i danni che da questa gli derivino. L'apparenza dei vizî deve equipararsi negli effetti all'avvertimento che di essi faccia il comodante. « Il mutuante — dice infatti il Laurent (5) — non è responsabile quando avverte il mutuatario dei difetti dei quali la cosa è affetta; ora, i vizî apparenti sono un avvertimento, purchè, come abbiamo detto, il mutuatario se ne sia potuto convincere da sè; egli è avvertito, o almeno il comodante ha un giusto motivo per crederlo avvertito; non gli si può quindi rimproverare la mala fede, e egli non è responsabile che in ragione della sua mala fede ».

Il Ricci non è di questo parere, e propone invece una diversa eccezione. « A nostro modo di vedere, dice l'egregio A. (6), l'essere palese, oppur no, il vizio della cosa prestata non altera in alcun modo i rapporti delle parti contraenti, ma questi possono bensì essere modificati dalla scienza che il comodatario abbia avuto del vizio della cosa

(1) Conf.: art. 1786 progetto ministeriale; art. 1841 progetto senatoriale; art. 1763 codice napoletano; art. 1972 codice parmense; art. 1913 codice albertino; articolo 1954 codice estense. Eguale disposizione si trova pure nel codice civile francese, all'art. 1891, in quello spagnuolo, all'art. 1792, ed in quello portoghese, all'art. 1521, n° 2. Il codice civile austriaco, invece, tace in proposito.

(2) Anche indipendentemente da questa disposizione di legge, ci sembra che sulla responsabilità del comodante non potrebbe nascer dubbio, data la disposizione dell'art. 1151 cod. civ.

(3) Fr. 17, § 4, D. *commodati vel contra*, lib. XIII, tit. VI.

(4) Borsari, Op. cit., § 3973, pag. 123.

(5) Laurent, Op. cit., vol. XXVI, n. 483, pagg. 363 e seg. — Cfr., in questo senso, la sentenza della Corte di Limoges, 12 novembre 1859 (ivi, e Dalloz, 1860, 2, 51).

(6) Pothier, Op. cit., n. 85, pag. 63.

prestata, indipendentemente dalla qualità apparente, o non apparente del vizio stesso. Imperocchè, se il comodatario, allorchè prendeva la cosa a prestito, o allorchè se ne è servito, conosceva il vizio da cui era affetta, esso ha voluto servirsi di una cosa difettosa con piena cognizione di causa, e non può dolersi di non essere stato dal comodante avvertito di quel che già sapeva. Ma se il vizio, benchè palese, non sia saltato agli occhi del comodatario e non lo abbia il comodante avvertito, costui è in colpa, ove abbia taciuta la esistenza del vizio da lui conosciuta, e, stante l'ignoranza del vizio stesso da parte del comodatario, il danno da costui risentito non è conseguenza della sua volontà, bensì del silenzio colposo o doloso del comodante, quindi costui è tenuto a risarcirlo ».

Ma queste parole dell'egregio A., se ci persuadono della opportunità di fare un'altra eccezione al principio generale, per coloro che in qualunque modo fossero a conoscenza dei vizî, anche non apparenti, della cosa comodata, non valgono a smuoverci dall'opinione dianzi sostenuta. Non v'è nessuna ragione per porre il comodatario in condizione peggiore di quella del venditore, e tenerlo obbligato anche pei danni derivanti da vizî o difetti apparenti, e tali quindi che il comodatario, a meno di esser cieco, se ne sarebbe dovuto accorgere. Siccome per *apparenti* si devono ritenere soltanto quei vizî che si possono scoprire da sè e con l'esame il meno scrupoloso, è impossibile che il comodatario non si sia accorto di tali vizî, ed è logico supporre che abbia adoperata la cosa con piena cognizione di quelli.

Concludendo pertanto diremo che il comodante allora non sarà, a parer nostro e di molti altri più autorevoli A., tenuto pei danni cagionati dai vizî della cosa, quando questi fossero apparenti, e quando, in qualunque modo, fossero conosciuti dal comodatario.

69. Un'ultima obbligazione può poi avere il comodante verso il comodatario. Se questi, avendo perduta la cosa comodatagli, gliene abbia pagato il prezzo, e poi il comodante venga, in qualunque modo, in possesso della cosa stessa, egli ha l'obbligo di restituirgli o quella cosa o il prezzo che ne ha ricevuto (1). Così insegnava Labeone, la cui autorità è citata da Paolo: *rem commodatam perdidi, et pro ea pretium dedi; deinde res in potestate tua venit, Labeo ait contrario judicio, aut rem te mihi praestare debere, aut quod a me accepisti reddere* (2).

Non è equo, infatti, e non è giusto che il comodante, che ha ricevuto il prezzo della cosa, in tanto in quanto, questa essendo stata perduta, doveva essere risarcito del danno derivantegli dalla mancanza di essa, ricuperandone poi il possesso, trattenga la cosa ed il prezzo. È giusto che gli si accordi la scelta su ciò che ha da restituire, o prezzo, o cosa; ma è pur giusto che qualche cosa egli restituisca. Ed invero, avendo egli ricevuto il prezzo della cosa, dovrebbe questa considerarsi quasi come alienata al comodatario, e quindi non avrebbe il comodante alcun giusto motivo per ritenersi la cosa, pur non restituendo il prezzo. Senza contare che a ciò si oppone anche quel principio di equità che non vuole che alcuno si arricchisca a danno altrui.

Queste le obbligazioni del comodante a garanzia della esecuzione delle quali il comodatario ha, come già dicemmo, l'*actio commodati contraria*.

(1) Fr. 17, § 5, D., *commodati vel contra*, lib. XIII, tit. VI.

(2) Ricci, Op. cit., vol. IX, n. 197, pag. 347.

CAPO IV. — Dei modi coi quali finisce il comodato.

70. Diverse cause per cui il contratto di comodato ha fine.

70. Esaurita così la trattazione di tutta la materia relativa al contratto di comodato, crediamo opportuno riassumere le cause per le quali il comodato finisce.

Esso finisce:

a) per la scadenza del termine stabilito nel contratto;

b) per la fine del servizio a cui la cosa comodata era destinata;

c) per la morte del comodatario quando il contratto di comodato sia stato stipulato nell'interesse personale e nel riguardo esclusivo del comodatario.

Può poi il comodato finire prima della scadenza del termine per il verificarsi di un impreveduto ed urgente bisogno della cosa comodata nel comodante; e diciamo *può*, perchè in questo caso, come già vedemmo, spetta all'Autorità giudiziaria, secondo le diverse circostanze, ordinare, o meno, al comodatario la restituzione anticipata.

ORAZIO SECHI.

COMPAGNIA DI DISCIPLINA. — Vedi **Agenti della forza pubblica; Esercito.**

COMPAGNIA DI GESÙ. — Vedi **Case monastiche n. 64, 73, 78 e 80; Gesuiti.**

COMPARAZIONE (SCRITTURA DI). — Vedi **Scrittura (Verificazione di).**

COMPARIZIONE IN GIUDIZIO.

SOMMARIO.

§ 1. — Generalità.

1. Nozione dell'istituto. — 2. Necessità della comparizione personale per diritto romano. — 3. *Advocati* e *procuratores*. — 4. La comparizione dopo la caduta dell'impero romano. — 5. Ragioni dell'obbligo di un rappresentante. — 6. Comparizione in giudizio secondo il nostro codice.

1. Comparizione in giudizio è l'atto col quale le parti provocano l'intervento del magistrato ed iniziano il giudizio.

L'atto di citazione si compie senza l'intervento del giudice; con esso l'attore non fa che invitare avanti il magistrato la parte avversa perchè esponga le sue ragioni di difesa. È naturale quindi che anche l'attore debba comparire avanti il magistrato perchè questi possa, udite le ragioni dei contendenti, pronunciare il proprio giudizio.

Noi quindi dovremo parlare del modo con cui le parti debbono presentarsi al magistrato, e delle formalità che accompagnano tale atto.

Comparizione in giudizio non vuol dire che si debba pre-

sentare la parte in persona; molte volte invece la legge impone una comparizione *virtuale*. Abbiamo la comparizione personale in quelle cause in cui la parte si presenta essa stessa in persona o per mezzo di mandatario (pretori, giudici conciliatori). La comparizione invece è virtuale nelle cause che richiedono l'opera di procuratore, nelle quali la parte non si trova fisicamente presente al giudizio, ma vi assiste per mezzo di persona all'uopo autorizzata dalla legge. E la comparizione è ancora più virtuale nelle cause formali che nelle sommarie, giacchè, mentre in queste almeno il procuratore si trova fisicamente presente al giudizio, nelle cause formali invece neppur questo succede e la presenza del procuratore si manifesta unicamente per mezzo delle comparse.

2. E come tutto il giudizio si svolge secondo norme determinate, le quali sono intese allo scopo di salvaguardare l'interesse delle parti non meno che quello della giustizia, così anche la comparizione delle parti nel giudizio, che di questo è il primo atto, deve svolgersi secondo norme determinate, onde fin dai primi tempi si sentì dalle parti il bisogno di essere assistite da persone pratiche delle leggi, che sapessero far valere le loro ragioni.

A Roma lo studio del diritto era imposto a tutti, e Cicerone ci riferisce come ai tempi della sua fanciullezza i ragazzi imparassero a memoria le leggi delle XII Tavole *ut necessarium carmen* (1), ed appunto per facilitarne l'insegnamento esse furono scritte in versi. Questo per spiegare come nei primi tempi di Roma, sia per la semplicità delle norme giuridiche, sia ancora perchè tutti i cittadini le conoscevano, non era necessario l'intervento di persone che del diritto avessero speciale conoscenza.

E difatti le stesse forme procedurali tramandateci nelle XII Tavole ci fanno fede di ciò, giacchè la *in jus vocatio* conduceva appunto alla comparizione personale del convenuto, la quale era indispensabile perchè il giudice potesse emettere la propria sentenza. La necessità della comparizione personale del convenuto in giudizio non escludeva peraltro che esso potesse essere assistito da persone pratiche del diritto; anzi pei *patroni* era obbligo assistere i clienti in giudizio, giacchè in tal modo essi manifestavano e conservavano la loro influenza su questi.

3. Moltiplicati i rapporti di diritto e cresciute le difficoltà nell'applicazione delle leggi, specialmente per lo spirito conservatore romano, che costringeva a ricorrere ad una quantità di espedienti onde provvedere ai nuovi bisogni, sorsero ben presto giureconsulti, i quali, interpretando le leggi additavano ai litiganti i mezzi di difesa e costituivano una fonte importantissima pel diritto, giacchè i magistrati facevano applicazione dei principî da essi stabiliti, che il più delle volte erano il portato di una necessità universalmente sentita; ed appunto perchè i giureconsulti erano l'eco fedele della coscienza pubblica, bastava godere il favor popolare e sentirsi la forza sufficiente per redigere pareri per potere divenir tali. Fu solo Augusto che determinò le persone che dovevano rispondere in nome suo e restringendo il numero di questi giureconsulti ne accrebbe l'autorità.

L'ufficio di patronato non poteva bastare per le aumentate relazioni civili e politiche dello Stato, le quali diedero luogo al sorgere di veri *advocati* che facevano valere unicamente i diritti dei cittadini, e furono così appellati appunto perchè venivano chiamati *ad*, *vocati* nel giudizio.

Ma fino a tale epoca non abbiamo che persone, le quali non fanno che assistere i litiganti, senza rappresentarli, e questo non fu ammesso finchè durarono le *legis actiones* vigendo la regola *nemo alieno nomine agere potest*, giacchè occorreva che la parte si impegnasse personalmente per *ottenere il diritto* che veniva concesso alla *persona* del cittadino. Ragioni d'ordine generale determinarono alcune eccezioni, per le quali appunto in taluni casi poteva esercitarsi l'azione da un terzo a tutto suo rischio e pericolo. Tali erano le azioni *pro populo, pro libertate*, in cui chi le sosteneva prendeva il nome di *vindex* o *adsertor libertatis*. Altrettanto dobbiamo dire dell'*actio pro tutela* e dell'*actio furti*.

Introdotto il sistema *formulare*, pel quale occorrevano formole speciali e quindi cognizioni determinate, fu ammessa la rappresentanza, che venne affidata prima al *cognitor*, indi al *procurator*, mentre la parte giuridica rimaneva all'*advocatus* come al di d'oggi; senonchè in allora non occorreva un mandato espresso, anzi si concedeva di comparire anche per un assente, nel qual caso peraltro poteva il procuratore essere costretto a difenderlo contro chiunque volesse muovergli lite. Ed è quindi il *procurator* e non l'*advocatus* quello che rappresenta la persona del litigante: *Advocatus tantum in jure instruit, non gerit. Postulare proprie dicitur de advocatis, procurare vero de iis, qui alienam litem suscipiunt et administrant* (2).

La rappresentanza servì a rendere più semplici e più facili i giudizî e si manifestò sotto diverse forme, non esclusa quella di semplice assistenza di persone chiamate a difendere. Così vediamo sorgere, oltre il *procurator* e l'*advocatus*, il *cognitor*, il *defensor*, l'*orator*, i quali tutti avevano l'ufficio di rappresentare o difendere le parti in giudizio; e sebbene mai venisse proibito alle parti di far valere in persona i proprî diritti, pur tuttavia e per le aumentate difficoltà del diritto e per l'importanza acquistata dalle cose del fôro, praticamente le parti ricorsero a persone esperte dei giudizî.

Alla regola generale che ciascheduno potesse far valere in giudizio le proprie ragioni non mancarono le deroghe, e così gli imperatori cristiani vietarono alle persone insignite di alte cariche (vicari, prefetti del pretorio e della città, ecc.) di postulare da sè, e Giustiniano proibì agli ecclesiastici di rendersi rappresentanti delle parti in giudizio.

4. Il sistema probatorio che si fece strada dopo la caduta dell'impero romano trasse con sè la necessità che le parti comparissero in persona, salvo talune eccezioni, le quali, estendendosi nelle successive legislazioni, condussero alla conseguenza che la comparizione personale obbligatoria non fu che una eccezione.

Per le leggi dei Longobardi le vedove e gli orfani potevano far trattare le loro cause da un avvocato, dandone previo avvertimento al duca od al gastaldo, ed era pure ammesso che taluno potesse farsi rappresentare da un terzo nominato dal re o dal duca, qualora, o per incapacità, o per essere impedito, non avesse potuto comparire personalmente in giudizio.

Il sistema feudale aumentò tali eccezioni, facendosi offerta al signore di far valere i diritti del suo vassallo, mentre poi

(1) Cicerone, *De leg.*, II, 23

(2) Strykii *Opera*, vol. I, disp. XV, cap. I.

si concesse ai vescovi di scegliere un avvocato che rispondesse per loro anche nelle cause penali. E tali eccezioni si vennero sempre più aumentando, pur mantenendo fermo il principio della necessità della comparizione personale.

Le leggi dei Carolingi estesero la facoltà della rappresentanza ai poveri ed ai conti, mentre sotto gli Ottoni ottenere il permesso di sostituire a sè stesso un avvocato non fu più che un semplice favore.

Così il sistema della rappresentanza, cominciato con la semplice assistenza di persona pratica delle leggi, divenne generale, e si giunse al punto da ammettere i parenti entro certi gradi a comparire per le parti e persino gli estranei in luogo del convenuto, ad eccezione della Francia, dove vigeva la regola: *en France on ne plaide pas pour procureur.* Le legislazioni che si succedettero ebbero sempre a portare restrizioni alla facoltà di comparire personalmente, e così le donne maritate per le costituzioni sicule, i lavoratori delle miniere per la legislazione piemontese e le donne tutte pel diritto napoletano non poterono presentarsi in persona avanti i tribunali.

E tale incapacità andò sempre aumentando, finchè l'editto 26 luglio 1743 della legislazione piemontese prescrisse che non si potesse stare in giudizio se non col mezzo di procuratori.

La rivoluzione francese, la quale nell'affermazione dei suoi principî molte volte trascorse, volle abolire l'ordine degli avvocati e l'uffizio dei procuratori, ma nel riordinamento che seguì poco appresso venne di nuovo costituito l'ordine degli avvocati, rimanendo però libere le parti, per l'art. 94 della legge 27 ventoso anno VIII, di difendersi esse medesime verbalmente o per iscritto.

Il codice di procedura francese stabilì la necessità di comparire a mezzo di un *avoué*, accordando però in taluni casi e qualche volta anche esigendo la comparizione personale delle parti.

I codici di procedura civile che vennero appresso, seguirono in massima parte i principî del codice francese, e parimenti il codice nostro, il quale peraltro impose in certi casi la comparizione a mezzo di procuratore, lasciando generalmente libere le parti di valersi dell'opera dell'avvocato, fatta esclusione pel giudizio di cassazione.

5. Le ragioni, che indussero il legislatore ad imporre alle parti in certi casi di essere rappresentate da determinate persone, si debbono ricercare nel bisogno sentito dalle parti stesse di supplire alla loro deficiente conoscenza delle leggi coll'invocare l'aiuto di persona che ne sia pratica. E dal breve cenno storico premesso apparisce appunto come anche sotto quelle legislazioni che consentivano la comparizione personale delle parti, queste non facessero uso della facoltà loro concessa.

Un'altra ragione deve ritrovarsi nel voler conservare la magistratura fuori di tutte le passioni, per assicurare una retta amministrazione della giustizia che potrebbe essere turbata dalla presenza delle parti, le quali difficilmente saprebbero mantenere nella difesa delle loro ragioni quella calma e quella serenità che è indispensabile perchè i magistrati possano serenamente giudicare. Dovendosi poi affidare a terzi la rappresentanza delle parti era naturale che dovesse esigersi da questi conoscenza delle leggi e requisiti speciali onde mantenere fra i litiganti una certa uguaglianza.

6. Vediamo ora come sia regolata dal codice nostro la comparizione in giudizio delle parti. Se ne occupano gli articoli 156, 395 della procedura civile.

L'art. 156 dispone: « Davanti i tribunali civili e le Corti d'appello non si può stare in giudizio se non col ministero di procuratore legalmente esercente, salvo le eccezioni stabilite dalla legge. Davanti i tribunali di commercio le parti possono comparire personalmente o per mezzo di procuratore legalmente esercente presso il tribunale civile o la Corte d'appello, munito di mandato generale o speciale per ciascun giudizio. Davanti i pretori e i conciliatori le parti possono comparire personalmente o per mezzo di persona munita di mandato generale o speciale per ciascun giudizio ».

Tre diversi sistemi sono adottati in questo articolo, e cioè:

1° Comparizione obbligatoria a mezzo di procuratore (tribunali civili e Corti di appello);

2° Comparizione personale ovvero comparizione a mezzo di procuratore (tribunali di commercio);

3° Comparizione personale ovvero comparizione a mezzo di mandatario (pretori e conciliatori).

Vi sono altri casi in cui le parti possono comparire personalmente, contemplati in leggi speciali, e cioè in materia elettorale, di Camere di commercio e di giurati; ma di questi non dobbiamo occuparci.

§ 2. — Comparizione obbligatoria a mezzo di procuratore.

7. Se il procuratore possa rappresentare sè stesso. — 8. Necessità del mandato. — 9. Come deve essere il mandato. — 10. Validità del mandato in bianco. — 11. Mandato ai procuratori delle amministrazioni dello Stato. — 12. Del modo di comparizione.

7. Vedemmo le ragioni di siffatto obbligo per le parti, consistenti appunto in una guarentigia per coloro che non abbiano l'idoneità per stare in giudizio personalmente; e tale inidoneità la legge presume in tutti coloro che non sono procuratori.

Non esitiamo pertanto a ritenere che un procuratore possa rappresentare sè stesso, giacchè, se egli è in grado di difendere gli interessi di terzi, molto meglio potrà difendere i propri. Vero è che non si toglie l'inconveniente delle passioni che le parti sogliono portare nella difesa dei loro diritti, ma nessuna disposizione di legge proibisce ai procuratori la loro difesa, e del resto l'abitudine di trattare cause per altri fa sì che essi sappiano anche nelle loro avere quel contegno rispettoso per l'autorità pel quale scopo appunto la legge ha imposto alle parti il loro ministero. E non ci consta di alcuna decisione giurisprudenziale in contrario.

Il procuratore adunque è l'unico che possa comparire avanti i tribunali civili e le Corti d'appello in luogo e vece della parte, onde la presenza sua fa sì che debba ritenersi presente al giudizio la parte stessa.

8. Per potere rappresentare la parte avanti i tribunali civili e le Corti d'appello occorre essere *procuratore legalmente esercente;* e sono tali coloro che possiedono i requisiti stabiliti dalla legge 8 giugno 1874, n. 1938, per la quale i procuratori non possono esercitare il loro ministero che presso la Corte o il tribunale del luogo in cui essi risiedono e debbono essere iscritti nell'albo compilato a norma degli articoli 38 e segg. della citata legge. Di guisa che la parte non potrà considerarsi presente in giudizio non solo quando non sia procuratore il di lei rappresentante, ma sibbene ancora se questi, pur essendo procuratore, non

abbia gli altri requisiti della residenza e della iscrizione, mancando i quali il procuratore non è *legalmente esercente*.

Ma non basta essere procuratore legalmente esercente per potere comparire in luogo e vece della parte, ma occorre eziandio essere munito di regolare mandato. I codici moderni non richiedono di regola il mandato espresso pei procuratori e ritengono sufficiente il possesso degli atti nel procuratore, che si presenta in luogo e vece della parte; mentre tutti sono d'accordo nel richiedere un mandato espresso ai non procuratori.

Il codice nostro invece si agli uni che agli altri impone di essere munito di un mandato espresso; e il Pisanelli giustificò una tale richiesta dicendo che la legge ricorre a delle presunzioni solo quando manchi la possibilità di avere la certezza positiva, la quale nel caso speciale non è di soverchia gravezza ai litiganti; e il Vacca, nella sua Relazione al re, dà appunto conto del conflitto sollevatosi in seno alla Commissione, la quale peraltro finì coll'approvare la disposizione del progetto Pisanelli.

E questa pare a noi una felice innovazione, giacchè si è potuto non introdurre nel nostro codice quei giudizi di *disapprovazione (de désaveu)* accolti dal codice francese (art. 352 e seg.) e in generale da tutte le legislazioni che hanno accettato il principio del mandato presunto; giudizi resi indispensabili per tali legislazioni, occorrendo conoscere se il procuratore siasi contenuto entro i limiti a lui concessi dalle parti, e che per l'indole loro riescono difficili, incerti e lesivi della dignità dei procuratori.

9. L'art. 48 codice procedura civile ci dice come debba essere il mandato, e cioè in forma autentica o per iscritto privato con autenticazione delle firme, salvo che la legge determini altra forma.

. Essendo il mandato il mezzo col quale può il procuratore comparire per la parte, è evidente come la esistenza e regolarità dello stesso è condizione essenziale alla legittimità del contraddittorio e validità del giudizio, epperciò il giudice deve anche di ufficio rilevarne il difetto, giacchè le parti non potrebbero col loro silenzio rinunziarvi. Se il mandato è nullo, la parte non ha più alcun mandatario che lo rappresenti in giudizio, e devesi perciò considerare come contumace (1).

Si è fatta questione se possa tener luogo del mandato il decreto della Commissione del gratuito patrocinio con cui viene nominato alla parte un procuratore. Saredo (2) ritiene che sia sufficiente e che il deposito di esso nella cancelleria soddisfi il voto della legge; ed in tal senso ebbe a pronunciarsi la Corte di appello di Firenze con suo giudicato del 14 dicembre 1870 (3).

Ma dottrina e giurisprudenza possono ora dirsi concordi nel ritenere che anche al procuratore officioso occorre il mandato della parte.

E per vero non sappiamo vedere come nel decreto della Commissione del gratuito patrocinio possa riscontrarsi un mandato, o ritenere che esso possa farne le veci. La legge anzitutto esige un mandato e non ammette che alcun atto possa farne le veci; ora il mandato deve partire direttamente dalla parte cui spetta l'affare o da chi ne è il legittimo rappresentante, e tale non può considerarsi la commissione di fronte al beneficiato.

La Commissione procede alla designazione di un procuratore al povero, per essere certa che questi non rimanga senza difesa, ma non può rendersi sua tutrice per nominargli un procuratore; di guisa che il decreto della Commissione del gratuito patrocinio obbliga il procuratore a prestare l'opera sua al povero, ma non è prova della volontà di questi di essere da lui rappresentato, onde non è più ottemperato al voto della legge che impone al procuratore di essere munito del mandato, come prova della libera manifestazione della volontà della parte.

E a sostegno della tesi da noi propugnata sta la disposizione dell'articolo 27 della legge 6 dicembre 1865 sul gratuito patrocinio, il quale dispone che « nel caso in cui la parte ammessa al gratuito patrocinio si valga dell'opera di un avvocato o procuratore diverso da quello deputatogli dalla Commissione, la parte avversaria, gli avvocati o procuratori ufficiosi, il pubblico ministero, ecc., possono richiedere al presidente della Commissione da cui emanò il decreto di ammissione, la revoca del beneficio stesso ». Dal che si deduce che la parte beneficiata può non accettare il procuratore deputatole dalla Commissione e conferire ad altri il mandato di rappresentarla, senza che per questo gli atti posti in essere dal suo rappresentante siano affetti da nullità (4) e soltanto correndo il rischio di essere privata del beneficio ottenuto.

Questo non potrebbe dirsi qualora il decreto della Commissione tenesse luogo del mandato, giacchè l'unico rappresentante della parte dovrebbe essere il procuratore ufficioso, e soltanto per gli atti da lui posti in essere potrebbe valere il principio *factum procuratoris factum partis* (5).

Non escludiamo con questo che la parte possa nominare più procuratori, giacchè l'articolo 1749 del codice civile ammette che il mandante possa costituire più mandatari, e nessuna deroga è fatta in proposito dal codice di procedura civile (6).

Pare a noi soltanto che tutti rappresenteranno egualmente la parte e che per conseguenza la notifica degli atti possa limitarsi ad uno soltanto, giacchè essi debbono ritenersi solidali nella difesa del loro cliente allo scopo di non aggravare la condizione dell'avversario e di non porre imbarazzi al regolare svolgimento della procedura.

10. E poichè la regolarità del mandato è requisito indispensabile perchè la parte possa considerarsi presente

(1) Conf. Cassaz. Torino, 29 gennaio 1873, *Colombani* c. *Congregazione di carità di Forlì* (*Giurisprudenza*, Torino, 1873, 257); Corte d'appello Torino, 21 giugno 1880, *Novara* c. *Gobbini* (*Id.*, 1880, pag. 447), e 4 agosto 1880, *Duprè* c. *Antonelli* (*Legge*, 1881, II, 127); e si è pure pronunciata nel senso da noi riferito la Cassazione di Torino nel 9 febbraio 1888, *Zanesi* c. *Bruzzo* (*Annali*, XXII, pag. 94), la quale risolve altresì la questione della validità del mandato in calce alla citazione in cause commerciali avanti la Corte d'appello, e di cui ci occupiamo in appresso. Conf. pure Corte d'appello di Torino, 23 aprile 1892, *Paggi* c. *Paggi* (*Giurispr.*, Torino, 1892, 587).

(2) *Istit. di proc. civ.*, vol. I, n. 475, Firenze 1873.

(3) *Balatresi e Burbalini* c. *Eschini* (*Annali*, IV, 2, 273).

(4) Corte d'app. Bologna, 24 agosto 1888, *Franchini-Crassini* c. *Bordato* (*Annali*, XXII, 523).

(5) Conf. Cuzzeri, *Procedura civile*, art. 158, Verona 1875; Ricci, *Procedura civile*, n. 329, Firenze 1876-78; Mattirolo, *Diritto giudiziario civile*, II, n. 200, 3ª ediz.; Cassazione Firenze, 22 giugno 1871, *Eschini* c. *Balatresi* (*Annali*, vol. V, 207), e 24 novembre 1873, *Sardelli* c. *Giuntini* (*Annali*, VII, 1, 484).

(6) Conf. Corte d'app. di Modena, 26 giugno 1874, *Eredi Bonacini* c. *Ministero delle Finanze e della Guerra* (*Giurisp. It.*, XXVI, 2, 254).

nel giudizio, così vogliamo accennare come sia stata sollevata la questione sulla validità del mandato che porti il nome del procuratore in bianco.

Ricci ritiene che esso non sia valido, giacchè la legge, egli dice, non può avere voluto seminare l'incertezza ed il dubbio sui primi passi del giudizio, mentre non v'era alcuna necessità. E la Corte d'appello di Potenza nel 15 aprile 1867 ebbe appunto a pronunciarsi in tale senso (1).

Non ci pare accettabile siffatta opinione. Può benissimo la parte, conferendo ad un procuratore l'incarico di rappresentarla, non essere certa della di lui accettazione, e mentre ha urgenza di provvedere alla propria difesa si trova costretta a lasciare in bianco il nome del procuratore onde evitare di fare atto inutile, e sostituirlo con facilità in caso di rifiuto: nè ci pare che con questo la parte faccia atto nullo, perocchè non è vero che si porti sui primi passi del giudizio incertezza o dubbio. La legge ha richiesto il mandato espresso perchè siano ben definiti i limiti delle facoltà concesse ai procuratori, ed evitare così i giudizi di disapprovazione, che sono conseguenza necessaria del mandato presunto; ma questi limiti restano ben definiti nel mandato sebbene non porti l'indicazione del nome del procuratore, ed il possesso del medesimo per parte di questi deve supplire al silenzio serbato dalla parte. Nè si dica che vi ha incertezza sulla persona che ha inteso nominare il litigante, giacchè la fiducia riposta dal legislatore in chi riveste la qualità di procuratore per tutto il giudizio non può mancargli quando asserisce di essere stato prescelto da una parte a rappresentarla ed avvalora la sua affermazione colla esibizione del mandato.

11. Alla regola della necessità del mandato ai termini dell'articolo 48 codice di procedura civile la legge fa eccezione per i procuratori che rappresentano le amministrazioni dello Stato, pei quali basta un mandato conferito per lettera sottoscritta dal capo, nel circondario o nella provincia, dell'amministrazione interessata e munita del sigillo d'ufficio (2). Nè a questo si limitava una volta il privilegio concesso alle Amministrazioni dello Stato, le quali, per il regolamento 25 giugno 1865, potevano essere rappresentate dai propri funzionari senza bisogno del concorso o dell'assistenza di avvocati o procuratori.

Ma l'art. 7 del regolamento 10 gennaio 1876, n. 2914, sulle avvocature erariali, ha stabilito che le Amministrazioni non affidano la difesa delle loro cause se non ai regi avvocati erariali o ai loro delegati, eccetto una speciale autorizzazione concessa eccezionalmente, caso per caso, dal Ministero dal quale dipendono, e previa intelligenza col ministro delle finanze. Con ciò pertanto non è venuta meno del tutto la possibilità della rappresentanza diretta dei funzionari. È notevole al riguardo una circolare dell'avvocato generale erariale in data 25 febbraio 1876, la quale spiega e determina che, là dove non esiste ufficio di avvocatura erariale, il ricevitore del registro può, come delegato, rappresentare l'Amministrazione finanziaria dello Stato.

Gli avvocati erariali, e loro delegati, per rappresentare le Amministrazioni in giudizio, non hanno bisogno di mandato (art. 8 cit. regol.).

12. Il modo con cui il procuratore comparisce per la parte è differente a seconda che si tratti di procedimento sommario o formale.

Nel procedimento sommario la costituzione si fa presentandosi, dal procuratore alla parte avversaria in udienza, il mandato per originale o per copia, mentre invece nelle cause formali il mandato deve depositarsi nella cancelleria. Occorre in ambedue i casi l'atto di dichiarazione di residenza o di elezione o dichiarazione di domicilio fatta dalla parte, se siasi ommessa nell'atto di citazione, ed il deposito dei documenti di cui venne offerta comunicazione.

Nel procedimento formale la costituzione di procuratore varia a seconda che si tratti dell'attore ovvero del convenuto.

Il procuratore dell'attore deve soltanto fare il deposito del mandato e degli atti entro il termine assegnato per la comparizione riportando dal cancelliere il certificato di seguito deposito che viene fatto in calce all'atto di citazione e che il procuratore ritira presso di sè e conserva come prova del deposito stesso. Invece il procuratore del convenuto, eseguito il deposito del mandato e dell'atto di dichiarazione di domicilio, deve notificare al procuratore dell'attore la propria costituzione e il domicilio eletto dalla parte. Così dispone l'articolo 159 codice di procedura civile.

La ragione di siffatta differenza è manifesta, giacchè, mentre il convenuto conosce il nome del procuratore dell'attore e il domicilio eletto da questi, può facilmente il procuratore suo notificargli la propria costituzione; mentre il procuratore dell'attore dovrebbe notificare la propria costituzione alla parte in persona; e questo non ha voluto il legislatore ritenendolo atto affatto inutile e volendo che lo scambio delle comparse avvenga unicamente fra i procuratori e che le parti vi rimangano affatto estranee.

L'atto di citazione doveva necessariamente farsi alla parte perchè non si può conoscere il nome del procuratore che la rappresenterà in quella causa; ma, appena la legge ha trovato una manifestazione della parte dalla quale apparisca in lei l'intenzione di valersi dell'opera di un determinato procuratore, impone tosto alla parte avversa di notificare gli atti a lui e non più alla parte.

Di guisa che, se effettivamente l'attore non si valesse dell'opera del procuratore designato in citazione, pur tuttavia il procuratore del convenuto dovrebbe notificare la propria costituzione al procuratore indicato nell'atto libellare, non mai al rappresentante vero della parte.

La legge non prescrive che il deposito nelle cause formali debba farsi personalmente dal procuratore, epperciò nessun dubbio sulla validità della costituzione di procuratore mediante deposito fatto da un terzo. Il deposito del mandato deve stare a prova che il procuratore è il legittimo rappresentante della parte, epperciò la materialità del deposito non può avere alcuna importanza.

Comparso il procuratore, esso ha l'indirizzo della causa e la parte, per così dire, scompare, onde le notifiche che debbono eseguirsi durante il giudizio sono generalmente fatte a lui e non alla parte.

Vi sono tuttavia alcuni atti i quali o per la loro importanza, o perchè esclusivamente personali della parte, non possono compiersi dal procuratore, e per essi la legge esige o la presenza delle parti, ovvero un mandato speciale, di cui generalmente può tener luogo la sottoscrizione relativa all'atto. Tali sono i casi contemplati negli articoli 218, 221, 299, 301, 344, 807 del codice di procedura civile.

(1) *Albisinni* c. *Albisinni* (*Annali*, II, 2, 157).

(2) Regolamento 25 giugno 1865, n. 2361, art. 6.

§ 3. — Comparizione personale, ovvero comparizione a mezzo di un procuratore.

13. Comparizione nelle cause commerciali. — 14. Forma del mandato. — 15. Necessità del mandato ordinario nelle cause commerciali avanti le Corti.

13. Alla regola generale che avanti i tribunali occorre che la parte comparisca a mezzo di procuratore la legge fa eccezione per le cause commerciali.

Veramente l'art. 156, capov.°, codice di procedura civile parla di tribunali di commercio: ma noi abbiamo detto in generale *cause commerciali*, perchè la legge 25 giugno 1888 ha abolito i tribunali di commercio e devoluto ai tribunali civili gli affari di loro competenza con le norme prescritte nelle materie commerciali. Di guisa che, non essendo stata abolita la giurisdizione commerciale, ma deferita invece ai tribunali civili, si dovranno avanti i medesimi seguire le norme stabilite pei tribunali di commercio quando si tratta di cause commerciali. Ecco perchè noi diciamo che la disposizione dell'art. 156, capov.°, codice di procedura civile va applicata in tutti quei casi in cui si provoca dai tribunali civili la loro giurisdizione commerciale.

In questi casi, pertanto, l'articolo 156 succitato permette alle parti di comparire personalmente o per mezzo di procuratore legalmente esercente, munito di mandato generale o speciale per ciascun giudizio.

Le necessità del commercio richiedono una pronta soluzione delle vertenze che ad esse si riferiscono, e poco dispendio; spesse volte, del resto, la semplicità delle questioni è tale da non occorrere l'intervento di persone pratiche di diritto, tanto più che i commercianti per la loro posizione sono in grado di difendere le proprie ragioni, e se si tien conto del termine assai più breve per comparire stabilito per le cause commerciali è pienamente giustificata la facoltà della comparizione personale in tali cause. Che se la parte non si senta in grado o non possa comparire in persona, essa deve valersi dell'opera di un procuratore a differenza della legge d'oltr'alpe che permette la rappresentanza nelle cause commerciali a qualunque persona. E ben fece la legge nostra onde evitare che avanti i tribunali si presentino persone, che, ignare della legge e di condotta non retta, ne compromettano l'autorità e portino inciampo al regolare svolgimento del giudizio.

14. E sempre in relazione al più sollecito disbrigo delle cause commerciali, che ha portato all'abbreviazione dei termini per comparire, il legislatore all'articolo 395 codice di procedura civile ha stabilito una differente e più semplice forma di mandato, potendo questo essere scritto in fine dell'originale o della copia dell'atto di citazione.

Quale sarà la forma di questo mandato? Occorrerà l'autenticazione della firma?

C'è chi dice che devesi applicare anche in questo caso l'articolo 48 e che perciò la firma deve essere autenticata. E francamente stando al significato letterale della parola *mandato* e confrontando la disposizione dell'articolo 395 con quella dell'articolo 48 occorrerebbe arrivare a questa conclusione. Ma, pensando alle conseguenze che ne deriverebbero ed allo spirito della disposizione dell'articolo 395, dobbiamo venire alla conclusione affatto opposta, tanto più che l'articolo 48 lascia appunto adito a siffatta interpretazione ammettendo eccezioni alla regola generale in esso contenuta, colle parole « salvo che la legge determini altra forma ».

Le ragioni di speditezza del giudizio, dell'urgenza di comparire e della difficoltà in cui può trovarsi la parte di avere un notaio sul luogo che le presti l'opera sua determinarono il legislatore a permettere una forma di mandato più semplice. Ora, se si esige che la firma sia autenticata, non vi sarebbe alcuna differenza tra il mandato nelle cause civili e quello nelle cause commerciali, giacchè anche nelle prime può essere fatto per autenticazione di firma, e l'unico vantaggio consisterebbe nel risparmio di un foglio di carta, permettendo l'articolo 395 che il mandato sia scritto in fine dell'atto di citazione.

Ora, se effettivamente in ciò consistesse l'agevolezza accordata ai commercianti, noi dovremmo trovare siffatta disposizione nella legge di registro e bollo, non mai nel codice di procedura civile.

Mentre invece, ritenendo che non sia punto necessaria l'autenticazione della firma, si capisce l'importanza e l'utilità di siffatta disposizione e se ne giustifica la collocazione nel codice di procedura civile.

Nè si dica che viene meno quella garentia che il legislatore ha richiesto all'articolo 48, giacchè il fatto che la firma si trova apposta in fine dell'atto di citazione, che è in possesso del procuratore designato dalla parte a rappresentarlo e la fiducia che in questo ha riposto il legislatore non ci permettono di dubitare al riguardo. Ma per noi v'ha ancora di più. L'autenticazione della firma è richiesta perchè non possa elevarsi dubbio che il mandato parta direttamente dalla persona che vi figura firmata, quando la parte avversa molte volte non avrebbe gli estremi per giudicare della verità della firma. Ma allorquando invece si tratta di commercianti, la firma loro, oltre ad essere assai più conosciuta, e quindi tale che più facilmente può verificarsene l'autenticità, può essere controllata dalla parte avversaria, la quale potendo comparire personalmente in giudizio, difficilmente non si accorgerebbe della falsità della firma del suo avversario. Dobbiamo infine pensare che si tratta di cause commerciali, ed il legislatore quindi non poteva non tener conto della fiducia che è base ed anima del commercio, per introdurla nei giudizi a questo relativi come mezzo per ottenerne maggiore semplicità e più pronto esaurimento.

Onde riteniamo che la disposizione dell'articolo 395 del codice di procedura civile sia appunto una delle eccezioni contemplate dall'articolo 48 dello stesso codice e che perciò non occorra autenticazione di firma nei mandati stesi in fine dell'atto di citazione.

15. La facoltà di comparire personalmente è limitata ai tribunali di commercio, di guisa che avanti le Corti occorre sempre il ministero di procuratore.

Le cause che si portano in appello rivestono generalmente una certa gravità, epperciò se la legge presume nelle parti la competenza sufficiente per trattare le loro cause commerciali avanti i tribunali e lascia le stesse arbitre dell'opportunità o meno di valersi dell'opera di procuratore, una presunzione contraria stabilisce per le cause vertenti avanti le Corti d'appello.

Vogliono taluni trovare la ragione di ciò in un maggior rispetto dovuto all'autorità dei giudici d'appello; non troviamo nella legge parola che ci autorizzi a ritenere ciò, anzi dal complesso delle disposizioni che regolano la comparizione delle parti in giudizio risulta che tribunali e Corti sono tenuti nello stesso concetto dal legislatore, tanto è vero che le stesse persone (procuratori) che esercitano davanti i tribunali, possono rappresentare le parti anche avanti la Corte.

La ragione vera è quella da noi accennata, incapacità, cioè, presunta nelle parti di potersi difendere, ed intendimento nel legislatore che la parte ottenga l'approvazione di persona pratica delle leggi prima di avventurarsi in un giudizio d'appello.

E poichè avanti le Corti d'appello occorre il ministero di procuratore, pare a noi manifesto che non possa applicarsi la disposizione dell'art. 395 codice di procedura civile per quanto riflette la forma del mandato, giacchè la disposizione stessa è limitata alle cause commerciali, sia perchè si trova sotto il titolo che si occupa del procedimento formale davanti i tribunali di commercio, sia ancora perchè l'articolo stesso usa le parole « quando alcuna delle parti comparisca per mezzo di procuratore... », ammettendo con esse la possibilità che la parte comparisca personalmente, il che, come abbiamo visto, è assolutamente vietato avanti le Corti. Ciò non ostante si è sostenuto la tesi contraria, e la Corte d'appello di Catanzaro nel 13 aprile 1871 (1) ne fece applicazione in causa *Toraldo* c. *Romeo*, dicendo che le medesime ragioni di speditezza e di agevolezza pei commercianti militano tanto per le cause avanti i tribunali, come avanti le Corti, e per conseguenza, onde vietare tal forma di mandato avanti di queste, non basta che non ne sia fatta menzione nelle disposizioni che regolano il procedimento davanti le medesime, ma sarebbe stato indispensabile il dichiararlo espressamente; nel silenzio deve prevalere il principio: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.*

Senonchè la sentenza si basa sopra un falso apprezzamento delle ragioni di urgenza che effettivamente non esistono nelle cause avanti le Corti d'appello; innanzi tutto perchè non si seguono le forme spedite assegnate dalla legge soltanto per le cause commerciali avanti i tribunali; in secondo luogo la necessità di comparire a mezzo di procuratore non può lasciare titubante la parte sulla opportunità o meno di valersi dell'opera sua; e quindi ha il tempo più che necessario per fare il mandato occorrente, tempo che effettivamente può mancargli per le cause avanti i tribunali, sia per la maggiore brevità dei termini assegnati per la comparizione, sia ancora perchè la necessità di comparire per mezzo di procuratore può sorgere pochi momenti prima dello spirare del termine assegnato alla parte, specialmente se questa calcolava di comparire in persona.

In questo caso la necessità di provvedere risulta manifesta; nei giudizi avanti la Corte la ragione non si saprebbe rinvenirla. Del resto, la disposizione dell'articolo 395 è una deroga al principio generale della necessità del mandato, e come tale non può estendersi a casi in essa non contemplati.

Il mandato pertanto al procuratore avanti le Corti d'appello in cause commerciali deve essere redatto a termini dell'art. 48 del codice di procedura civile, e si dovrebbe ritenere contumace la parte il di cui procuratore fosse munito di un mandato redatto secondo l'art. 395 dello stesso codice, e non autenticato, s'intende, nelle firme.

§ 4. — Comparizione personale ovvero comparizione a mezzo di mandatario.

16. Comparizione personale delle parti. — **17.** Inconvenienti derivanti dal permettere a chiunque di rappresentare le parti. — **18.** Che cosa debba intendersi per mandato generale. — **19.** Rappresentanza delle parti avanti le Corti di cassazione.

16. Resta ora a vedersi come sia regolata la comparizione delle parti avanti i pretori e i conciliatori; dobbiamo, cioè, occuparci dell'ultima parte dell'articolo 156 codice di procedura civile.

Per l'accennata disposizione è concesso alle parti di comparire personalmente o per mezzo di persona munita di mandato generale o speciale per ciascun giudizio senza esigere nel rappresentante alcun requisito, ad eccezione di quello di potere assumere un mandato. Il legislatore con questa disposizione è ritornato ai principî generali, lasciando la massima libertà alle parti di provvedere esse nel modo che reputano più conveniente alla difesa dei loro diritti. E un tale sistema è certo quello che, in astratto, è più conforme a libertà, ma nella sua attuazione incontra inconvenienti così gravi da non potere essere accettato, almeno senza qualche limitazione.

La parte adunque avanti i pretori e i conciliatori può comparire personalmente giacchè la poca importanza delle cause che vi si svolgono, la maggiore semplicità della procedura e la necessità di evitare spese consigliano a ciò.

17. Non comparendo personalmente, la parte può essere rappresentata da qualunque persona possa assumere un mandato. Siffatta concessione non possiamo in guisa alcuna approvare. Sta bene che pei giudizi avanti le preture e gli uffizi di conciliazione non si richieda l'opera di un procuratore, giacchè difficilmente si potrebbe ottenere un lavoro sufficiente da permettere nei piccoli centri ad un procuratore di ricavare un conveniente compenso; ma si potrebbe però limitare a determinate persone la facoltà di rappresentare la parte, onde non lasciare ad intriganti e mestieranti qualsiansi libero l'accesso alle preture e agli uffici di conciliazione dove portano coi loro cavilli grave imbarazzo al retto funzionamento della giustizia, e mirando più che all'interesse delle parti al proprio tornaconto rendono frustranea l'opera di conciliazione che il giudice è obbligato a compiere prima di dar corso al giudizio. Comparisca la parte in persona, e sta bene! Essa saprà tutelare i suoi interessi; ma non si permetta che essa si faccia rappresentare da persone inette e molte volte di condotta dubbia o riprovevole. Questo reclamiamo nell'interesse delle parti e della giustizia.

E la necessità di un provvedimento fu riconosciuta dallo stesso guardasigilli Mancini, il quale nel 1877 proponendo alcune riforme al procedimento sommario non dimenticò la difesa delle parti nei giudizi avanti i pretori e i conciliatori.

Le vicende della politica non permisero al proponente di condurre in porto il suo progetto, e la Commissione incaricata lo modificò, l'ampliò in guisa che si trattava ormai di riformare ancora il procedimento formale; e non si ottenne alcun risultato. Certo che, se si otteneva l'approvazione di quel progetto, i giudizi avanti i pretori e i conciliatori sarebbero rimasti meglio disciplinati. L'ultimo capoverso dell'art. 156 cod. proc. civ. sarebbe stato così modificato: « Davanti i pretori e i conciliatori le parti possono comparire personalmente o per mezzo di avvocato, procuratore o notaro, ovvero farsi rappresentare da persone che per la loro moralità e capacità siano state ammesse a postulare presso la pretura dal presidente del tribunale civile, inteso il pre-

(1) *Annali*, VI, 2, 62.

tore. L'elenco di tali postulanti rimarrà affisso nella sala di udienza della pretura. Le parti inoltre potranno comparire davanti i pretori per mezzo di un ascendente, di un discendente, del fratello, del marito, del cognato e dello zio; e davanti i conciliatori anche per mezzo di persona estranea. In ogni caso il rappresentante dovrà essere munito di mandato ».

Siffatto progetto certamente rendeva migliore la condizione dei giudizi avanti i pretori. Ed una riforma in questo senso noi invochiamo; non già perchè si pretenda di dare ai procuratori o agli avvocati il monopolio della difesa delle parti anche in questi giudizi, ma perchè essa è reclamata dall'interesse delle parti stesse e della giustizia. E chi conosce che cosa sia la magna turba delle *rabulae,* che volgarmente e con vocabolo molto incisivo e caratteristico vengono detti *cavalocchi* o *mozzorecchi,* i mezzi che adoperano e la condotta che tengono nella contrattazione degli affari avanti i pretori e i conciliatori non potrà darci torto se invochiamo un provvedimento.

18. I pretori, come è noto, sono investiti tanto della giurisdizione civile, quanto della commerciale. Ora, per quanto riguarda la forma del mandato al rappresentante della parte dovremo tener conto della natura della causa, giacchè l'articolo 447 rimette alle disposizioni del capo I del tit. 2° per quanto riflette le cause civili, e al cap. III dello stesso titolo trattandosi di cause commerciali, sotto il quale appunto trovasi l'art. 395.

Ne deduciamo pertanto che anche nelle cause commerciali vertenti innanzi le preture il mandato potrà essere scritto in fine dell'originale o della copia dell'atto di citazione, valendo per esso quelle osservazioni che abbiamo fatto parlando dei tribunali di commercio.

Nelle cause civili invece occorre un mandato generale per ciascun giudizio.

L'avvocato Baccarani nel giornale *La Legge* (1866, 1, 484), sostenne che il mandato generale non può essere che quello *ad negotia* di cui parla l'art. 1740 del cod. civ., di guisa che non potrebbe rappresentare la parte chi si trova munito di un mandato per tutte le liti.

Evidentemente non può accettarsi siffatta teoria, la quale è in urto colla parola dell'art. 156 e coll'intenzione palese del legislatore. Innanzi tutto l'art. 156, ult. capov., contrappone *mandato generale* a *speciale per ciascun giudizio;* onde è manifesto che esso si riferisce al mandato a lite, che può essere *generale* o *speciale,* a seconda che sia data facoltà al mandatario di rappresentare il mandante in uno o in tutti i giudizi. In secondo luogo poi sarebbe strano che dovesse avere maggior valore un mandato speciale per un determinato giudizio di uno generale che tutti li comprenda.

E dando siffatta interpretazione all'ultimo capov. dell'articolo 156 neghiamo che un mandatario generale *ad negotia* possa rappresentare il mandante in giudizio, giacchè, trattandosi di atto che eccede la semplice amministrazione esorbiterebbe dai limiti di un mandato generale *ad negotia,* concepito, s'intende, in termini generali.

19. E così abbiamo veduto come debbano comparire le parti nei diversi giudizi: conciliatori, pretori, tribunali civili e di commercio e Corti d'appello.

Rimarrebbe ora a dirsi della rappresentanza delle parti avanti le Corti di cassazione.

Per questa ci limiteremo ad accennare che essa è affidata all'avvocato, perchè, trattandosi di questioni esclusivamente di diritto, secondo il concetto della legge 8 giugno 1874, la trattazione delle stesse deve spettare all'avvocato e non al procuratore, a cui è affidata la rappresentanza del litigante e la parte procedurale negli altri giudizi, nei quali pure la trattazione della questione dovrebbe spettare all'avvocato.

Non ci sembra opportuna la distinzione tra avvocati e procuratori, che genera maggiore dispendio alle parti e conduce alla conseguenza che o il procuratore eseguisce fedelmente gli ordini dell'avvocato, e allora meglio sarebbe che questi direttamente li compiesse; o viceversa il procuratore dà alla causa l'indirizzo che crede, e allora l'opera dell'avvocato riesce affatto inutile.

La legge, è vero, ha rimediato in parte agli inconvenienti derivanti da siffatto dualismo col permettere l'esercizio cumulativo delle due professioni, ma non è possibile ovviare a tutti se non unificandole completamente.

Le diverse questioni riguardanti il giudizio di Cassazione, sia per quanto concerne la forma del mandato, sia pei requisiti che deve avere il rappresentante della parte, sono state ampliamente svolte alla voce **Cassazione**, alla quale rimandiamo il lettore.

Giuseppe Gambigliani-Zoccoli.

COMPARIZIONE (MANDATO DI). — Vedi **Mandato di cattura e di comparizione.**

COMPARSA.

Sommario.

Capo I. Comparse in genere (n. 1 a 11).
» II. Comparse fondate su documenti (n. 12 a 25).
» III. Legislazione comparata (n. 26 a 33).

Capo I. — Comparse in genere.

1. Cenni storici dell'istituto. — 2. Principî generali che informano il nostro sistema. — 3. Natura ed esteriorità formali dell'atto di comparsa. — 4. Notifica; legislazione. — 5. Esclusione dell'intervento del magistrato. — 6. *Quid* della tardiva notifica della comparsa per colpa dell'usciere? — 7. Risposte, repliche e controrepliche. — 8. Accenno alla legislazione precedente. — 9. Questione. — 10. Abbreviazione di termini. — 11. Libertà nelle parti di modificare e svolgere le loro istanze.

1. Risalendo ai più antichi tempi, vediamo come il metodo usato nella istruzione dei giudizi sia precipuamente l'orale.

Caratteri peculiari della istruzione civile nelle epoche più remote sono, infatti, quelli della oralità, del contraddittorio, e della pubblicità del processo.

Si vuole qui meglio accennare, come di leggieri si intende, alla storia della legislazione procedurale dei primi tempi di Roma, come quella che segna davvero il punto di partenza di una organizzazione legislativa informata a principî giuridici veramente sistematici.

Le difese civili dovettero essere, in quei remoti tempi, essenzialmente, anzi necessariamente orali.

Difficile la scrittura, rara nel maggior numero dei cittadini la cognizione delle lettere, restava così limitata la possibilità nelle parti di estrinsecare per iscritto le rispettive ragioni; mentre era opinione dei saggi doversi ricercare il retto funzionamento del processo nell'assoluto dogma della pubblicità dei dibattiti, intesa questa, d'altronde, nel più largo e positivo suo significato.

A Roma, e specialmente all'epoca dei re, i dibattiti giudiziari si svolgevano, al cospetto del popolo tutto, nel così detto *fôrum romanum*, o piazza del Mercato, ove Tarquinio Prisco diede sede dignitosa ai tribunali di quel tempo con le costruzioni celebri nella storia coi nomi di Basilica e di *Fôrum medium*.

Le parti, l'una in presenza dell'altra dibattono, senza la assistenza di terzo, per le rispettive ragioni.

Quando in proceder di tempo sarà possibile *piatire per procuratores,* allora si sarà fatto un passo gigantesco verso l'attuazione della forma scritta.

Intanto, nel tempo di cui si parla, e neppure in tempi posteriori non era dato nei giudizî civili il diritto di rappresentanza.

Cum olim quamdiu legislationes in usu fuissent, alterius nomine agere non liceret, dice Gaio (1); ed Ulpiano: *nemo alieno nomine agere potest* (2).

Si faceva solo eccezione a questa regola, secondo la legge Ostilia, in casi determinati, e in favore del popolo, quando cioè si trattasse di azioni *pro populo, pro libertate, pro tutela, pro peregrino, pro captivis et absentibus* (3).

Ma, quando il sistema delle azioni cedette al formale, fu permessa l'assistenza del procuratore: *et quia non minimum incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, coeperunt homines per procuratores litigare, nam et morbus, et aetas, et necessaria peregrinatio, itemque aliae multae causae, saepe hominibus impedimento sunt, quominus rem suam ipsi exsequi possunt,* dicono i testi romani (4).

Stabilita così, per via di grado, la possibilità della comparsa in giudizio di un terzo intermediario, quale rappresentante della parte; fatta di tale rappresentanza una speciale professione per un certo ordine di persone, estesa in fine in dominio di curiali la conoscenza della scrittura, doveva, è chiaro, prepararsi il sistema della istruzione scritta.

Intanto richiedevasi come necessità assoluta il sistema scritto, e per l'aumentarsi continuo delle controversie, e perchè riconoscevasi l'inanità degli sforzi ad addivenire a soluzioni decisive fra le lungaggini delle garrule quanto vuote difese orali; si avvertiva infine la impossibilità, nelle cause più gravi e complicate, di istruire, col mezzo dell'oralità, convenevolmente il giudizio, e salvaguardare così, come di ragione, la piena difesa dei diritti rispettivi delle parti.

E l'istruzione scritta comincia veramente ad apparire nel terzo periodo della storia del processo romano, vogliam dire al tempo dei giudizî straordinarî.

Stabilita da Diocleziano, come regola generale, questa eccezionale forma di istruzione dei giudizî, furono abolite indi le formule con una legge di Costantino; alle antiche citazioni fu sostituito il *libellus,* e gli atti scritti occuparono maggior parte nello sviluppo processuale delle controversie, sebbene, però, la discussione orale non cessasse ancora del tutto.

Caduto ai piedi del barbaro, con la rovina stessa dell'Impero, l'organamento civile tutto dello Stato romano, si tornò addietro, per naturale fatalità storica, e il processo civile barbarico colle strane forme delle prove e del duello, assunse pure per eccellenza il carattere della oralità.

Fra i meriti incontestabili di cui vantasi la procedura canonica, procedura che ebbe a dare tanto e così prestante impulso al progresso delle discipline giuridiche, e che esercitò così robusta e vitale influenza sulle legislazioni le più recenti, va annoverata l'adozione esplicita, per parte dei canonisti, della forma scritta del processo civile.

Innocenzo III, nel Concilio lateranense del 1216, fece, con ardita decisione, dichiarare la necessità del processo scritto nei giudizî ecclesiastici.

Per tale innovazione, col metodo del processo scritto, si determinava doversi registrare le citazioni, eccezioni, proposizioni e *risposte* delle parti, nonchè le loro confessioni e conclusioni, le *produzioni di scritture,* le deposizioni dei testimoni, ed ogni altro incombente, con la specificazione del tempo e del luogo, tutto ciò per mano di un pubblico ufficiale o notaio assistito dal giudice, o, in difetto, da due individui idonei.

L'importanza di questa garanzia, a fedele e durevole documento di verità, fece del processo canonico il modello della procedura formale, ormai adottata da tutti gli Stati civili.

La comparsa ritrova pertanto la sua origine diretta nella procedura canonica, che, col suo impero, avviò il processo alla nuova forma.

È così che nei tempi di mezzo prevalse il sistema della procedura scritta, la quale consiste in una serie di scritture, che le parti o i loro rappresentanti rispettivamente si comunicano; scritture che contengono le difese e le ragioni di diritto che militano singolarmente in favore dei contendenti, il cenno alla esibizione dei documenti e alla proposta delle prove per avventura più opportune ed adatte a fondamentare l'assunto giudiziale.

Accenniamo, in appresso, che in alcune provincie d'Italia la procedura scritta è stata in uso sino al cadere del secolo passato; le parti, o i procuratori venivano in giorni determinati a deporre le loro deduzioni nel processo, che veniva compilato da apposito notaio, chiamato con vocabolo tipicamente indicativo l'*attuario, actuarius;* e si formava così la sentenza senza aver veduta la faccia del giudice, per usare la frase del Mancini.

Il sistema scritto è il sistema dello Stato romano prima dell'annessione, e, in ogni tempo, il sistema dei grandi tribunali di Roma.

Avanti la Sacra Rota le cause non si discutono verbalmente e le difese, anzi, debbono essere stampate: è questo l'esempio più completo della istruzione scritta, forma procedurale che doveva pure osservarsi dinanzi al supremo tribunale della Segnatura, il quale esigeva assolutamente il metodo scritto e la solennità delle stampe.

La insana, quanto inconsulta deliberazione, presa nel 3 brumajo dalla Convenzione francese: *non vi saranno più procedure giudiziali, procuratori e spese di lite,* segna un fugace arresto nello svolgimento storico dell'istituto e della procedura in genere.

Si credette allora ingenuamente, nello scapigliato delirio dei nuovi tempi, di poter infrangere d'un colpo tutto quanto in bene o in male (e maggiore era il male) rappresentasse il passato.

Crebbe invece in Francia, in poco volgere di tempo, il di-

(1) Gaius, *Comm.*, 4ª, § 82.

(2) Ulpianus L. 123. *de reg. iuris.* V. Instit. *de iis per quos agere possumus,* lib. 4, tit. 10.

(3) Gaius, *Comm.*, tit. 3°, § 82, *Institutiones,* luogo citato.

(4) Instit., lib. 4, tit. 10, *de iis per quos agere possumus;* Ulpianus, lib. 1, § 2, framm. *De proc.* — Vedi anche Dalloz, *Répertoire*, voc. *Défense*, chapitre 2, n. 166.

sordine a tal segno che si dovette provvisoriamente rimettere in vigore l'ordinanza del 1667, la quale, con tutto il corteggio dei numerosi regolamenti posteriori a quell'epoca, governò il processo civile sino alla promulgazione del codice del 1806 (1).

Il carattere delle moderne legislazioni processuali in materia civile ha assunto un aspetto, diremo, conciliativo fra i due sistemi principali che in ordine storico le precedono; a fondere, cioè, i vantaggi dell'uno e dell'altro sistema e ad evitarne gli insiti e peculiari inconvenienti si ricorse alla forma mista, orale, in parte, e scritta.

Coll'attuazione, intanto, della forma scritta, abbia essa maggiore o minore sfera d'azione, a seconda delle legislazioni speciali, sorge l'istituto della comparsa, la quale ha assunto varie denominazioni, varie forme e disparate limitazioni, sia per quel che riguarda la forma sua ed il funzionamento, come per quel che riguarda la misura concessa alle parti nell'uso di quest'atto.

Défense, pei francesi, *scrittura*, *cedola*, *difesa*, ecc., pei codici italiani precedenti alla vigente legge procedurale, l'atto di comparsa è il mezzo comunicativo fra le parti nella esposizione delle loro ragioni di difesa, allo scopo di istruire il giudizio; è il materiale fornito al giudice per la cognizione della controversia e per la formazione del supremo volere della legge in confronto delle private contese.

2. Il nostro codice, a differenza di altre legislazioni, ha tenuto nel procedimento ordinario assolutamente e recisamente separate le due istruzioni, la scritta, cioè, e la orale.

Rimasta perciò ferma l'iscrizione a ruolo, definitivamente risulta espletata la istruttoria della causa.

All'udienza non viene assegnato alle parti che il còmpito di discutere e svolgere, con le occorrenti ragioni di diritto, il materiale radunato nella procedura scritta; procedura, della quale le parti stesse possono usare con largo arbitrio, e sino a che la convenienza e l'interesse della loro difesa lo richieggano.

Per tale e così ampia concessione del patrio legislatore, i contendenti possono provvedere alla reciproca e speciale lor contingenza con tutti quei mezzi che meglio a loro tornano opportuni, senza assoluta o perentoria limitazione dei medesimi, quando sieno idonei allo scopo, e senza limitazione di numero negli atti di loro difesa.

Il criterio predominante, che informò la nostra legislazione, fu insomma questo: che, cioè, il miglior giudice e moderatore in materia sia l'interesse delle parti; che esse sole siano arbitre decisive della misura e del numero degli atti, che debbono istruire la causa, e chiarire al giudice la cognizione del dibattito.

L'opposto concetto della limitazione delle difese ha invece largo campo in altri codici, tantochè l'influenza di un tal sistema si fece sentire anche al momento della compilazione della nostra legge.

Infatti, in seno alla Commissione legislativa del cod. di proc. civ., venne da alcuno fatta la proposta di limitare il numero degli atti, ossia delle comparse, nell'istruzione della causa, ma, in seguito ad alcune osservazioni, tale proposta fu ritirata (2).

È chiaro, d'altronde, il vantaggio che dal duplice ordine dei principî adottati dal nostro legislatore ridonda alle parti.

Conoscenza, sino al momento supremo dello svolgersi della controversia, dei reciproci mezzi di difesa, per quel che riguarda la rispettiva posizione delle parti in giudizio; possibilità, nel giudice, di apprezzare seriamente e con maturo esame il valore delle istanze, delle difese e delle domande sottopostegli.

Quanto al sistema liberale del non limitato scambio di difese, sistema, che al confronto della legislazione comparata potrebbe sembrare quasi una folle prodigalità del nostro legislatore, dobbiamo osservare che esso ha invece insite naturalmente quelle giuste remore che ne costituiscono appunto la sua logica ragionevolezza.

Così non possono le parti condurre all'infinito gli atti della loro procedura scritta, quando è data sempre facoltà all'uno dei litiganti che intenda chiuderla, di spedire al ruolo la causa, o di mantenere ferma tale iscrizione col non rispondere all'ultimo atto scritto dall'avversario.

Altro correttivo ad una esuberante quanto inutile istruttoria, per avventura determinata anche da ragioni venali nel procuratore, è stabilito dalla disposizione dell'art. 376 del codice di procedura civile, pel quale è facoltà del magistrato, nella liquidazione delle spese a carico del soccombente, negare quelle che riflettono atti che si riconoscan superflui (3).

Altro punto fondamentale del nostro sistema si è la esclusione dell'intervento del magistrato nella comunicazione istruttiva fra le parti, e tale argomento toccheremo più oltre.

3. L'istruttoria scritta ha principio dal momento in cui avvenne la comparizione, da quel momento, cioè, che tanto il procuratore dell'attore, quanto quello del convenuto furono regolarmente costituiti, compiuti che ebbero essi i depositi dei documenti in cancelleria, come di legge.

L'istruzione ha lo scopo di formare pel giudice una conoscenza esatta della controversia e di preparare a questo gli elementi per la sua decisione. *Omnia, quaecumque causae cognitionem desiderant per libellum expediri non possunt* (4).

Entriamo adesso in una seconda fase, nella quale va a cominciare la lotta, il duello di istanze, risposte e repliche, che si svolgerà fra le parti, al di fuori della ingerenza dell'autorità giudiziaria. L'articolo 149 del codice Albertino disponeva che qualunque istanza, risposta od altro atto relativo alla istruzione della causa fra le parti, semprechè la legge non avesse prescritto una forma diversa, si facesse per cedola. Questa doveva essere datata e sottoscritta dal procuratore e contenere inoltre il nome dell'altro procuratore cui doveva venire rimessa.

Il vigente codice di procedura civile ha seguito le norme del codice Albertino, anche per quanto riguarda queste disposizioni.

Qualunque istanza, risposta od altro atto relativo all'istruzione della causa si fa per comparsa, salvo che dalla legge non sia prescritta forma materiale diversa (5).

Sotto nome di istanza si comprende qualsiasi domanda che venga fatta al giudice. Così il Mattirolo (6). Però è qui da notare che la istanza di cui si fa ora parola non ha a che vedere colla domanda di cui al precedente articolo 37.

(1) Mancini, Pisanelli e Scialoja, *Comm. al codice Sardo*, vol. 2°, lib. 2°, p. 25; Torino 1855.

(2) Verbale n. 18 della seduta 12 maggio 1865, pag. 195.

(3) Relazione Pisanelli, pag. 85 e seg. Verbale n. 7 della Comm. legislat. (seduta 23 aprile), e Relazione Vacca, pag. 18.

(4) L. 71, ff. *de reg. iur.*

(5) Art. 162 cod. di proc. civ.

(6) Mattirolo, *Diritto giudiz. civ.*, vol. 3°, pag. 225, n. 267, nota 2; Torino, 1882-83.

In questo articolo il legislatore contempla il caso della vera spiegazione dell'azione in giudizio, vale a dire allude ivi all'atto di citazione.

Occorre ancora distinguere la parola *comparsa* da *comparizione, presentazione delle parti in giudizio;* l'appellativo di comparsa venne tratto dai codici piemontesi, e serve a significare ciò che meglio era detto *scrittura, difesa, cedola, memoria,* e simili.

La comparsa deve contenere in principio la designazione dell'Autorità giudiziaria davanti la quale andrà a svolgersi la causa, esprimerne la natura civile o commerciale, formale o sommaria. Deve inoltre portare la indicazione delle parti nei loro nomi e cognomi, e essere sottoscritta dal procuratore che la presenta (1).

Può essere per giunta anche sottoscritta dalla parte, e ciò è possibile nella ipotesi che questa voglia conferire al procuratore un mandato speciale per certi atti in corso di lite, come per ricusare un magistrato (2), per deferire un giuramento (3), per proporre la querela di falso (4).

4. La comparsa viene notificata da un usciere per copia fatta e sottoscritta dal procuratore. Ciò collima col principio che all'uffiziale pubblico che fa un atto si appartiene pure spedirne le copie (5).

La notificazione si fa mediante consegna della copia nell'ufficio del procuratore della parte avversa.

L'usciere certifica la notificazione e la data di essa in fine dell'originale e della copia.

La notificazione significa copia intera della comparsa. Si fa nell'*uffizio* del procuratore dell'altra parte, non *alla persona;* il che è conseguenza, come osservano anche il Borsari ed il Gargiulo, del predisposto generale del capoverso ultimo dell'articolo 161.

Pel codice napoletano (6), nelle intimazioni o da parte a parte, o da patrocinatore a patrocinatore, le copie che si lasciavano all'intimato dovevano essere dagli uscieri firmate, e dovevano i medesimi far menzione sull'originale di aver lasciata copia collazionata e firmata; il tutto sotto pena di falso e dei danni ed interessi.

La omissione di essersi lasciata all'intimato la detta copia produceva la nullità dell'atto.

Pel codice Albertino la notificazione della cedola era fatta da un usciere del tribunale mediante rilascio nell'ufficio del procuratore avversario di una copia della stessa cedola spedita dal procuratore. L'usciere doveva far risultare dell'eseguita notificazione per mezzo di un semplice certificato da lui sottoscritto, appiè tanto dell'originale che della copia (7).

5. Col metodo adottato dal nostro codice sono le parti, adunque, poste in diretta comunicazione fra di loro stesse, pel tramite dell'usciere.

Nel procedimento formale fu in tal modo esclusa la ingerenza e l'intervento del magistrato, negli atti di istruzione scritta, che sono destinati soltanto a proporre le ragioni e le difese rispettive delle parti.

Questa savia disposizione è conforme a quella adottata per le citazioni.

Alcune legislazioni, invece, nello intendimento di assicurare un più corretto adempimento delle funzioni dell'usciere, obbligarono le parti a chiedere al giudice la facoltà di fare eseguire una notificazione od altro atto proprio del ministero dell'usciere, facendo poi debito a quest'ultimo di riferire al giudice intorno all'eseguimento dell'atto. Ma con tale sistema non si riesce praticamente ad elidere tutti i lamentati inconvenienti, e d'altro canto si viene poi ad intralciare e a ritardare il compimento degli atti per la pesante complicazione delle formalità.

Il metodo del codice nostro fu appunto suggerito dalla considerazione che l'intervento del magistrato, se è necessario allorchè si tratta di autorizzare un procedimento probatorio e di assistere alla formazione della prova affinchè il tutto si compia colle volute garantie, è affatto inutile così nell'atto di citazione, come nelle risposte e successive repliche e controrepliche.

Per questi atti, in vero, la presenza del magistrato si ridurrebbe ad una vana quanto inutile formalità, imperocchè il giudice non potrebbe prendere in considerazione l'opportunità e il merito delle singole scritture, e dovrebbe pur sempre concedere alle medesime il suo *visto,* la sua autorizzazione: onde la sua presenza non offrirebbe alcuna garantia per la migliore istruzione della causa, e si ridurrebbe ad un disturbo inutile per lui e ad un illogico ostacolo della libertà delle parti (8).

Il codice ginevrino e il progetto belga accolsero il sistema dell'intervento del magistrato.

I fautori di questo sistema obbiettano che gravi danni possono derivare dalla fissazione aprioristica dei termini fatta dal legislatore.

Si risponde: che per i casi d'urgenza e pronta spedizione la legge, come correttivo, permette al presidente di abbreviare i termini; poi, e ciò è pacifico e in dottrina e in giurisprudenza, quei termini (9) non sono perentorî, tantochè anche trascorsi i giorni stabiliti dal legislatore, l'attore e il convenuto possono presentare le loro comparse fino a che non sia stata regolarmente notificata la iscrizione della causa a ruolo.

Quanto al pericolo che con tale sistema il funzionamento dell'usciere, così indipendente, possa essere men che corretto, è d'uopo tener presente come il legislatore obblighi questo uffiziale ad indicare al margine di ogni atto la spesa relativa della notificazione, onde ne sia sempre possibile il controllo; e come sia a lui fatto divieto, sotto pena di nullità, di compiere atti che riguardino la sua stessa persona, o la moglie, o i parenti ed affini fino al quarto grado inclusivamente; il che ha per iscopo poi, come si vede, di rimuovere appunto cagioni prossime di abusi (10).

6. L'usciere, abbiam detto, notifica la comparsa e ne certifica la notificazione eseguita e la data di essa in fine dell'originale e della copia.

Quid, se l'usciere che ricevette in tempo debito dal procuratore la comparsa della parte, ne tardò poi per sua colpa la notizia, esorbitando così dal termine di legge?

Ci si presenta qui la grave ed agitata questione, se, cioè, a salvare la parte dai pregiudizi di una tardiva notifica della

(1) Art. 262 capov. — Art. 200 regol. generale giudiziario.
(2) Art. 123 cod. proc. civ.
(3) Art. 221 cod. citato.
(4) Art. 299, 301 cod. cit.
(5) Relazione, cod. sardo del 1859.
(6) Cod. proc. civ. napoletano, art. 164.
(7) Cod. Alb., art. 150.
(8) Relazione Pisanelli, pag. 83, 84.
(9) Eccetto solo quelli dell'art. 174.
(10) Cod. proc. civ., art. 41.

comparsa basti la presentazione di questa nel termine di legge all'usciere, o debba invece essere notificata effettivamente. Tale questione ha specialmente interessato ed occupato il Saredo, il quale, ci pare, ha trovato i veri suoi termini, ed ha posto con lucidezza gli estremi della controversia in dottrina.

Si dice dagli uni che, quando la parte ha adempiuto il suo dovere in tempo utile, essa sia in regola; che del fatto dell'usciere non è tenuta a rispondere, e che, infine, sarebbe iniquo obbligare essa parte a subire le conseguenze della altrui negligenza.

Che, in ultima analisi, se ritardo vi fu nella notifica, l'avversario non ricevette danno; imperocchè i suoi termini non cominceranno d'altronde a decorrere se non dal giorno della fattagli notificazione.

E qui è chiaro col citato autore che la esposta opinione non è basata per nulla sulla volontà del legislatore quando disponeva in argomento, e come una tal soluzione apertamente contravvenga alla lettera e allo spirito della legge.

V'ha in nostro soccorso la dottrina. Per questa è pacifico che non è fatta in tempo utile la notificazione dell'atto quando sia scaduto il termine di legge, sebbene la parte abbia presentato l'atto stesso all'usciere prima della scadenza del termine.

Sappiamo in fatto, intanto, che i termini stabiliti dalla legge per gli articoli 46 e 466 sono perentori. Che la parte che ha diritto di valersi della scadenza del termine non è obbligata a sapere se la controparte ha fatto o no in tempo utile la presentazione dell'atto all'usciere: per essa l'atto non notificato non esiste, nè può, a ragion di diritto, esistere; peggio per chi non ha saputo prevedere e provvedere.

Si aggiunga che per l'art. 163 l'usciere deve certificare la notificazione e la data della comparsa in fine dell'originale e della copia; e che per l'art. 191 del regolamento giudiziario è statuito che qualunque atto di usciere deve esprimere il giorno, mese ed anno e, secondo i casi, l'ora in cui è eseguito, e non già l'ora in cui l'usciere ha ricevuto l'atto o l'ordine della parte; e che inoltre l'ufficiale medesimo deve indicare la persona ad istanza della quale si fa la notificazione.

E in ogni caso, non rimane forse alla parte che ha ricevuto danno dalla negligenza dell'usciere, come ultimo usbergo, la responsabilità in cui questi incorre per l'art. 1151 del codice civile e per l'art. 59 del codice di procedura? (1).

7. La prima comparsa è quella con cui il procuratore provvede alla sua costituzione (2). Tale comparsa è prescritta solamente pel procuratore del convenuto, non per quello dell'attore.

Il procuratore dell'attore compie il debito suo col deposito in cancelleria del mandato.

Il procuratore del convenuto ha sì l'obbligo pure di questo deposito, ma gli si ingiunge ancora di notificare all'avversario la sua costituzione (3).

Il perchè di questa imparità di trattamento è spiegato dalla evidente considerazione che il procuratore dell'attore, essendo indicato nell'atto di citazione, è noto così al procuratore del convenuto; invece, siccome questo rimane ignoto, ed è chiaro, al procuratore dell'attore, a quello la legge fa debito di farsi conoscere colla notifica della sua costituzione.

Notificata che abbia il procuratore del convenuto la sua costituzione, gli si apre adunque un termine comminatorio di quindici giorni perchè possa, a sua volta, notificare allo attore una comparsa di risposta contenente le sue difese e conclusioni relative.

Si è fatta questione se il procuratore del convenuto costituitosi prima della scadenza del termine per comparire abbia solo quindici giorni innanzi a sè per rispondere alla domanda dell'attore e deliberare in merito, oppure abbia tempo a rispondere sino al giorno che segna lo spirar del termine fissato dalla legge.

Vogliono alcuni che quando il procuratore del convenuto si costituisce prima della scadenza del termine per comparire, i quindici giorni per rispondere alla domanda dell'attore decorrano dalla data della comparsa di costituzione del procuratore, non dalla scadenza del termine per comparire; quindi decorsi i quindici giorni dalla costituzione di procuratore, senza che il convenuto abbia risposto in merito, può l'attore fare iscrivere la causa a ruolo.

Tale opinione fu accolta anche in giurisprudenza (4), e ci pare non disforme dallo spirito della legge.

Dentro egual termine di quindici giorni l'attore può far notificare una comparsa di replica; e così a vicenda successivamente finchè dura il reciproco consenso a tenere aperta la istruzione.

Accenniamo di passaggio che la parte che stima di non avere più necessità di proseguire nella istruttoria scritta, può promuoverne la chiusura, purchè, però, non sia in corso un termine per rispondere in favore dell'altra parte.

Nel periodo della discussione preparatoria si propongono e si assumono le prove orali e in generale, insomma, si trattano gli incidenti.

Se uno di questi sorga, sino a che non sia definito, resta interrotto l'avvicendarsi dei termini quindicinali.

Avvertiamo che il procuratore del convenuto ha facoltà di rispondere nell'atto stesso di costituzione (5) alla domanda spiegata dall'attore in citazione.

Quando invece egli intenda rispondere, con atto a sè, dovrà, come già si disse, far notificare questa sua risposta al procuratore dell'istante entro giorni 15 dalla scadenza del termine della citazione (6).

8. Risulta palese dall'art. 165 come il numero delle comparse non sia dal nostro codice limitato.

Il legislatore francese reputò dover limitare a due sole le comparse che ciascuna delle parti potesse presentare nel periodo istruttorio della causa (7).

Conformemente dispone la legge austriaca (8).

Pel codice sardo del 1754 (9) era statuito che le comparse non potevano essere più di tre. Il convenuto faceva notificare la sua risposta alla citazione entro quindici giorni; entro quindici giorni dalla notificazione della risposta, l'attore aveva facoltà di far notificare la sua replica, e nei quindici giorni successivi alla notifica della replica, al convenuto

(1) V. Saredo, *Ist. di proc. civ.*, vol. I, § XLIV, n. 343; Fir., 1873.

(2) Cod. proc. civ., art. 159, n. 2.

(3) App. Genova, 19 febbraio 1889, *Salvaneschi* c. *Sartorio* (*Temi Genovese*, I, 283).

(4) App. Torino, 6 luglio 1891, *Pilotto* c. *Bacchio* (*Giur. It.*, 1891, 617).

(5) Cod. proc. civ., art. 159.

(6) Cod. proc. civ., art. 164.

(7) Cod. proc. civ. franc. art., 77, 78, 80.

(8) Regolamento del processo civile austriaco, § 2.

(9) Art. 116 del cod. sardo del 1754.

era dato di far notificare la sua controreplica; e tutto finiva così.

Le stesse disposizioni erano riportate negli articoli 151 e 152 del codice del 1859, ma coll'aggiunta: *e così successivamente;* breve aggiunta, che però ha cambiato affatto un sistema.

Si potevano così scambiare altre comparse di quindici in quindici giorni e così all'infinito, come appunto dispone il codice vigente.

Il codice ginevrino (1) non fissa termini precisi e perentorî entro cui si debbano presentare le repliche e le controrepliche; ma stabilisce che il magistrato li fissi esso, volta per volta.

Conformi a queste erano le disposizioni segnate nel progetto belga (2).

E il sistema dell'intervento del magistrato, di cui già si disse.

Scorsi i quindici giorni dalla costituzione, secondo il codice napoletano (3), il reo faceva notificare le sue difese firmate dal patrocinatore.

Queste difese contenevano l'offerta in comunicazione dei documenti giustificativi, o in modo amichevole, tra patrocinatore e patrocinatore o pel tramite della cancelleria.

Entro i successivi otto giorni, l'attore faceva notificare le sue repliche. Se la controversia non presentavasi matura per sentenza dietro semplici arringhe, o sulla sola relazione del giudice, il tribunale doveva ordinare che si istruisse in iscritto, nominando nella sentenza uno dei giudici per farne rapporto.

Non era permesso di ordinare la relazione di alcuna causa se non all'udienza e a pluralità di voti.

Dopo quindici giorni dalla notificazione della sentenza, lo attore faceva notificare una domanda, con la quale esso doveva esporre le sue ragioni.

Tale domanda doveva contenere in fine l'elenco dei documenti allegati in favore dello istante.

L'attore dopo ventiquattro ore dalla notifica della domanda di cui abbiam detto, era obbligato a riprodurre la stessa in cancelleria ed a notificare l'atto di produzione.

Le disposizioni del codice Albertino, sono, al riguardo, in tutto conformi alla attuale legislazione nostra (4).

Pel codice parmense dopo quindici giorni dalla costituzione, il reo convenuto faceva significare le sue difese con atto sottoscritto dal suo procuratore.

Quest'atto doveva con chiarezza indicare i mezzi e le prove di cui il reo intendeva valersi.

Era vietato fare uso di eccezioni generali, come di mancanza di diritto, di azione, di interesse, ed altre di simil fatta.

Quegli atti inconcludenti non entravano in tassa.

L'atto di difesa doveva contenere l'offerta in comunicazione dei documenti.

Nei successivi otto giorni l'attore poteva significare replica alle difese di cui sopra, offrendo pure comunicazione dei documenti, se ve ne fossero (5).

Il codice estense disponeva che, intimato il libello al reo convenuto, questi aveva trenta giorni per rispondervi. Non rispondendo egli, il giudice, sopra istanza dell'attore, gli assegnava altro termine di dieci giorni.

Alla intimazione di quest'atto doveva essere unito un estratto del libello, e la copia dei relativi documenti se la prima citazione non veniva eseguita a norma degli art. 150 e 151, allo stesso reo convenuto, o consegnata a qualcuno della famiglia o ad un servente.

Qualora il reo convenuto non rispondesse nemmeno al secondo termine, si prestava piena fede all'attore in ordine ai fatti da lui esposti nella domanda, ed il giudice vi si uniformava a termine dell'art. 235.

Si aveva quindi per concluso in causa, e ad istanza della controparte si procedeva al riscontro degli atti giusta le disposizioni del tit. XXIX.

Se il reo convenuto contraddiceva, doveva farsi carico nella risposta di tutte le circostanze narrate dall'attore, e rispondere a ciascuna categoricamente e col migliore ordine possibile, e senza ambiguità, rettificando i fatti che fossero stati equivocamente esposti, e negando i non veri.

Se egli rispondeva con clausola negativa generale, o tralasciava di rispondere a qualche circostanza, si presumevano vere quelle che erano esposte dall'attore.

Doveva addurre inoltre chiaramente, e secondo l'ordine dei tempi, quegli altri fatti, pei quali intendeva di essere assoluto dalla domanda.

La replica doveva compilarsi colle stesse norme che regolano la stesura della risposta del reo convenuto. Non dovevano nella replica ripetersi le cose esposte nel libello e potevano soltanto introdursi nuove prove, sia per coadiuvare la conclusionale dello stesso libello, sia per confutare le eccezioni del reo convenuto. Le nuove prove dovevano essere dichiarate con precisione, ed unite secondo il prescritto in ordine al libello.

La replica doveva intimarsi al reo convenuto colla contemporanea assegnazione di quindici giorni da rispondervi ed a proporre la duplica.

Nella duplica si potevano egualmente introdurre nuove prove, sia per giustificare le eccezioni spiegate, sia per elidere le cose dedotte nella replica dell'attore.

La duplica doveva essere estesa ed ordinata come la replica.

Qualora il reo convenuto avesse addotto nella duplica nuovi fatti, o avesse prodotto documenti o mezzi di prova tendenti a distruggere le deduzioni fatte dall'attore nella replica, poteva il giudice, a domanda di parte, da spiegarsi però entro cinque giorni dalla produzione della stessa duplica, e con determinazione inappellabile, accordare al medesimo attore la facoltà di presentare una terza deduzione, a maniera di conclusionale, anche con documenti autentici o scrittura privata di data certa.

La deduzione doveva farsi entro il termine di giorni otto, ed intimarsi al reo; questi aveva diritto di rispondere mediante controconclusionale, ed entro egual termine (6).

9. Pel disposto dell'articolo 164 del codice vigente è adunque accordato al procuratore del convenuto il termine di giorni quindici, computabili dalla scadenza del termine della citazione, per far notificare la sua risposta al procuratore dell'attore.

Un tal termine, come sappiamo, non è d'altronde di rigore, e al convenuto è permesso spiegare anche al di là di

(1) Cod. ginevrino, art. 74 e segg.

(2) Progetto pel codice belga, libro I, tit. 2, capo 2°. Vedi anche Relazione Allard, pag. 203.

(3) Cod. napolet., art. 171, 172, 189, 191.

(4) Cod. Albert., art. 151 e 152.

(5) Cod. parmense, art. 195, 196, 197.

(6) Codice di procedura estense, articoli 232 a 234 e 239 a 244.

esso i mezzi di difesa, quando lo stato di istruttoria resti ancora aperto.

Si fa questione allora che la legge prescrive che certi atti debbono compiersi entro il termine per rispondere, se questo termine possa protrarsi al di là dei quindici giorni stabiliti dal legislatore.

Il Ricci, che ha risposto negativamente a tale quesito, porta a base e a chiarezza della questione l'esempio pratico degli articoli 193 e 197 codice di procedura civile, col primo dei quali è stabilito che chi vuol chiamare un terzo in garantia deve proporne domanda nel termine prefisso per rispondere, e col secondo è prescritto che la detta domanda non sospende il corso della causa principale se non è proposta a norma dell'art. 193.

Ora, dice il Ricci, perchè la chiamata in garantia possa produrre l'effetto di sospendere la causa principale, deve essere proposta nei quindici giorni assegnati per rispondere e non più tardi.

Contradisse all'opinione del Ricci un giudicato della Corte d'appello di Torino, la quale ebbe a ritenere che il termine per rispondere nei giudizi formali, finchè la causa non è iscritta a ruolo di spedizione, non può ritenersi decorso.

Tale massima sembra al citato autore in aperta contraddizione colla lettera e collo spirito della legge.

Colla lettera, perchè l'art. 173 della procedura dice: *quando sia decorso per tutte le parti il termine per comparire e per rispondere, la parte che vi ha interesse può fare inscrivere la causa a ruolo.*

Se dunque la causa (così argomenta il Ricci) non può iscriversi a ruolo, giusta la lettera della legge, se non quando sia decorso il termine per rispondere, gli è certo che il decorso del termine deve verificarsi innanzi l'iscrizione, e non contemporaneamente a questa. Del resto l'art. 164 dichiara esplicitamente, che il procuratore del convenuto fa notificare la sua risposta a quello dell'attore entro quindici giorni dalla scadenza del termine della citazione. Dunque questo è il termine fissato per rispondere, nè un tal termine, contro il letterale disposto della legge, può protrarsi sino all'iscrizione a ruolo, che può anche farsi molto tempo dopo il decorso dei 15 giorni.

Contraddice infine allo spirito della legge, perchè, nello intendimento del legislatore, l'iscrizione a ruolo mira a chiudere il periodo istruttorio della causa; è illogico perciò il ritenere che il termine per rispondere non spiri che colla iscrizione a ruolo (1).

10. Siccome speciali circostanze, dice la Relazione del Governo sul progetto pel codice sardo del 1859, possono rendere dannoso ogni ritardo e soverchi i termini ordinari per rispondere e per esperire altri atti di istruzione, si dà facoltà al presidente di abbreviare detti termini per giuste cause; e per rimuovere il pericolo che questi si lasci trascinare dai raggiri di uno dei litiganti, il quale cerchi con essi di togliere all'avversario l'agio di preparare e presentare le sue difese, si aggiunse che debbono essere sentite prima le parti nelle osservazioni che crederanno di dover fare.

Il nostro legislatore ha in conformità stabilito che i termini per rispondere, per lo scambio delle comparse, e generalmente per qualunque altro atto di istruzione, possono, per giusti motivi, essere ridotti dal presidente a minor misura, sia con lo stesso decreto che abbrevia il termine di comparizione, sia con ordinanza data successivamente, sentite, in questo caso, le parti.

Potrà il presidente autorizzare l'abbreviazione anche se sorga disaccordo fra i contendenti, quando la domanda sembri fondata, essendo connaturale al caso l'urgenza della decisione.

La domanda per abbreviazione di termini e spedizione di una causa d'urgenza, deve farsi a mente dell'articolo 245 del regolamento giudiziario, dopo la iscrizione della causa a ruolo, con ricorso al presidente, il quale provvede con decreto motivato (2).

11. Sta di fatto che nella comparsa le parti sono pienamente libere di disporre dell'uso di quei mezzi di difesa che meglio loro tornano di comodo e di convenienza; che possono porre ed illustrare le loro difese e conclusioni come meglio loro piace e più sembra opportuno; che possono spiegare tutte quelle considerazioni di fatto e di diritto che il loro interesse richiegga; che possono infine modificare anche le primitive domande e deduzioni.

Mercè la comparsa può adunque eziandio modificarsi la primitiva domanda contenuta in citazione, sia ampliandola, sia restringendola (3).

Non avendo ancora il magistrato impartito i suoi definitivi provvedimenti, l'attore può anche chiarire, emendare ed anche ampliare la sua domanda; e ciò torna possibile, sì per le vigenti leggi che per il gius romano, secondo il quale non era vietato emendare il libello, ma lo si poteva anche estendere: *si minus in intentione sua complexus fuerit, quam ad eum pertineat* (4).

Osservò l'antica giurisprudenza come la comparsa ampliativa della domanda dovesse essere munita della firma della parte, e l'osservazione parve giusta al Ricci, imperocchè, dice esso, la domanda, nei giudizi, è atto di parte e non di procuratore.

Noi non dividiamo tale opinione, giacchè per questa si giungerebbe al risultato pel quale dovrebbesi firmare dalla parte anche la domanda prima, il che non si fa, nè ciò dalla legge è richiesto.

Crediamo sia in argomento da presumersi il tacito mandato della parte al procuratore, cui essa parte volle affidata, in tutta la sua latitudine, la propria difesa.

Alla generica libertà cui accennammo in principio di questo numero, si riferiscono, come è giusto, alcune restrizioni.

Debbono, cioè, i contendenti guardarsi, sia nel corso dell'istruzione scritta, che di quella orale, dall'ingiuriarsi fra loro o dall'offendere l'ordine pubblico.

L'art. 63 del cod. proc. civ. e l'art. 284 del regolamento generale giudiziario contemplano il caso, e dispongono che l'autorità giudicante può sempre, secondo le circostanze, ordinare anche d'uffizio, che sieno soppresse o cancellate le scritture oltraggiose (5), contrarie al buon costume, o all'ordine pubblico, infliggendo all'uopo al procuratore firmatario della scrittura, la pena della sospensione.

(1) Ricci, *Comm. al cod.*, vol. I, tit. III, n. 350.

(2) Conf. Gargiulo, *Comm.*, all'art. 172; Napoli 1876-81.

(3) Cassazione di Torino, 19 marzo 1889, *Bossi* c. *Rosa* (*Legge*, XXX, 1, 190); 12 novembre 1892, *Carpaneto* c. *De Ferrari* (*Giur.* Torino, XXIX, 789).

(4) Vedi § 34, Instituzioni, *De actionibus;* Legge 3, Codice, *de edendo.*

(5) App. Macerata, 5 ottobre 1885, *Foglietti* c. *Ministero Finanze* (*Legge*, XXV, II, 702).

Le parole oltraggiose, però, di cui si chiede, in base all'art. 63, la cancellazione debbono essere precisamente indicate (1).

Capo II. — Comparse fondate su documenti.

12. Comparse fondate su documenti. — 13. Legislazione antecedente. Codice napoletano. — 14. Codice albertino. — 15. Codice parmense. — 16. Codice estense. — 17. La notificazione dei documenti e la Commissione coordinatrice del codice. — 18. Principi che governano la comunicazione dei documenti, secondo la nostra legge. — 19. Eccezioni alla regola, che la parte è libera di presentare i soli documenti che stima opportuni al proprio assunto. — 20. Restituzione dei documenti, secondo la nostra legge. — 21. Legislazione. — 22. Sanzioni penali in caso di mancata restituzione dei documenti per parte del procuratore. — 23. Legislazione. — 24. Se, ed in quanto siano appellabili le sentenze che condannano il procuratore alla sospensione. — 25. Nullità di cui all'articolo 191.

12. Quando la comparsa sia fondata su documenti, di questi deve offrirsene la comunicazione per originale o per copia, deve eseguirsi il deposito degli originali in cancelleria, si deve far notificare il deposito eseguito, altrimenti i documenti non sarebbero acquisiti alla causa (2).

Siccome ognuno dei litiganti ha dal proprio canto diritto di prendere conoscenza e discutere i documenti dell'avversario, così la comunicazione si eseguisce pel tramite della cancelleria.

È il cancelliere che consegna al procuratore dell'altra parte l'originale, o la copia che sia stata depositata per la produzione, assieme all'originale.

D'altronde, nei procedimenti civili, qualunque sia il rito, i documenti possono essere dalle parti prodotti tanto in originale che per copia autentica (3).

In quest'ultima ipotesi l'originale resta in deposito nella cancelleria per tutto il tempo assegnato a rispondere (4).

È massima che debba considerarsi come non avvenuta la produzione di un documento, allorchè questo sia stato ritirato prima della scadenza dei quindici giorni accordati alla parte contraria per farvi le sue deduzioni (5).

Può darsi il caso, infine, che una parte non voglia all'altra concedere di asportare dalla cancelleria i documenti.

In tale incontro si fa debito alla parte che non diede detta permissione di depositare assieme ai documenti le rispettive copie semplici; tali copie ha diritto di asportare l'avversa parte, previo confronto, naturalmente, con gli originali.

Altre legislazioni vollero richiedere che ciascuna parte, con le comparse di istruttoria, notificasse all'altra le copie dei documenti che fosse per produrre; è il così detto sistema del doppio processo, che meglio guarentisce il completo esame della causa da parte del giudice in qualunque evenienza.

E riguardo ai documenti, diremo, che in ultima analisi, tutte le prove rivestono la caratteristica di documenti dacchè, o son tali fin dall'origine, oppure se sono prove semplici o prove *probandae* determinano allora una istruzione probatoria, il risultato della quale si riassume nel processo verbale che costituisce appunto il documento, il quale, prodotto in causa, varrà a far ripigliare l'interrotta procedura (6).

13. Il codice napoletano disponeva, nell'argomento di questo secondo capo, che nel termine di quindici giorni da quello della produzione fatta dall'attore in cancelleria, il reo ne doveva prendere comunicazione, doveva notificare all'attore la sua risposta con in piedi la descrizione dei documenti ai quali si appoggiava. Fra lo spazio di ventiquattro ore da quella notificazione, il reo rimetteva in cancelleria la produzione comunicatagli; esibiva la sua, e la notificava all'attore (7).

Nel caso che vi fossero stati più rei, i quali avessero nel tempo stesso patrocinatori ed interessi differenti, ciascuno di essi godeva del termine stabilito di sopra, onde potesse ricevere la debita comunicazione, rispondere e produrre.

La comunicazione era fatta successivamente incominciando dalla parte più diligente.

Se l'attore non aveva fatta la sua produzione nel termine fissato, il reo esibiva la propria nella cancelleria, come di sopra abbiamo detto, e l'attore aveva solo otto giorni di tempo per averne comunicazione e contraddire.

Scaduto questo termine, si pronunciava la sentenza sulla produzione del reo.

Se invece era il reo che non faceva la produzione nel termine concessogli, si pronunciava la sentenza su quella dell'attore.

Se uno dei termini stabiliti scadeva senza che alcuno dei rei avesse presa comunicazione della produzione dell'attore, si dava la sentenza sopra quanto era stato prodotto. Quando l'attore non avesse curato di fare la sua produzione, il reo più diligente rimetteva alla cancelleria quella che era stata da esso avanzata, e la istruzione era continuata nel modo sopra dichiarato.

Se una delle parti voleva produrre nuovi documenti, doveva farlo nella cancelleria con un atto di produzione, nel quale fosse esposto lo stato dei documenti stessi.

Questo atto di produzione veniva notificato al patrocinatore senza domanda di nuova produzione o scrittura, e, facendosene, questa non veniva computata nella tassa delle spese, quando anche lo stato dei documenti avesse contenuto nuove conclusioni.

L'avversa parte aveva otto giorni per farsi comunicare la detta produzione e dare la sua risposta, che non poteva estendersi oltre a sei ruoli.

I patrocinatori dovevano esprimere in piede degli originali e delle copie di tutte le loro scritture ed istanze, il numero dei ruoli, e questo numero doveva essere notato anche nell'atto di produzione, sotto pena di non essere compreso nella tassa.

Per il metodo adottato dal codice napoletano le comunicazioni si prendevano nell'ufficio di cancelleria, previa ricevuta del patrocinatore che ne esprimeva la data.

14. Stabiliva il codice Albertino che, se la cedola fosse

(1) Trib di Cagliari, 7 novembre 1894, *Usai* c. *Mancosti* (*Mon. Trib.*, 1895, 868).

(2) Art. 166 cod. proc. civ.

(3) App. di Lucca, 23 luglio 1886, *Blan* c. *Traffore* (*Annali*, XX, 311).

(4) Art. 167 cod. proc. civ.

(5) App. di Modena, 30 gennaio 1885, *Montecuccoli* c. *Segrè* (*Fôro Ital.*, X, 935).

(6) Mattirolo, Op. cit., vol. 3°, n. 271, nota 3ª. Vedi anche art. 211 del codice di procedura civile.

(7) Art. 171 e 192 a 201 cod. napoletano.

appoggiata a documenti, di questi si doveva offrirne la comunicazione per originale o per copia, notificando il deposito già eseguito (1).

In calce alla cedola doveva essere formato l'elenco dei documenti prodotti; e quando questo fosse mancato, il cancelliere poteva ricusare di ricevere il deposito.

La comunicazione dei documenti era fatta dal segretario nell'ufficio di segreteria del tribunale, mediante consegna al procuratore, cui era data la comunicazione stessa, dei documenti ivi a tal uopo depositati.

In segreteria aveva pur luogo la visione di quegli originali, di cui eran soltanto rimesse le copie, e il procuratore poteva raffrontare gli uni colle altre e prendere le note che credeva più opportune, senza però mai potere trasportare altrove detti originali.

15. Pel codice parmense (2), nel giorno dopo la costituzione del procuratore del reo convenuto, si faceva carico all'attore di dare comunicazione, come ebbimo a dire, dei documenti su cui fondava la sua domanda.

Il reo convenuto doveva dare comunicazione all'attore dei documenti da esso enunciati nell'atto di difesa, il che susseguiva alla notificazione dell'atto medesimo.

La comunicazione dei documenti si faceva o tra i procuratori, che se ne scambiavano ricevuta, se si trattava di copie, o mediante deposito in cancelleria, se si trattava di originali.

Questi ultimi non potevano essere trasportati fuori della cancelleria quando la parte non vi avesse acconsentito.

Nel caso che la comunicazione si fosse data per mezzo della cancelleria, la parte che ne aveva fatta la produzione, ne significava l'atto all'altra parte.

Qualora l'attore o il reo non si fossero prestati a dare comunicazione dei documenti nel termine e modo stabilito nei precedenti articoli, le parti potevano rispettivamente, con semplice atto di procuratore a procuratore, domandarsi comunicazione dei documenti medesimi.

Se il procuratore, che ne era richiesto, non si prestava alla comunicazione nel giorno susseguente, s'intendeva che egli avesse ricusato di produrre.

L'incidente veniva tosto portato all'udienza per essere risolto e giudicato sommariamente: la sentenza non era passiva nè di appello, nè di opposizione.

Il procuratore che soccombeva veniva personalmente condannato nelle spese del giudizio incidentale: ed anche nella rifazione dei danni ed interessi, se ne fosse stato il caso.

16. Pel codice estense i documenti e gli altri mezzi di prova dell'attore, che erano di corredo a ciascuna istanza, dovevano enunciarsi e controsegnarsi progressivamente con le lettere *A, B, C,* ecc.; quelli del reo coi numeri *I, II, III,* ecc. ecc.

Se fra i mezzi di prova si comprendeva quello dei testimonî, l'allegato a questo relativo doveva contenere i capitoli sui quali stava per cadere l'esame, ed indicare il nome, il cognome, la condizione e il domicilio dei testimonî medesimi.

Dovevasi pure, giusta il disposto dell'art. 76, unire al libello il mandato col quale si abilitava il procuratore a promuovere e proseguire il giudizio e, qualora la natura della causa lo richiedesse, anche la domanda fatta per l'esperimento conciliativo, con l'appostovi certificato di non seguita conciliazione.

Doveva pure il reo convenuto enunciare di mano in mano i documenti che servivano di appoggio alle sue deduzioni e gli altri mezzi di prova con cui riteneva di giustificare le cose da lui esposte, ove venissero negate o contradette dall'attore.

Questi documenti e tali mezzi di prova si univano alla risposta, a norma di quanto era superiormente stabilito in ordine alle prove prodotte dall'attore medesimo.

Similmente il reo doveva dedurre nella risposta, come doveva ritenere di suo interesse, sui mezzi di prova esibiti dall'attore, e così sull'ammissibilità dei capitoli, e sopra le persone dei testimoni, producendo anch'egli i capitoli per la riprova di cui avesse, per avventura, inteso di fare uso, indicando, ben inteso, i testimoni nel modo prescritto per l'attore.

17. La materia della notificazione dei documenti e, in modo speciale, il sistema così detto del doppio processo nei giudizî, e specie in quelli a rito formale, formò obbietto di lunghe e dibattute discussioni, fra i commissarî legislativi, pel coordinamento del nostro codice di procedura civile.

Così, tra i diversi e moltissimi progetti agitati in quei giorni in seno alla Commissione coordinatrice del codice, fu avanzata pure la proposta che tutti i documenti, sì dell'attore, che del convenuto, dovessero reciprocamente venire comunicati per copia in testa alle comparse di risposta, di repliche, di controrepliche, ed anche dell'atto di citazione.

Tale provvedimento, secondo i proponenti, doveva intendere al fine di conservare così l'immenso benefizio del doppio processo ed evitare lungaggini e spese inseparabili dai frequenti atti di deposito nelle cancellerie (3).

La proposta non trovò la generale approvazione dei membri commissarî, cosicchè il progetto ministeriale, riguardante l'argomento della comunicazione dei documenti, salvo leggiere modificazioni più di forma, del resto, che di sostanza, passò per intero nel codice attualmente imperante.

Fu però di nuovo raccolta l'antica proposta, nata in seno alla Commissione legislativa, quando si ebbe a discutere il disegno di modificazione al procedimento giudiziario.

L'Ufficio centrale del Senato ebbe a ritenere, infatti, che il metodo del doppio processo torni della massima e più opportuna utilità, dappoichè per esso ciascuna delle parti in causa ha uno stato completo sì degli atti che dei documenti su cui dovrà basarsi, svolgersi e definirsi la controversia stessa, un quadro ordinato, infine, delle forze così dell'una che dell'altra parte contendente.

Osservava inoltre l'Ufficio centrale come col sistema non mai abbastanza lodato del doppio processo, la parte sia sempre in grado di accuratamente studiare la posizione dell'avversario.

In seguito a tali considerazioni si proposero, quindi, radicali modificazioni al disposto rispettivo degli articoli 163, 166, 167, 168 e 390 del codice di procedura civile.

Tali essenziali ritocchi vennero approvati nelle successive discussioni intorno al progetto di cui si è parlato (4).

Nella Relazione Allario, 11 dicembre 1880, della Com-

(1) Codice Albertino, art. 153 e 157.
(2) Codice parmense, art. 196 e 203 a 208.
(3) Sedute 5 e 12 maggio 1865, Verbali, n. 13 e 18, pag. 127, 128, 197, 198.
(4) Atti del Senato, sessione 1878-79, Relazione Miraglia.

missione della Camera elettiva, presentata nella tornata 2 luglio 1880, si trovavano modificate nel modo che segue le disposizioni risguardanti la comunicazione dei documenti nelle cause formali:

« Articolo 165. La comparsa è notificata da un usciere per copia fatta e sottoscritta dal procuratore.

« La notificazione si fa mediante consegna della copia nell'ufficio del procuratore dell'altra parte.

« L'usciere certifica la notificazione e la data di essa in fine dell'originale e della copia.

« Si debbono pure notificare per copia autenticata dal procuratore, i documenti sui quali la comparsa sia fondata; e non si può giudicare sopra documenti non notificati.

« La copia dei documenti sarà scritta in carta da cent. 10.

« La notificazione degli atti e dei documenti fatti in primo giudizio, vale anche per il giudizio di appello.

« Articolo 166. I documenti originali notificati con le comparse, si debbono depositare nella cancelleria nel termine di tre giorni dalla notificazione, per potere l'altra parte prenderne cognizione.

« Articolo 167. I documenti originali rimangono depositati in Cancelleria per tre giorni e non possono essere trasportati fuori di essa senza il consenso del procuratore che li ha depositati.

« Articolo 168. Il procuratore che ebbe consegnati i documenti originali per consenso dell'altra parte, deve farne restituzione entro tre giorni, o nel termine stabilito d'accordo » (1).

Ma tale progetto riformativo delle attuali norme di diritto procedurale, sebbene più volte, e nel corso di varie sessioni presentato, non riuscì giammai a meritarsi la definitiva approvazione.

Più volte discusso e più volte approvato, fu rimandato dall'uno all'altro ramo del Parlamento, senza che riuscisse ad entrare nel corpo della nostra legge, sicchè oggi pare ormai abbandonato anche come semplice disegno legislativo.

In ordine all'accennato congegno per la comunicazione dei documenti, osserva il Mattirolo come giustamente il sistema del doppio processo, (che, d'altronde, poi non trovò mai seria e ragionevole opposizione) provveda acconciamente a porre le parti in possesso di tutti gli elementi della controversia meglio assai di quanto possa fare una fugace visione di documenti in cancelleria.

Non occorre peraltro nasconderci che in merito a tale desiderabile riforma, il progettato disegno peccava di ampiezza sistematica, perchè incompleto ed in parte inadeguato ad attuare integralmente il metodo vagheggiato.

Non bastava solo modificare l'articolo 163, che si riferisce alle comparse *successive alla citazione*, ma imponevasi pur anco la necessità di portare opportune riforme all'articolo 134, n. 2 ed all'articolo 135, n. 3, in modo cioè da estendere la necessità della notificazione anche per le copie dei documenti sui quali si fondano le domande formulate e avanzate nell'atto di citazione (2).

18. Il nostro sistema di comunicazione dei documenti è tratto da quello stabilito dal codice di procedura parmense.

La Commissione legislativa del codice che oggi governa le nostre forme processuali, credette di adottarlo esplicitamente nella sua seduta del 12 maggio 1865 (3).

Per esso ciascuna delle parti ha facoltà di produrre tutti quei documenti che meglio le aggrada, o che maggiormente le tornino di opportunità, fino a che l'istruttoria non rimanga definitivamente chiusa.

Appena il documento è prodotto e di esso ne viene, per conseguenza, fatta l'offerta in comunicazione, il medesimo di pieno diritto diventa comune a tutte le parti.

E però ognuna di queste può a suo agio ispezionarlo, discuterlo, cavar da esso le deduzioni che crede, invocarne i risultati, e su di quello basare le proprie istanze e domande.

Il magistrato pur esso è tenuto a farlo oggetto dei suoi studî e delle sue indagini, tantochè da quello può dedurne, ove ne sia il caso, anche conseguenze e risultati contrarî alla parte che fece la produzione.

È norma questa di ragione naturale che ha il conforto e della dottrina e della giurisprudenza (4).

Se il così detto principio della comunione del documento, per quel che riguarda le parti in causa, è giusto, vuolsi però osservare che la comunicazione di cui si tiene parola non ha effetto ed efficacia sino a che il documento non viene prodotto in causa.

Il principio della comunione di diritto del documento prodotto fra le parti fu già esposto dal Duparc-Poullaine al tomo IX, pag. 143: « En général toutes les pièces produites deviennent de plein droit communes à toutes les parties, soit avant, soit après la communication. Dès qu'une pièce est produite, chaque partie, en effet, a acquis le droit d'en tirer les inductions nécessaires à sa défense ».

Per la regola poi che *nemo tenetur edere contra se*, e che *arma non sunt sumenda de domo rei*, deve ritenersi che ognuna delle parti è, per regola generale, libera di presentare quei soli documenti di sua spettanza che reputi idonei ed opportuni al proprio assunto e alle proprie difese.

Si è fatta la questione, se si possa aver diritto di chiedere alla parte contraria la partecipazione di atti o documenti indicati nelle sue difese, ma non prodotti.

Il Carré crede che si. « Nous avons déjà dit », così si esprime l'autore francese, « que l'on pourrait demander communication de toutes pièces dont le demandeur entendrait se servir encore bien qu'elles n'eussent été ni employées, c'est à dire, fournies par copie... » (5). Il Borsari, che ha confutato brillantemente l'erronea opinione del Carré, stima invece che l'attore è in piena facoltà di fare le produzioni che vuole, e che non si può pretendere in verun modo comunicazione di documenti che non furono prodotti.

E noi, d'accordo col Borsari, riterremo adunque in generale, che la parte non può essere costretta dall'avversario a presentare atti e documenti di sua spettanza, anche se di questi sia certamente cognita la esistenza e il possessore a quelli abbia alluso nelle sue difese, ma senza produrli pur tuttavia in giudizio.

Così esibiti da una delle parti taluni documenti in un precedente e diverso giudizio, non è tenuta quella a presentarli in uno posteriore: ciò in ossequio alla ripetuta massima: *Nemo tenetur edere contra se, etc.* (6).

(1) Vedi in proposito *Atti della Camera dei deputati*, XIV Legislatura, Sessione 1880-1881, Documento n. 103-A.

(2) Mattirolo, Op. cit., vol. 3°, 3ª edizione, pag. 321, nota 3ª.

(3) Verbale n. 18, pag. 197.

(4) Vedi Mattirolo, nel luogo citato, e confronta anche Borsari, *Il codice di procedura civile annotato*, art. 166 e 167, Torino 1871.

(5) *Cours élémentaire de proc.-civ.*, ecc. Bruxelles, 1846-81.

(6) Cass. di Napoli 28 aprile 1885, *Commissariato Militare* c. *Giampietro* (*Giurisp. Ital.*, XXXVIII, 176).

La comunicazione dei documenti può farsi anche *in via amichevole, brevi manu,* purchè le parti si acconcino a questo privato mezzo di trasmissione, e si accordino al proposito; se non si accordano, la parte che non ebbe la comunicazione dei documenti secondo le forme legali, può chiedere il rinvio della discussione, onde la comunicazione venga eseguita nei debiti modi (1).

19. Vogliamo ora dire di qualche eccezione o limitazione, che dir si voglia, ai due principî: *nemo tenetur edere contra se - arma non sunt sumenda de domo rei;* in quanto queste due massime hanno riguardo alla materia della comunicazione dei documenti.

Abbiamo stabilito come, per regola generale, ciascuna delle parti sia libera di presentare quei soli documenti di sua proprietà, dei quali intenda servirsi, e come essa non può essere obbligata dall'avversario a presentare documenti di sua spettanza, dei quali non intenda servirsi.

Alcune deroghe, però, vanno trovate anche a questo principio.

Un esempio di tali eccezioni ci si rivela nel caso che si tratti di atti e documenti comuni alle parti contendenti, come nella ipotesi che i documenti riguardassero beni divisi.

Per l'articolo 999 del codice civile, noi sappiamo che questi documenti rimangono a quello fra i condividenti che ne ha la maggior parte, con l'obbligo però in lui di comunicarli agli altri condividenti che vi abbiano interesse, ogni qualvolta ne venga richiesto.

Dice in proposito il Carré nella Quest. 788, all'art. 188: « On peut également demander communication de toutes pièces qui seraient communes aux parties: par exemple, d'un partage fait entre elles ou leurs auteurs ou d'autres actes réciproquement obligatoires, dont une des parties aurait égaré le double ».

I fondamenti di questa dottrina debbono ricercarsi nella legislazione romana, e specialmente nelle leggi 4ª e 7ª, codice, *De edendo,* II, I.

Il Saredo, nell'esame di queste risultanze, osserva poi che così l'*actio ad exhibendum* è esplicitamente concessa dal nostro diritto.

L'esercizio di questa azione era largamente concesso dai romani. Per la nostra legge, in vece, una tale azione è solo possibile in via puramente ristrettiva, in linea di eccezione, e nei pochi casi determinati dalla legge medesima.

Di questo parere sono il Giorgi, il Pacifici-Mazzoni ed il Cuzzeri.

Col Saredo, invece, il Borsari, il Gargiulo, il Mattirolo ed il Ricci opinano che una parte non possa pretendere dall'avversario l'esibizione di atti e documenti che sono proprî esclusivamente di quello, ma sì la esibizione di quelli che siano proprî di essa instante, o comuni a lei ed all'avversario.

Altre eccezioni alla regola, che di sopra esponemmo, le troviamo in materia commerciale, ma però tali eccezioni non hanno corpo se non quando concorrano nei limiti della necessità. In materia commerciale pertanto deve bene distinguersi la comunicazione dalla esibizione.

Col primo mezzo, vale a dire mediante la comunicazione, i documenti prodotti vengono ad essere a piena, illimitata disposizione della controparte e del magistrato.

Per esibizione, invece, intendiamo l'offerta in comunicazione di una parte del documento; della parte cioè che interessa alla controversia.

Per la esibizione, adunque, si sottopone all'esame della controparte e del giudice il solo brano esibito, e questo solo resta per conseguenza acquisito alla causa.

Ora la comunicazione dei libri, degli inventarî, dei fascicoli delle lettere e dei telegrammi (2), non può ordinarsi in giudizio che per affari di successione, di società o di comunione di beni.

Quando si tratta di affari del genere, è chiaro come vi abbia comunanza di dominio o di interesse fra le parti contendenti, cosicchè ognuna di esse ha diritto ed interesse a farne un pieno ed accurato esame, onde dedurne quelle prove che le possano occorrere (3).

La comunicazione si fa nel modo d'accordo stabilito fra le parti; in caso di disaccordo, mediante deposito nella cancelleria.

Invece per ciò che riguarda la esibizione, vediamo che essa può sempre venire ordinata dal giudice nel corso di qualunque altra controversia, o d'uffizio o dietro istanza di una delle parti, onde togliere in esame quella sola parte che riguarda la causa, come si può ancora d'uffizio o ad istanza di parte ordinare la esibizione di singole lettere o telegrammi riguardanti la controversia stessa (4).

Ma tale disposizione, dice il Mattirolo, è un principio di *jus singulare*, è una deroga al diritto comune, pel quale, come si disse, val sempre la regola: *nemo tenetur edere contra se, arma non sunt tollenda de domo rei.*

Tale eccezione trova del resto la sua ragione nella natura e nel costrutto tutto speciale della legge di commercio.

20. Il procuratore che ebbe comunicazione di documenti, deve farne la restituzione nel termine stabilito per rispondere e così nel termine di giorni quindici (5).

Quando però le parti contrarie a quella che fece la produzione dei documenti abbiano procuratori diversi, e sieno depositati in cancelleria i documenti da comunicarsi in originale, se i procuratori sieno più di due, il termine per rispondere è di giorni trenta per tutti (6).

Notiamo in ultimo che l'articolo 168 non fa distinzione per la consegna se si tratti di documenti comunicati per originale o per copia, e che il termine per l'esame dei documenti in cancelleria è secondo i casi prorogabile (7).

21. Il termine entro il quale dovevano essere restituiti i documenti, secondo il codice parmense (8), era fissato o nella ricevuta stessa del procuratore alle liti, o nella sentenza che ordinava la comunicazione.

Se non era stabilito alcun termine, la restituzione doveva farsi entro cinque giorni.

Per quel che riguarda il disposto del codice napoletano (9) abbiamo già toccato l'argomento nei numeri precedenti.

Secondo il codice Albertino, la parte cui erano offerti doveva prendere visione e comunicazione dei documenti, e farne la restituzione nel termine già accordatole per fare le sue risposte.

(1) Cassaz. di Roma, 11 dicembre 1877, *Sabucchi* c. *De Ferri* (*Legge*, 1878, 2, pag. 89).

(2) Art. 21 del codice di comm.

(3) Mattirolo, Op. cit., vol. 3°, 16.

(4) Art. 28, 1° e 2° capov.°, codice di commercio.

(5) Art. 168 codice procedura civile.

(6) Art. 169 codice procedura civile.

(7) Arg. art. 47 codice procedura civile.

(8) Art. 209 codice parmense.

(9) Codice napol., art. 171 e 172 e 190 a 199.

Se più fossero state le parti contrarie a quella che faceva la produzione dei documenti e tutte fossero rappresentate in causa da uno stesso procuratore, era assegnato congiuntamente e contemporaneamente a tutte un solo termine anche per prendere comunicazione, visione e copia dei documenti.

Se, invece, le parti erano rappresentate da diversi procuratori, i prodotti documenti, sì in originale, che in copia, rimanevano in deposito nella segreteria del tribunale a loro libera visione, esame e copia, e si intendeva loro dato congiuntamente e contemporaneamente a tutte un solo e medesimo termine di quindici giorni se i procuratori non erano più di due, un termine di giorni venti se i procuratori erano tre o quattro, e, finalmente, un termine di giorni trenta se più di quattro fossero stati i procuratori.

In tutti questi casi i varî procuratori, rappresentanti le parti in causa, potevano accordarsi fra loro per avere successivamente ciascuno la effettiva comunicazione dei documenti, ma il termine stabilito non poteva giammai in nessun modo essere accresciuto (1).

Per l'articolo 192 delle leggi di procedura delle Due Sicilie che suonava in conformità del 97 del codice di procedura francese, era poi stabilito che, se più fossero stati in causa i convenuti, e questi avessero avuto nel medesimo tempo più rappresentanti, *ed interessi diversi*, ognun d'essi avrebbe dovuto fruire del termine di quindici giorni, computabile dal giorno della produzione fatta dall'attore in Cancelleria, onde fosse stato così in grado di ricevere la debita comunicazione, rispondere e produrre.

La comunicazione doveva poi farsi in ordine successivo, a cominciare dalla parte più diligente.

22. Se il procuratore non restituisce i documenti nel termine stabilito, il presidente, sull'istanza della parte interessata e sentito il procuratore medesimo, ordina la restituzione immediata dei documenti, e può condannare il procuratore al pagamento di lire cinque per ciascun giorno di ritardo (2).

Quando poi entro due giorni dall'ordinanza del presidente, se pronunziata in contraddittorio, o dalla notificazione della medesima, se alla pronunciazione non era presente il procuratore, questi non abbia ancora restituito i documenti, l'autorità giudicante, sulla istanza della parte interessata, previa citazione, per semplice biglietto, in via sommaria, del procuratore disobbediente, può ordinare la di lui sospensione per un termine non maggiore di giorni novanta (3).

Il tribunale giudica in camera di consiglio, ascolta l'incolpato nelle sue difese, di poi, fattolo ritirare, delibera.

L'ordinanza viene immediatamente notificata al procuratore negligente dal cancelliere, il quale fa menzione della notifica in fine dell'ordinanza stessa, dopo il dispositivo.

Se il procuratore non si presenta, il tribunale giudica in sua contumacia e l'ordinanza gli vien notificata nel modo già accennato.

Le dette istanze possono farsi dalla parte interessata in persona, cioè senza obbligo in lei di valersi del proprio procuratore; e possono anche dirigersi anzichè al presidente del Collegio giudicante, al Pubblico Ministero a questo addetto (4).

Per noi, il procuratore della parte interessata non ha proprio facoltà di porre tali istanze, giacchè si volle così dalla legge evitare a quello l'odio di siffatta domanda, non senza sospetto per la relazione che suole contrarsi fra uomini della stessa professione, usi a vicendevoli riguardi fra loro (5).

Per il Borsari la ragion diretta di tale disposizione deve trovarsi nella natura e qualità dell'atto, che esorbita dalle ordinarie mansioni del difensore, e non è compreso fra le sue facoltà mandatizie.

Il Borsari crede così che, munito di speciale mandato, il procuratore possa invece proporre la istanza accennata.

Noi non siamo di questo parere. Ci pare proprio che in materia, il legislatore abbia decisamente avuto di mira lo scopo di non mettere in tal circostanza i procuratori direttamente di fronte.

E riguardo alla storia di queste penalità dobbiamo soggiungere che per l'antica legislazione, fra le pene da infliggersi al procuratore negligente, annoveravasi persino quella dell'arresto.

In seno alla Commissione legislativa del codice si ebbe a dibattere non poco sulle penalità in discorso, e vi fu anche chi propose perfino di togliere l'articolo che le contemplava.

La Commissione venne però infine a diverso consiglio, e respinte queste proposte, incaricava anzi la Sotto-commissione di provvedere con maggior rigore al caso di ritardata restituzione di documenti, rimandandosi alla medesima Sotto-commissione l'esame di alcune proposte di redazione circa l'articolo 171 (6).

23. Per gli istituti del codice napolitano (7), se i patrocinatori nel termine stabilito non rimettevano le produzioni delle quali avevano preso comunicazione, dietro rilascio di un certificato del cancelliere, e dopo semplice citazione a comparire, si doveva procedere alla esecuzione della sentenza che li condannava personalmente, e senza appello, alla restituzione dei documenti, alle spese di questa procedura, senza diritto di ripeterle, ed alla multa di dieci franchi almeno per ogni giorno di mora, a titolo di danni ed interessi.

Quando i patrocinatori non avessero rimesse le produzioni fra otto giorni a contare dalla notificazione della sentenza, era dato al tribunale di proferire inappellabilmente una condanna a più forte indennizzazione, ed anche all'arresto, od alla sospensione dall'esercizio della professione per tutto quel tempo che il tribunale medesimo avesse ritenuto conveniente.

Questa condanna poteva essere pronunciata ad istanza delle parti, senza bisogno del ministero dei patrocinatori, e sopra una semplice memoria, che le parti stesse presentavano al presidente, al giudice relatore, o al procuratore regio.

Il codice parmense (8) voleva che spirato il termine prefisso, ove il procuratore non avesse restituiti i documenti comunicatigli, fosse ordinata dal tribunale la immediata loro restituzione, sotto pena dell'arresto personale; tutto ciò sopra semplice richiesta in iscritto, od anche sopra memoria della stessa parte. Il procuratore alle liti ritardatario era altresì condannato al pagamento dei danni ed interessi in ragione di lire tre nuove per ciascun giorno di ritardo da quello della notifica dell'ordinazione, ed infine alle spese del

(1) Cod. Alb., art. 176 e 177.
(2) Art. 170, prima parte, cod. proc. civile.
(3) Art. 170 cod. proc. civile, capov.
(4) Art. 171 cod. proc. civ., prima parte.
(5) Carré, Op. cit., sull'art. 191.
(6) Verbali della Commissione legislativa del codice, n. 20 — Seduta del 16 maggio 1865, pag. 224 del verbale citato.
(7) Art. 202 cod. di proc. civ. nap.
(8) Art. 210 cod. proc. civ. parm.

giudizio su un tale incidente, spese che, d'altronde, non poteva poi esso esigere dal suo cliente.

Pel codice albertino (1), se il procuratore non restituiva nel termine prefisso i documenti, dei quali aveva presa comunicazione, l'una o l'altra delle parti, in seguito a certificato del segretario, poteva fare istanza, perchè fossero presi i provvedimenti del caso.

Il procuratore in dolo era citato all'udienza, con semplice avviso, d'ordine del presidente o del giudice commesso, e poteva venire condannato alla restituzione dei documenti, alle spese dell'incidente, senza diritto a ripeterle, ed al pagamento di lire tre a titolo di danni ed interessi per ciascun giorno di ritardo.

Se entro due giorni dalla sentenza (quando fosse stata pronunziata in contraddittorio), o dalla notifica della medesima, se pronunziata in contumacia, non veniva fatta la restituzione, il tribunale, sulla istanza di una delle parti, corredata di certificato del segretario, e previa citazione del procuratore nel modo anzidetto, poteva ordinare la sospensione del medesimo, per un tempo non maggiore di giorni novanta, salve sempre le disposizioni sull'arresto personale.

L'istanza, in questi casi, poteva farsi dalle parti in persona senza bisogno di procuratori, e poteva anche dirigersi al Pubblico Ministero.

Le condanne sopra previste erano appellabili solo in quanto riguardavano la sospensione e l'arresto.

24. Per il vigente codice di procedura le sentenze che condannano il procuratore alla sospensione sono appellabili.

È evidente però che se la sospensione fu pronunziata in causa che si trovava in grado di appello (mancando in questo caso il Tribunale gerarchico superiore) il rimedio non resta più possibile.

Contro invece la ordinanza del presidente, che impone la immediata restituzione dei documenti, e che, nel caso, condanna il procuratore al pagamento di lire cinque a titolo di danni per ciascun giorno di ritardo, la nostra legge non accorda esplicitamente rimedio di sorta; onde il Borsari anch'egli, e con lui il Mattirolo, opinano che non sia data al procuratore condannato alcuna facoltà di reclamo contro l'ordinanza medesima.

Traggono argomento a diversa conclusione il Gargiulo e il Cuzzeri, riportandosi alla disposizione dell'art. 62 del codice di procedura civile.

Sostengono i due citati autori che si possa dal procuratore condannato in contumacia dal presidente, far valere le proprie difese col mezzo di ricorso al detto magistrato, ricorso da presentarsi nel termine di giorni dieci dalla ricevuta notifica dell'ordinanza.

Osserva il Mattirolo, nel combattere questa asserzione, come non vi sia vera analogia fra le condanne di cui si parla all'articolo 62 e quella considerata dal primo comma dell'articolo 170.

Le pene pecuniarie di cui al ripetuto articolo 62, sono applicabili dietro richiesta del Ministero Pubblico, o anche d'uffizio, invece la condanna del procuratore di cui si fa cenno, non può essere pronunciata nell'ordinanza presidenziale, se non sull'istanza della parte interessata e sentito il procuratore giudicabile.

Il Mattirolo taglia netto la questione ponendo il seguente brillante dilemma: o il procuratore, dice egli in conclusione, fu debitamente chiamato e non volle comparire, ed allora non è più il caso di ammetterlo ad una difesa, cui esso rinunziò, ricusando di obbedire all'ordine ricevuto; o non fu chiamato, ed in questo caso l'ordinanza del presidente che lo condanna *è illegale* e potrà, come tale, essere impugnata col mezzo dei rimedi che il diritto comune permette contro tutti i pronunciati contrari alla legge (2).

25. A complemento di trattazione vogliamo aggiungere due parole per quel che riguarda le nullità degli atti di cui all'articolo 191 della legge di procedura. Questo articolo dice: « Le nullità degli atti procedurali posteriori alla citazione sono sanate se non sieno proposte specificatamente nella comparsa successiva all'atto che si vuole impugnare » (3). Tale disposizione suona conforme allo spirito tutto che regge la nostra legge in materia di nullità; solo conviene qui osservare, come sia d'uopo distinguere le eccezioni che riguardano il merito da quelle proprie della procedura.

Queste ultime non possono più proporsi quando ciò non siasi fatto specificatamente nella successiva comparsa, mentre in ordine alle prime non v'ha disposizione di legge che impedisca di farle valere anche dopo dedotte altre difese (4).

Capo III. — **Legislazione comparata.**

26. Necessità di questo accenno. — 27. Germania. — 28. Austria. — 29. Francia. — 30. Ginevra. — 31. Belgio. — 32. Grigioni. — 33. Breve scorsa comparativa.

26. Nel trattare sistematicamente delle comparse, siamo venuti, volta per volta, ad accennare ai sistemi accolti in riguardo allo istituto dai diversi codici (specialmente italiani) che hanno preceduto la norma processuale attualmente vigente fra noi.

Ora ci si impone, ineluttabile, la necessità di dare una scorsa, se non proprio critica, almeno obbiettiva delle estere legislazioni in vigore, per quanto esse disciplinano la materia delle comparse e quella affine della comunicazione dei documenti.

27. Il codice germanico del 1877, entrato in vigore il 10 ottobre 1879 (5), è improntato al sistema annoverese dell'oralità del processo; sistema che è l'opposto diretto dell'altro dell'*Allgemeiner Deutscher Civilprocess*, il quale ultimo, invece, consacra il principio del processo scritto, regolato però dall'intervento del magistrato.

Mediante il sistema del processo orale, l'istruzione della causa viene condotta senza l'intervento o il controllo del giudice.

L'attore e il convenuto, con le loro conclusioni scritte e motivate, preparano il dibattito orale; ma è solo all'udienza che è dato alle parti di svolgere le loro eccezioni e le loro difese.

Di qui ne viene che quanto fu scritto nelle conclusionali

(1) Art. 179 cod. Alb.

(2) Mattirolo, Op. cit., vol. 3°, 3ª ediz., pag. 324.

(3) App. di Casale, 26 luglio 1886, *Strada* e *Biraghi* c. *Comunità di Scaldasole (Giurisp.* Casale, VI, 238; Cuzzeri, *Annuario*, Verona, 1887, voce *Nullità*, n. 2).

(4) Vedi in proposito il Ricci, *Commento al codice*, vol. I, tit. VI, n. 353-354.

(5) Ordinamento della procedura civile del 30 gennaio 1877 (*Civilprocessordnung vom 30. Januar 1877*).

non può fare obbietto della deliberazione del giudicante magistrato, se non formò pure obbietto della discussione alla udienza, e, all'inverso, ciò che fu esposto all'udienza, deve essere base del giudicato anche se altrettanto non leggasi nelle conclusioni.

E però, fin che non sia chiusa l'udienza, le parti possono liberamente estendere, modificare o sopprimere le precedenti loro conclusioni, quando però non snaturino, con tali innovazioni, l'azione proposta.

Il § 119 del codice germanico stabilisce, adunque, che la discussione della causa, fra le parti, innanzi all'Autorità giudicante è orale (*mündliche Verhandlung*); aggiunge però la legge che, nelle cause, per le quali è necessario l'intervento e l'assistenza del procuratore legale, la discussione è preparata con comparse (*Schriftsätze*).

Stabilisce, pertanto, a questo proposito il legislatore germanico che l'inosservanza di tale disposizione non produce alcun pregiudizio al merito della causa; e che negli altri giudizî lo scambio di comparse è facoltativo (§ 120).

Fra la notificazione dell'atto istitutivo del giudizio e la udienza fissata per la discussione orale deve intercedere lo spazio di almeno un mese (termine per la prima comparizione — *Einlassungsfrist*).

Il convenuto deve rispondere all'attore notificandogli una comparsa entro i due primi terzi del tempo che deve trascorrere dalla notificazione dell'atto di citazione, all'udienza fissata per la discussione orale.

Sempre che l'atto istitutivo del giudizio e la risposta ad esso (*Klagebeantwortung*) non siano sufficienti a preparare la discussione orale, ogni parte ha diritto di comunicare all'avversario le deduzioni in fatto, i mezzi di prova e le domande, sulle quali costui presumibilmente non può rispondere senza prima assumere delle informazioni.

Tale comunicazione deve essere fatta mediante comparsa prima della discussione orale, ed abbastanza in tempo perchè l'avversario possa assumere le occorrenti informazioni.

Se abbia luogo un aggiornamento della discussione orale, l'Autorità giudiziaria può stabilire i termini entro i quali debbono essere comunicate le comparse ancora occorrenti (1).

Per la legge germanica le comparse debbono contenere:

a) l'indicazione delle parti e dei legittimi loro rappresentanti, col rispettivo nome, stato e professione, domicilio e posizione in giudizio (*Parteistellung*);

b) l'indicazione dell'Autorità giudiziaria, dell'oggetto della causa, e del numero degli allegati;

c) le conclusioni che la parte intende proporre alla udienza;

d) la determinazione indicativa dei fatti (*thatsächliche Verhältnisse*), sui quali va fondata l'istanza;

e) le risposte alle osservazioni in fatto, dedotte dall'avversario;

f) la indicazione dei mezzi di prova, di cui la parte vuol servirsi per sostenere o combattere le asserzioni in fatto, come le dichiarazioni della parte intorno ai mezzi di prova dedotti dall'avversario;

g) nei giudizi in cui è necessario il procuratore legale, la sua sottoscrizione e, negli altri giudizî, la sottoscrizione della parte stessa o di chi agisce per lei come mandatario o come gestore di negozio, giacchè le leggi germaniche ammettono in *giudizio* la *gestio negotiorum* affatto inammissibile, di regola, presso di noi.

Alle comparse debbono essere allegati per originale o per copia i documenti che si trovano in mano delle parti, e che sono stati richiamati negli atti scritti.

Se si invocano soltanto singole parti di documenti, basta allegarne un estratto (*Auszug*), che contenga l'intestazione del documento (*Eingang*), il passo in questione, la chiusura (*Schluss*), la data e la sottoscrizione.

Se i documenti sono già conosciuti dall'avversario, o di notevole volume, basta la loro esatta indicazione con l'offerta di darne comunicazione (*Erbieten Einsicht zu gewähren*).

La comparsa che contiene nuovi fatti e nuove deduzioni deve essere notificata almeno una settimana prima, e nei giudizi incidentali (*Zwischenstreit*), almeno tre giorni prima della discussione orale.

La comparsa che contiene una risposta alle nuove deduzioni deve essere notificata almeno tre giorni prima della discussione orale.

Non è necessaria la notificazione di una replica scritta (*Gegenerklärung*), quando si tratta di un giudizio incidentale. Disposizione tutta speciale della legge germanica, in confronto della nostra, si è quella per cui le parti debbono presentare in cancelleria una copia della loro comparsa e dei documenti allegati, destinata all'autorità giudicante.

Questa presentazione viene fatta contemporaneamente alla notificazione dell'originale, quando la fissazione di una udienza o la notificazione debbono esser fatte per mezzo del cancelliere; negli altri casi immediatamente dopo la notificazione della comparsa.

La parte è obbligata, quando vi è invitata a tempo, a depositare in cancelleria, prima della discussione orale, ed avvertendone l'avversario, quei documenti, che si trovano nelle sue mani e che ha citato in comparsa.

La controparte ha diritto ad un termine di tre giorni per prenderne visione. Il presidente dietro istanza può prolungare ed abbreviare il termine (2).

Osserviamo in proposito, che per la legge germanica la autorità giudiziaria può ordinare che una parte presenti i documenti che si trovano in sua mano, e che sono stati da essa citati (3).

Notevoli limitazioni alla massima: *nemo tenetur edere contra se*, ci son porte dal disposto del § 387.

E, infatti, l'avversario è obbligato a presentare la scrittura quando colui che chiede la prova, secondo i dettami del diritto civile, può chiedere la consegna o la presentazione della scrittura anche indipendentemente da quel giudizio, o quando la scrittura pel suo contenuto sia comune all'avversario e a colui che chiede la prova.

Una scrittura è poi considerata come comune specialmente fra quelle persone, nel cui interesse è stata formata, o i cui vicendevoli rapporti sono provati con essa.

Come scritture comuni si considerano, d'altronde, dalla legge del 1879, anche quelle, che contengono le trattative avvenute fra gli interessati, o fra uno di essi e il comune mediatore per la conclusione di un negozio giuridico.

Aggiungi, in fine, che l'avversario è tenuto anche ad offrire le scritture che furono da lui accennate, nel corso della controversia, a base del suo assunto.

Quando egli nieghi che la scrittura si trovi in suo pos-

(1) Cod. proc. civ. germ., § 244, 245.

(2) Cod. proc. civ. germ., § 121 a 125.

(3) Cod. proc. civ. germ., § 133.

sesso, dovrà corroborare il diniego con la solennità del giuramento negativo di manifestazione, a mente del disposto del § 371.

È in facoltà dei procuratori di effettuare fra di loro (*von Hand zu Hand*) la comunicazione dei documenti dietro semplice ricevuta; lodevole disposizione, la quale attua così un sistema di comunicazione e di notifica semplice, spedito e poco dispendioso, sistema che potrebbe essere accolto anche dal patrio legislatore, e che, del resto, trova acconcio posto in un codice così largo in materia di notificazione.

Notiamo infatti di sfuggita come le notificazioni, pel codice germanico possano effettuarsi anche per mezzo della posta (1).

Se un procuratore legale non restituisce nel termine stabilito, il documento consegnatogli, dietro istanza, e previa discussione orale, dovrà essere condannato alla immediata restituzione del medesimo.

Contro tale sentenza incidentale è ammessa immediata opposizione (2).

Questa opposizione deve essere prodotta entro un termine perentorio di due settimane a partire dalla data della notificazione della decisione.

I termini stabiliti per la notificazione delle comparse possono essere abbreviati, dietro istanza (3).

Sulla istanza per l'abbreviazione o la proroga di un termine, può decidersi anche senza precedente discussione orale.

L'abbreviazione o la proroga ripetuta di un termine può essere concessa soltanto dopo udito l'avversario.

Non è ammessa impugnativa contro la decisione che ha rigettata la domanda di proroga di un termine (4).

28. Secondo il regolamento del processo civile austriaco, è in vigore, in fatto di procedimento, il duplice sistema della forma scritta e della forma verbale.

Statuisce il legislatore austriaco, anzitutto, il principio della limitazione delle scritture, che non possono essere che due e non più.

È solo permessa adunque all'attore la *petizione* e la *replica;* al reo la *risposta* e la *duplica* (5).

Il reo convenuto deve nella risposta farsi carico di tutte le circostanze narrate dall'attore nella petizione, e rispondere sopra ciascuna in particolare, riempiendo, quando occorra, le lacune nel fatto, con le circostanze che l'attore avesse per avventura taciute o alterate, adducendo insieme tutte le eccezioni dilatorie e perentorie, con precedenza di quelle che hanno origine dal fatto stesso.

Nella replica, l'attore deve rispondere sopra tutte le circostanze addotte dal reo nella sua risposta, senza però ripetere ciò che ebbe a dire nella petizione, e senza aggiungere nuove circostanze, a meno che egli sia obbligato a far uso delle medesime per confutare le eccezioni del reo.

Così, il reo convenuto deve nella duplica rispondere alle nuove circostanze che l'attore avesse addotte nella replica, senza che egli possa addurne di nuove, se non se ed in quanto queste fossero atte a confutare le nuove circostanze avanzate dall'attore.

Ogni scrittura deve indicare, al di fuori, l'indirizzo al tribunale cui va presentata con la denominazione che le è propria: se petizione, cioè, risposta, o duplica, ecc.; deve inoltre contenere il nome, il cognome, la condizione, il carattere e l'abitazione di ambedue i litiganti, e, finalmente, l'oggetto della controversia.

Ove la parte sia assistita da patrocinatore, la scrittura dovrà pure da questo essere firmata.

Dice la legge austriaca, al § 30, che nel processo per iscritto, il giudice trasmette la petizione, ossia il libello al reo convenuto, ed a lui prefigge un termine entro il quale il medesimo dovrà presentarla (sistema dell'intervento del magistrato).

Un tal termine è di giorni trenta quando il reo convenuto si trovi nel luogo del giudizio, di giorni sessanta se non si trovi nel luogo del giudizio, ma però entro i confini della Monarchia Austro-Ungarica, di giorni novanta, se abiti all'estero.

Se il reo non presenta la risposta entro il prefissogli termine, si presterà intiera fede all'attore, anche senza ulteriore prova intorno al fatto, in quanto non risulti però il contrario dalle prove prodotte: si inrotuleranno, dietro istanza, gli atti, giusta il metodo di legge, e si giudicherà come di ragione (6).

Quando il reo convenuto credesse di non essere obbligato a rispondere e contestare avanti quel giudice (eccezione declinatoria del fôro) sulla petizione intimatagli, egli deve restituire la petizione stessa, entro la metà del termine accordatogli per la presentazione della scrittura di risposta, adducendo però le ragioni e le circostanze giustificanti la restituzione.

Se risulta davvero la incompetenza dell'autorità adita, il giudice deve avvisare d'altrettanto ambedue le parti; se invece viene rigettata la eccezione d'ordine, ricomincia a decorrere pel reo convenuto l'intero primo termine per la presentazione della sua scrittura di risposta.

Questo termine nuovo ha la sua decorrenza dal giorno in cui fu al reo intimata la decisione del giudice.

Quando trattisi di cosa giudicata, il reo restituisce la petizione con la presentazione della sentenza che già decise della lite.

Una volta che la risposta è stata presentata in tempo debito, il giudice la spedisce all'attore per la sua replica, ed a questo prefigge il termine entro cui la medesima dovrà essere presentata.

Il termine per la presentazione della replica sarà di giorni quattordici, qualunque sia il luogo di dimora dell'attore (7).

Se l'attore non presenta la replica nel termine di legge, dietro istanza di una delle parti, si passa alla inrotulazione degli atti, e si tengono come vere le circostanze tutte allegate dal reo convenuto nella risposta sul fatto o a prova delle sue eccezioni, e si pronunzierà su gli atti presentati fino a quel giorno.

Non è poi permesso all'attore, per la legge austriaca, di addurre nella replica nuove circostanze, o nuove prove, ma solo, si delle une che delle altre, quelle strettamente necessarie alla confutazione dei fatti e delle eccezioni spiegate dal reo nella risposta.

Così, se l'attore adduca nuove circostanze o nuove prove nella sua replica, il magistrato non deve aver riguardo a

(1) Cod. proc. civ. germ., § 176.
(2) Id., § 126.
(3) Id., § 204.
(4) Id., § 203.

(5) Regolamento del processo civile austriaco, § 2.
(6) Id., § 32.
(7) Id., § 37.

tali innovazioni nel pronunciar la sentenza, a meno, però, che il reo convenuto non abbia nella duplica risposto e contestato, senza riserva, in ordine a queste nuove deduzioni (1).

Quando, tuttavia, l'attore sia in grado di provare con validi argomenti (e per validi argomenti intendonsi quelli che rendono l'allegazione meritevole di fede) di non avere omesse nella petizione quelle novità, che vuole introdurre nella replica, al fine di ritardare, intralciare o turbare la controversia oscurandola o snaturandola, il § 40 della legge gli dà facoltà di introdurre le dette novità nella replica.

Per far ciò dovrà l'attore presentare, prima della produzione della replica, speciale ricorso al giudice, chiedendo la permissione di addurre questi nuovi motivi.

Il giudice, sentito il reo, decide con decreto, omessa in proposito qualsiasi motivazione.

Se il ricorso viene presentato in un solo atto con la replica, il giudice dovrà ordinare una comparizione e sentire le parti prima di emanare il decreto. In tal caso, dispone poi il citato § 40, nella replica contestualmente presentata, il giudice dovrà ingiungere l'eseguimento di ciò che verrà a risultare dalla sessione.

Prodotta la replica, questa deve essere dal giudice spedita al reo per la duplica, assegnandosi al medesimo un termine di quattordici giorni per la presentazione di quella, qualunque sia il luogo di dimora del reo convenuto.

Se il reo non presenta la duplica nel termine prefisso, si passa, dietro istanza dell'una o dell'altra parte, alla inrotulazione degli atti. Si tengono per vere, allora, le nuove circostanze di fatto spiegate dall'attore nella replica, e la sentenza è pronunziata sulla base degli atti presentati sino a questo punto del giudizio.

Quando l'attore abbia nella replica introdotte nuove circostanze, o nuove prove, il reo potrà sempre a confutazione delle medesime produrre nuove circostanze e prove nuove (2).

È infine da osservare che, se anche il reo potesse, con validi argomenti, provare che le nuove deduzioni spiegate nella duplica, non furono taciute nella risposta per ritardare od oscurare la conduttura della controversia, si può procedere in tutto come si è statuito pel caso analogo alla replica.

E qui la legge in esame stabilisce una specie di eccezione alla regola adottata dal sistema informatore del codice austriaco, solennemente proclamato al § 2.

Quando il reo, cioè, abbia addotto nella duplica nuove circostanze o nuove prove, dovrà permettersi alle parti una scrittura conclusionale e controconclusionale, da presentarsi entro un altro termine di quattordici giorni. In tali scritture si potrà trattare solamente di ciò che di nuovo fu dedotto nella duplica, evitando qualsiasi prolissità o ripetizione.

Quando poi il reo abbia ottenuto facoltà di introdurre novità nella duplica, l'attore potrà sempre addurre nella conclusionale quelle nuove circostanze e quelle nuove prove atte a confutare opportunamente le novità inserte nella duplica.

Intorno alla comunicazione dei documenti rileviamo come la legge austriaca ha seguito il sistema del doppio processo.

Ciascun patrocinatore insieme alla citazione e ad ogni singola comparsa deve far notificare al patrocinatore avversario la copia, spedita a di lui cura, dei documenti che sono nella medesima accennati a base e a complemento della domanda o della eccezione.

La fedeltà delle copie è garantita dalla posizione ufficiale del patrocinatore, che deve poi firmarle, e la parte cui è comunicata la copia in discorso ha sempre diritto di confrontarla con gli originali.

Le comparse si redigono in due copie, una per l'attore, l'altra pel convenuto, e, con questo mezzo, ciascuna delle parti trovasi ad avere tutto intero il volume degli atti, identico a quello dell'altra parte.

29. Anche per la legislazione francese corre il principio della limitazione del numero delle scritture da scambiarsi fra le parti; limitazione ben grave in massima, e radicale affatto nel caso particolare, dacchè anche per il codice di procedura civile francese non è permesso che le comparse possano essere più di due.

Scorsi quindici giorni dalla costituzione dell'attore, il reo deve far notificare la sua difesa (*défense*) sottoscritta dal suo patrocinatore (*avoué*); tali difese debbono contenere l'offerta dei documenti in appoggio alle spiegate deduzioni.

La comunicazione dei documenti può esser fatta all'amichevole da patrocinatore a patrocinatore, *brevi manu*, o pel tramite dell'ufficio di cancelleria (3).

Dentro gli otto giorni seguenti, l'attore deve far notificare la sua replica alle difese comunicategli dal reo (4).

La differenza di misura nel termine, o, meglio, la brevità di questo secondo periodo è giustificata dalla considerazione che l'attore deve già presumibilmente aver raccolti i suoi documenti ed ordinati i suoi mezzi di difesa, durante l'altro periodo, di cui ha già fruito (5).

Se il reo non ha prodotto, nel termine dei quindici giorni, la sua difesa, l'attore può chiamare la causa all'udienza, con semplice atto di procuratore (6).

Decorso invece il termine accordato all'attore per far notificare la sua risposta, la parte più diligente potrà chiamare la causa all'udienza, mediante atto di procuratore; come è in facoltà dell'attore di chiamare la causa all'udienza, subito dopo ricevuta la notifica della difesa del reo, omettendo, così, di rispondervi (7).

Non sono permesse, oltre a queste, altre scritture: se ne corressero fra le parti ancora, esse non entrerebbero in tassa, come non entra in tassa che uno solo (per ogni singola parte) degli atti di procuratore di chiamata all'udienza.

Il tribunale prende cognizione dell'affare alla pubblica udienza, e se la discussione orale non gli porge lumi sufficienti, ordina la istruzione scritta.

Dopo quindici giorni dalla notificazione del decreto, che ordina la istruzione scritta, l'attore fa notificare una comparsa, con la quale espone la forza dei suoi mezzi.

Tale comparsa (*requête*) ha forma di domanda motivata; è diretta al giudice, ed è chiusa con l'elenco dei documenti allegati in favore dell'instante.

Nelle ventiquattr'ore, l'attore deve produrre in cancelleria, e della produzione eseguita deve curare la notifica alla controparte.

Il reo prende comunicazione dei documenti depositati in

(1) Regolamento del processo civ. austr., § 39.
(2) Id., § 44.
(3) Cod. proc. civ. franc., art. 77.
(4) Id., art. 78.
(5) Carré, Op. cit., sull'art. 78 n. LXVII, tom. I, 1ª p., pag. 358.
(6) Cod. proc. civ. franc., art. 79.
(7) Id., art. 80.

cancelleria nei quindici giorni che seguono, ed in questo giro, comunica egli pure la sua risposta, con l'elenco dei proprî documenti.

Entro ventiquattr'ore da questa notificazione, il reo rimette in cancelleria (*au greffe*) la produzione comunicatagli, e produce la sua, facendola notificare all'attore (1).

Quando più sieno i rei, e, per conseguenza, più i patrocinatori con interessi differenti, ciascun d'essi gode del termine come sopra, a fine di potere debitamente ricevere le comunicazioni, rispondervi, e fare le rispettive produzioni.

La comunicazione viene eseguita successivamente, a cominciare dalla parte più diligente.

Se l'attore non ha fatto la produzione nel termine assegnatogli, il reo provvede alla produzione propria, e l'attore ha soli otto giorni di tempo per contraddirvi.

Scorso un tal termine infruttuosamente, si dà sentenza sulla base della produzione del reo; se è questi, invece, che non ha fatto la produzione nel termine di rigore, si giudica su quella dell'attore.

Se uno dei termini di sopra accennati decorre senza che alcuno dei rei abbia preso in comunicazione la produzione attrice, si pronuncia su ciò che trovasi prodotto.

Se l'attore non ha curato di fare la sua produzione, il reo più diligente rimette in cancelleria la propria, e la istruzione continua nel modo che si è detto.

Se le parti credono di produrre nuovi documenti, lo debbono fare in cancelleria con un atto di produzione contenente lo stato dei documenti stessi; tale atto di produzione è notificato al procuratore avversario, che ha tempo otto giorni per rispondervi.

Le comunicazioni tutte son fatte per mezzo dell'ufficio di cancelleria, dietro ricevuta datata e sottoscritta dal procuratore.

Se i procuratori, nel termine stabilito, non rimettono i documenti presi in comunicazione, dietro relativo certificato del cancelliere e previa semplice citazione a comparire si giudica condannando il procuratore personalmente, e senza appello, alla restituzione dei documenti, alle spese di detto giudizio senza diritto di ripetizione, ed alla multa di dieci franchi, al minimo, per ogni giorno di ritardo nella restituzione, a titolo di danni ed interessi.

Se i procuratori non restituiscono i documenti entro gli otto giorni immediatamente successivi alla notificazione della sentenza di condanna, può il tribunale condannarli inappellabilmente a multa più grave, e persino all'arresto, o alla sospensione dall'esercizio della professione per un periodo di tempo da determinarsi dal tribunale stesso.

La condanna può pronunziarsi a istanza di parte, senza d'uopo di assistenza del procuratore, e sopra semplice memoria che le parti stesse indirizzano al presidente, al giudice relatore, o al procuratore della Repubblica.

30. La legge di procedura civile per il Canton di Ginevra, del 29 settembre 1819, ammette come regola il così detto rito sommario, mentre l'istruzione ordinaria e l'istruzione scritta del metodo francese, formano, per la legislazione ginevrina, l'eccezione; questi due riti sono autorizzati dal giudice volta per volta, e a seconda e in quanto le esigenze e la natura della causa gli paia che il richieggano:

« Il est plus naturel, dice il Bellot nella sua esposizione dei motivi della legge di procedura civile, de remonter du simple au complexe, que de descendre du complexe au simple » (2).

Anche quando si tratta di applicare la istruzione scritta per la legge ginevrina, non ricorrono termini fissi, precisi e perentorî entro i quali debbansi presentare le scritture.

Pel sistema che ora ci occupa, sistema tutto basato sulla teoria dell'intervento del magistrato, è il giudice medesimo che ha facoltà di fissare ad ogni singola occasione i termini per lo scambio delle scritture e la loro misura.

Quando, pertanto, è il caso di procedere con la forma scritta (*instruction préalable à la plaidoirie*), resta obbligatoria la costituzione di procuratore, che vien fatta sul foglio di udienza.

Una volta comparso l'attore, il giudice fissa il termine entro il quale il reo dovrà presentare le sue difese (3); se però la domanda dell'attore non fosse abbastanza sviluppata, il giudice potrà ordinare a quello di produrre, entro un termine pure da fissarsi dal giudice medesimo, una richiesta suppletiva (*écriture additionnelle*); in questo caso il termine assegnato al convenuto per presentare le sue difese dovrà decorrere dalla presentazione della seconda domanda.

In appresso e successivamente il giudice accorderà nuovi termini all'attore ed al reo per produrre altre scritture, semprechè, nella sua prudenza, esso lo stimi necessario (4).

I termini, lasciati, come si disse, alla discrezione del giudice, dovranno esser tali da concedere alle parti il solo tempo necessario per provvedere alla loro difesa; nè potranno essere prorogati senza giusti motivi (5).

È poi in facoltà del giudice anche di assegnare e determinare *a priori* e fin da principio la misura dei termini, entro i quali le parti dovranno poi produrre le loro scritture.

Le scritture debbono contenere:

a) in testa dell'atto, la nuda esposizione dei fatti, con la precisa e particolareggiata loro articolazione. La parte cui sono opposti è tenuta a riconoscerli, o a negarli categoricamente. Il silenzio, o una risposta evasiva alle asserzioni spiegate come sopra potranno interpretarsi quale riconoscimento implicito delle medesime;

b) la scrittura deve inoltre contenere la esposizione dei mezzi di difesa e delle eccezioni, in forma succinta e sommaria;

c) le conclusioni che le parti intendono di prendervi;

d) l'elenco dei documenti di cui intendono di valersi;

e) l'offerta in comunicazione dei documenti medesimi.

Le scritture sono datate e sottoscritte dai procuratori, che le producono, o dagli avvocati, se da questi vennero redatte. Lo scambio delle scritture è fatto fra i procuratori mediante copie sottoscritte dai medesimi; lo scambio eseguito deve risultare da una ricevuta stesa in calce all'originale (6).

Quanto alla comunicazione dei documenti, questa viene fatta per mezzo della cancelleria, o all'amichevole, da procuratore a procuratore, dietro semplice ricevuta. Il termine da assegnarsi alla parte per la restituzione del documento decorrerà dalla data di questa ricevuta (7).

(1) Cod. proc. civ. franc., art. 97 a 106.

(2) Bellot, *Exposé des motifs de la loi sur la procédure civile pour le Canton de Genève*, 1ª p., tit. 4, pag. 46; Paris 1837.

(3) Loi sur la proc. civ. pour le Canton de Genève, article 73 et suivants.

(4) Loi sur la proc. civ. pour le Canton de Genève, art. 76.

(5) Id., art. 744.

(6) Id., art. 77-81.

(7) Id., art. 82.

Il procuratore, che non restituisce, entro il termine fissato, i documenti ricevuti in comunicazione, viene condannato all'ammenda e al rifacimento dei danni alla parte lesa (1).

In tal caso, il procuratore viene giudicato, dietro richiesta della parte interessata, dal tribunale che conobbe della causa principale. Il pronunciato verrà emesso in prima istanza solo da tribunali inferiori (2).

Per ciò che riguarda, diremo così, la polizia del procedimento, accenniamo alle disposizioni del codice, per le quali qualsiasi atto e scrittura frustranea, defatigatoria ed oziosa (*oiseuse*) non può entrare in tassa e viene per conseguenza cassata dal giudice nella specifica del procuratore (3). La parte, poi, che a fondamento della particolare sua domanda avesse fatto ricorso a false allegazioni, o a menzognere denegazioni, o fosse trascorsa ad imputazioni calunniose all'indirizzo della controparte, usando così nella difesa sua di mezzi di mala fede, sarà condannata alla rifazione dei danni verso la parte lesa ed all'ammenda (4).

31. Anche per la legislazione del Belgio seguesi il sistema adottato dal codice ginevrino dell'intervento del magistrato a regola del dibattito introduttivo del giudizio fra le parti contendenti.

Nel termine di quindici giorni dalla costituzione dell'attore il convenuto farà notificare (dice il codice del 24 aprile 1806) la sua comparsa di risposta, sottoscritta dal procuratore e contenente l'offerta in comunicazione dei documenti di cui intende servirsi a conforto della sua difesa, indicando il modo in cui avverrà la comunicazione stessa, o all'amichevole, cioè, da procuratore a procuratore, o per mezzo della cancelleria (5). Se il convenuto omette di esporre le sue difese nei detti quindici giorni, l'attore potrà con semplice atto di procuratore far chiamare la causa all'udienza.

L'attore ha tempo otto giorni per far notificare la sua replica alla difesa del convenuto, e può anche chiamar la causa all'udienza, subito dopo ricevuta notifica della difesa del convenuto, senza rispondervi, a suo piacimento.

Spirato il termine assegnato all'attore per far notificare la sua replica, la parte più diligente è in facoltà di chiamare la causa alla udienza colla semplice procedura già accennata.

Non sono permesse altre scritture; e quando per avventura ve ne fossero, esse non entrano in tassa; così non entra in tassa che un sol atto di chiamata all'udienza per ogni singola parte (6).

Se il tribunale crede che l'affare non sia passibile di pronuncia dietro la semplice discussione orale, ordina la istruzione scritta, nominando il giudice relatore.

Nei quindici giorni dalla notifica dell'ordinanza che manda all'istruzione scritta, l'attore deve far notificare una memoria (*requête*) contenente le sue deduzioni e l'elenco dei documenti prodotti in aiuto delle sue istanze.

Entro ventiquattr'ore da questa notifica, l'attore è tenuto a fare la sua produzione in cancelleria notificando al convenuto la eseguita produzione.

Nei quindici giorni dalla produzione dell'attore in cancelleria, il convenuto deve prenderne comunicazione, e notificare all'attore la sua risposta offrendo lo stato dei documenti di cui vuol far uso.

Il convenuto ha ventiquattro ore di tempo, a partire dalla detta notifica, per ritornare in cancelleria le produzioni da lui prese in comunicazione; eseguirà le proprie e notificherà il relativo atto di produzione all'attore.

Se sono in causa più convenuti, con interessi diversi e rappresentati da diversi procuratori, ciascuno di essi godrà dei termini sopra fissati per prendere le comunicazioni, rispondere e produrre a loro volta.

La comunicazione verrà loro fatta in ordine successivo e a cominciare dal più diligente.

Se l'attore non ha fatta la sua produzione nei termini stabiliti, il convenuto deposita la sua in cancelleria, come si disse, e l'attore non ha che otto giorni per prenderne comunicazione e replicare; scorso questo termine, si dà sentenza sulle produzioni del convenuto, come si pronuncia sentenza sulle produzjoni attrici, quando è il convenuto che non ha fatto le sue produzioni nei termini prescrittigli.

Se è spirato l'uno dei termini senza che nè una parte nè l'altra abbia preso comunicazione, si giudica su ciò che fu fino allora prodotto.

Omesso dall'attore di fare la produzione, il convenuto più diligente depositerà in cancelleria la propria produzione, e l'istruzione sarà continuata nel modo di cui si disse di sopra.

Quando si voglian produrre nuovi documenti, la produzione si fa in cancelleria con atto di esibizione contenente lo stato dei documenti medesimi, e nón altro; tale atto si notifica al procuratore avversario.

L'altra parte ha otto giorni per prenderne comunicazione e rispondervi.

Non sono quindi possibili altre scritture, notificazioni o comunicazioni, a pena di non esser comprese in tassa, allorchè se ne eseguissero ancora.

Le comunicazioni son fatte in cancelleria dietro ricevuta datata e sottoscritta dal procuratore.

I procuratori che non restituiscono nei termini fissati le produzioni prese in comunicazione, dietro certificato del cancelliere, e con sommaria citazione a comparire, sono condannati personalmente e senz'appello alla restituzione, alle spese di detta procedura senza diritto di ripetizione, e alla multa almeno di dieci franchi per ogni giorno di ritardo, a titolo di danni e interessi.

Se la restituzione non avviene neppure dopo scorsi otto giorni dalla notifica del giudicato di condanna, il tribunale potrà infligger loro multa più grave, sospenderli dalla professione pel tempo che crederà conveniente, *et même condamner l'avoué par corps*.

Tali condanne possono pronunciarsi dietro istanza della parte, senza bisogno d'assistenza di procuratore, con semplice domanda (*mémoire*) diretta al presidente, al giudice relatore, o al procuratore del re (7).

Il § V della I parte del codice di procedura belga, alla voce *Comunicazione dei documenti*, stabilisce che le parti possono rispettivamente chiedere con semplice istanza, comunicazione dei documenti allegati in lor confronto nei tre giorni dopo la notifica della produzione dei medesimi.

In tal caso la comunicazione si fa o per mezzo della cancelleria, o da procuratore a procuratore dietro ricevuta; nè possono i documenti essere asportati se non nel caso che la

(1) Loi sur la proc. civ. pour le Canton de Genève, art. 761, num. 3.
(2) Id., art. 757, 769.
(3) Id., art. 125.
(4) Loi sur la proc. civ. pour le Canton de Genève, art. 751, n. 3.
(5) Cod. di proc. civ. belga, art. 77.
(6) Id., art. 77 a 82.
(7) Id., art. 93 a 108.

controparte vi consenta, o ne esista copia conforme. Il termine della comunicazione decorrerà dalla data di ricevuta del procuratore, o da quella della sentenza che ne ha ordinata la comunicazione; fuori di questi casi il termine resta fissato nella misura di giorni tre.

Spirato inutilmente detto termine, il procuratore negligente, dietro semplice domanda (*requête*), o anche a semplice istanza di parte, sarà con ordinanza costretto alla restituzione immediata della produzione detenuta(*par corps*). Potrà pure essere condannato al pagamento di tre lire alla controparte per ogni giorno di ritardo a titolo di danni e interessi a partire dal dì della notifica della ordinanza in discorso, e alle spese di questo giudizio, spese che non potrà d'altronde giammai ripetere dal suo cliente.

Quando siavi opposizione, l'incidente si tratterà sommariamente e il procuratore, se soccombente, risponderà personalmente delle spese di quello e di quelle altre tutte che possano occorrere a seconda delle circostanze (1).

32. Il codice del Canton dei Grigioni, entrato in vigore col 1° giugno del 1871, stabilisce per eccellenza il principio della istruzione orale, limitando i casi di produzione di scritture solo in tema di *procedura assolutamente preliminare* (iniziamento e preparamento al processo in casi appellabili).

Il magistrato è il naturale regolatore di questa procedura iniziatrice del giudizio: spetta al medesimo di guidare lo svolgersi dei singoli episodi della propedeutica al dibattito.

Per le disposizioni legislative che formano in questo paragrafo obbietto del nostro studio, si determina adunque che in tutte le cause appellabili l'attore deve rassegnare al presidente del tribunale entro il termine perentorio di tre settimane una scrittura che deve contenere:

1° la domanda con la enumerazione articolata dei fatti che la parte attrice vuol comprovare, e i mezzi di prova corrispondenti;

2° tutte le istanze relative allo sperimento dei detti mezzi probatori;

3° i documenti in appoggio delle spiegate deduzioni.

Tale scrittura o sunto come lo definisce il codice dei Grigioni, viene senza ritardo comunicata alla controparte, la quale è, a sua volta, tenuta ad inoltrare entro il termine di quindici giorni, computati da quello della comunicazione del sunto dell'attore, un controesposto.

In questa scrittura a pena di perenzione, in caso di omissione, sono da enumerarsi le ricusazioni di competenza che avessero riferenza all'importo del valore.

Deve contenere il contraesposto la controdomanda da farsi agli esperti ed ai testimoni invocati nel sunto e l'accenno alle eventuali eccezioni contro la legittimazione di questi.

Volendo il convenuto impugnare il fôro adito, esso dovrà invocare in iscritto, invece del contraesposto, una ricusazione del fôro entro il medesimo termine, e sotto pena di perenzione.

Il contraesposto del convenuto è comunicato all'attore senza dilazione.

Se per l'esposizione del convenuto vien dato motivo all'attore di completare i mezzi di prova già da lui enunciati o di muovere delle controdomande ai testimoni, o agli esperti di parte avversa, egli è tenuto a ciò eseguire entro giorni sette computati dal momento della comunicazione.

Di tale supplemento sarà reso edotto il convenuto all'uopo di eventuale completazione delle sue prove entro lo stesso termine (2).

Il presidente in casi straordinarî può prorogare dietro istanza i termini insinuatori.

Si considera, frattanto, chiusa l'*istruzione processuale preparatoria*:

a) collo spirare del termine prefisso all'attore per insinuare il sunto, se non lo abbia rimesso entro questo termine;

b) qualora l'attore abbia insinuato il sunto a suo tempo, colla scadenza del termine prefisso al convenuto per la risposta, se questi non abbia inoltrato alcun esposto entro tal termine;

c) se i termini sono spirati a norma di quanto fu sopra esposto.

Così è chiusa pel codice dei Grigioni la istruzione scritta. Se questa ne presenti materia, il presidente istruisce il processo avanti di prefiggere il giorno d'udienza, sino al punto che la causa possa senza interruzione venire evasa al trattamento principale (3).

La susseguente trattazione delle parti davanti il fôro, dice l'art. 106, è *orale*.

33. Gettando uno sguardo largo e superficiale sulle esposte legislazioni, vediamo come, all'infuori della legge italiana, predomini nelle procedure moderne una decisa tendenza al sistema della limitazione della istruttoria scritta. Tale tendenza (avvertiva già il Mancini nel suo Commento al libro II del codice di procedura civile per gli Stati Sardi) è forse giustificata dalla speranza sorta nei varî legislatori di giungere, coll'adottato sistema, a semplificare il processo, avvisando che gran parte della giustizia sta nell'amministrarla prontamente, con poca fatica e poca spesa; e quest'ultimo è un vero indiscutibile (4).

Ma il dubbio che formolavasi in allora l'illustre giureconsulto è il dubbio che può oggi pure opporsi ai legislatori esteri.

Colla istruzione orale, o almeno colla limitazione di quella scritta, si è risolto il sistema della chiarezza, della brevità e della economia?

Gravi sono d'altronde gli inconvenienti della istruzione assolutamente orale, come quella che non è praticamente adeguata a condurre processure per loro natura complicate, e tali da non aver conseguente sviluppo che con istruttorie esaurienti e ponderate; e grave è pure il mezzo termine di una procedura anfibia che non raggiunge nè l'uno scopo nè l'altro.

Osserva argutamente il Mattirolo, parlando del sistema legislativo francese in fatto di istruzione processuale, che le disposizioni relative al medesimo, se sono dettate nel lodevole intento di abbreviare il meccanismo scritto, di fatto riescono per lo più ad annullare i vantaggi di detta istruzione ed a protrarre al di là del suo termine naturale il procedimento.

Infatti, soggiunge l'autore, una volta limitato arbitrariamente il numero delle scritture che le parti possono pre-

(1) Cod. proc. civ. belga, art. 188 a 192.

(2) Cod. proc. civ. per il Canton dei Grigioni, art. 89 a 92, p. III capo III.

(3) Cod. proc. civ. per il Canton dei Grigioni, art. 95, 96 e 97.

(4) Mancini, Op. cit., pag. 317, CDXLIX.

sentare, dovevasi logicamente accordare a quello dei litiganti, che non potè nell'istruzione scritta replicare all'ultima scrittura dell'avversario, di rispondervi all'udienza producendo in questa quei nuovi documenti e deducendo quelle nuove prove, che creda necessarie ed opportune a confutare e ribattere le deduzioni e le conclusioni spiegate nell'ultimo scritto dell'avversario; di qui il primo inconveniente che presenta il sistema francese, la confusione, cioè, delle due istruzioni.

Ma ad altre e più serie conseguenze si giunge col detto sistema. Una volta, infatti, che sia data alle parti la facoltà di produrre nuovi documenti all'udienza, ognuna d'esse studierà il mezzo di privare l'avversario della possibilità di conoscere e di esaminare prima dell'udienza stessa accuratamente le prove che essa vuole presentare o dedurre; e così l'una e l'altra parte si asterranno dal produrre le loro prove nel corso della procedura scritta, sperando così di sorprendersi reciprocamente all'udienza; onde l'Autorità giudicante si troverà spesso costretta a riaprire il corso dell'istruzione.

Si è perciò, conclude il Mattirolo, che col sistema del legislatore francese, oltre al dar facile occasione alla mala fede delle parti, l'istruzione riesce spesso meno completa ed accurata, e talvolta più lunga di quanto lo comporti lo sviluppo normale del processo (1).

Fatta la critica del codice francese, è fatta può dirsi la critica anche delle altre legislazioni vigenti, critica che può esser più severa o meno a seconda della misura da quelle adottata nella limitazione delle scritture.

Toccando delle singole disposizioni osservate in questo capo, ci pare lodevole e degno di imitazione il sistema semplicissimo delle comunicazioni fra i procuratori dietro scambio di ricevuta, come ci sembra condannabile l'ingiunzione che è fatta alle parti di comunicare copia della comparsa anche al magistrato perchè contraria alla speditezza della procedura, e perchè con ciò si ribatte il vieto principio dell'intervento del magistrato.

Nel codice del Canton dei Grigioni troviamo allo stato *embrionale* la istruzione scritta. La regola è l'oralità del processo nel senso più lato della parola.

Non abbiam fatto cenno della legge inglese, la quale cogli intricati suoi sistemi procedurali della *common law* e della *law of equity* è così lontana dai metodi informatori delle legislazioni osservate da non poter con queste formare termine di confronto.

Il codice italiano si è emancipato nell'argomento della istruzione dall'influenza francese, ed ha accolta piuttosto la tradizione nazionale; di ciò ne va fatto merito per molte ragioni al patrio legislatore, che, nel dar preferenza ad un sistema il quale presenta una innumerevole quantità di vantaggi, ha saputo in fatto di istruttoria affrancarsi dalle pastoie delle dottrine giuridiche francesi tanto influenti, d'altronde, nella nostra legislazione civile.

Giuseppe Malmusi.

Vedi **Cancelleria**; **Conciliatore**; **conclusionale (Comparsa)**; **Conclusione**; **Intervento in causa**; **Iscrizione a ruolo**.

(1) V. Mattirolo, Op. cit., vol. III, n. 264, pag. 223.

COMPARTIMENTO MARITTIMO. — Vedi **Capitano di porto**.

COMPASCOLO. — Vedi **Condominio**.

COMPENSAZIONE.

Sommario.

Bibliografia.

Allard, *De compensatione;* Lugduni 1825. — Ankelmann, *Dissertatio de compensatione et speciatim de debito tertii compensando;* Göttingen 1791. — Appleton, *Histoire de la compensation;* Paris, 1895 — Asher, *Die « Compensatio » in Civilprocess des klassischen Rechts;* Berlin 1862. — Bellojus, *Disputatio de compensationibus* (*Thesaurus* Meermann, tom. IV). — Bersano, *De compensatione;* Bononiae 1723. — Bethmann-Hollweg, *Beiträge zur Lehre von der Compensation* (*Rheinisches Museum*, I, 50, 1827). — Borcholten, *De compensationibus;* Lipsiae 1890. — Bourgeois, *De la compensation en droit romain et français;* Paris 1843. — Brinz, *Die Lehre von der Compensation;* Lipsiae 1849 — Id., *Ipso iure compensari* (*Jahrbücher des gemeinen deutschen Rechts*. 1857). — Carrach, *Dissertatio de praecipuis differentiis iuris romani et germanici in compensatione;* Halae 1739. — De Medicis, *Tractatus de compensatione;* Florentiae 1572. — Dernburg, *Geschichte und Theorie der Compensation*. 2ª ed. Eidelberg 1868. — Id., *Die Compensation nach Römischem Recht;* Eidelberg 1854. — Desjardins, *De la compensation et des demandes reconventionnelles, ecc.;* Paris 1864. — Einert, *De compensationibus specimen;* Tubingae 1830. — Eisele, *Die Compensation;* Bonn 1876. — Fadda, *Compensazione a proposito d'obbligazioni naturali* (*Archivio giuridico*, XXXVI, 195-237). — Fuhr, *Recensione* al Krug (V.), in *Schmuk's Jahrbücher*, 1836, XXVII, pag. 1096 seg., 217 seg. — Gentilis, *De compensationibus;* Napoli 1763-69. — Gesterding, *Ueber die Zulässigkeit der Compensation bei dinglichen Klagen*, in *Ausbeute*, III, 6. — Hartter, *Das Römisch-deutsche Recht der Compensation, ecc.;* Monaco 1857. — Hasse, *Ueber die Compensation und ihre Liquidität*, in *Archiv für civilistische Praxis;* VII, 9, 1824. — Krug, *Die Lehre von der Compensation;* Lipsiae 1833 — Id., *Noch ein Worth über die Bedeutung des Satzen: compensatio fit ipso iure*, in *Sächsischer Zeitschrift*, XII, p. 289 seg. — Id., *Ueber der Römischen rechtlichen Auffassung der Compensatio*, in *Archiv für civilistische Praxis*, XXV, 6, 1854. — Maesterius, *De compensationibus;* Venetiis 1639. — Pilette, *De la compensation* (*Revue historique*, VII, 1, 132). — Rech, *Wann darf der Richter die illiquide exceptio compensationis zur besonderen Aufführung verweisen?* (*Archiv für civilistische Praxis*, II, 17). — Riess, *De compens. iur. rom.;* Berlin 1858. — Sacerdoti, *Compensazione delle obbligazioni specialmente in materia mercantile* (*Arch. giuridico*, XVI, 383-443). — Schwanert, *Die Compensation und Römischen Rechte;* Berlin 1870. — Seuffert, *Ueber der Compensation einer Forderung auf Rech*

nungs-Ablage mit einer Geldforderung (*Archiv für civilistische Praxis*, III, 13). — Sintenis, *Von der processualischen Natur der Compensation* (*Giessener Zeitschrift*, XVIII, 1). — Stampe, *Das Compensationsverfahren in vorjustinianischen stricti iuris iudicium;* Leipzig 1886. — Tellkampf, *Ueber das Erforderniss der Liquidität bei der Compensation* (*Archiv für civilistische Praxis*, XXIII, 11, 1840). — Ubbelohde, *Ueber den Satz: ipso iure compensatur;* Gottinga 1858. — Valett, *Nach dem Justinianischen Recht können auch solche Ansprüche, die auf ungleichartige Gegenstände gerichtet sind, gegeneinander compensirt werden* (*Abhandlungen*, n. 3, 1828). — Vulteius, *De compensationibus;* Marburg 1589.

Capo I. — Diritto romano.

1. *L'exceptio doli.* — 2. La *compensatio* nella legislazione giustinianea. — 3. Efficacia *ipso iure* della compensazione. — 4. Retroattività. — 5. Elemento specifico. — 6. L'*eadem causa:* discussione. — 7. Reciprocità dei debiti. — 8. Validità di essi. — 9. Loro oggetto. — 10. Liquidità.

1. La compensazione, studiata nelle leggi vigenti, è come un brano di diritto romano attuale: poichè i principî fondamentali anche presso di noi restano quali erano nelle Istituzioni giustinianee (IV, 6; §§ 30 e 39), nel Digesto (XVII, 2) e nel Codice (IV, 31), rimanendo così ancora una volta provato che il diritto di Roma, vero organismo vivente, si trasforma e si adatta, ma non muore.

Ebbe questo istituto importanza grandissima nel sistema procedurale romano, tanto che Giustiniano ritenne opportuno farne proposito nelle Istituzioni proprio al titolo *De actionibus.* Dapprima però la compensazione era stata esclusa dalle azioni *stricti iuris,* per cui la condanna o la assoluzione del convenuto doveva estendersi all'intiero ammontare della domanda. Venne poi l'equità, e, lungamente oscillante, suggerì infine a Marco Aurelio di sanzionare la massima che noi troviamo riportata nella l. 8, Dig., 44, 4, *dolo facit qui petit quod redditurus est:* cosa che quell'imperatore fece accordando l'*exceptio doli mali* al debitore, il quale, chiamato in giudizio per il pagamento di una somma, fosse stato in grado d'invocare la compensazione opponendo un credito proprio. Nè monta che Paolo, autore di quel frammento, sia vissuto posteriormente all'epoca di Marco Aurelio; poichè, essendo il frammento stesso nel lib. VI *Ad Plautium,* è da ritenere che lo stesso Plauzio, forse anche influenzato da una giurisprudenza molto anteriore, abbia accettato questa estensione del concetto di dolo. Del resto, il *dolo malo* dell'*exceptio doli mali* non è diverso dal dolo (così chiamato senz'altro) dell'editto di Marco Aurelio: poichè i romani solevano usare indifferentemente l'espressione *dolus* e *dolus malus,* come può inferirsi dal confronto tra l'intestazione di tutto il tit. 4, lib. 44, Dig. e da varî luoghi dei frammenti in esso compresi, p. e., il fr. 1, che è dello stesso Paolo, nel suo lib. 71 *Ad Edictum.* Nè è qui il caso di ricercare se accanto al *dolus malus* vi fosse un *dolus bonus.*

2. Ben presto peraltro doveva avvertirsi l'insufficienza dell'*exceptio doli* come mezzo per far valere la compensazione. E fu allora che la compensazione si introdusse, contemporaneamente e per effetto del trionfo dei giudizi di buona fede su quelli di stretto diritto: e si introdusse appunto perchè, dandosi al giudice il potere *aestimandi ex bono et aequo,* gli si concesse per conseguenza di applicare la compensazione allo scopo di limitare la condanna del convenuto alla differenza residuale tra il suo dare e il suo avere. Perciò la legislazione giustinianea ammise la compensazione *ipso iure,* in qualsivoglia azione personale o reale, quando però la causa ne sia liquida *et non multis ambagibus innodata;* talchè *possit iudici facilem exitum sui praestare* (1). Nelle successive considerazioni di questa costituzione poi si trova rispecchiato fedelmente lo stato della legislazione giustinianea: la compensazione si ammette cioè *ipso iure,* ma dev'essere rigorosamente applicata e non può servire di scudo ad una eccezione dilatoria, tendente ad impedire con astuzia che si proceda alla condanna del convenuto nei termini della domanda dell'attore.

3. Che la compensazione dovesse essere pronunciata dal giudice o convenuta tra le parti come forma di estinzione dell'obbligazione primitiva, non cade dubbio. Ma si domanda se la compensazione operasse immediatamente appena verificatasi in fatto e in diritto la coesistenza dei due crediti, tanto che il giudice non dovesse fare altro se non riconoscerla e dichiararla; oppure se fosse operativa solo quando il giudice decidesse sopra domanda di parte. In altri termini, si vuole valutare il significato e la portata dell'espressione *ipso iure compensari;* sulla quale appunto, come su dato fondamentale in materia di compensazione, si fermò di preferenza l'attenzione generale dei critici, quasi per dare intonazione generale a tutto il tema.

La questione si presenta sotto due aspetti: giuridico e giudiziario, ossia del diritto e della procedura.

Sotto l'aspetto giuridico fu assai bene avviata dal Windscheid (2). Egli notò che, la compensazione non supponendo necessariamente l'opera o l'intervento del debitore, non ripugna di ammetterla anche semplicemente giuridica (*ipso iure*) per la semplice contrapposizione del controcredito al credito: per cui il debitore (§ 349), invocando di fronte alla domanda del creditore attore un suo controcredito, non si procura perciò un diritto di eccezione, ma si vale di un'eccezione già acquisita. Questa sua veduta avrebbe potuto il Windscheid avvalorare meglio, spiegando minutamente perchè e come l'eccezione di compensazione supponga la compensazione già avvenuta. Egli conclude ad ogni modo che la compensazione in diritto romano non estingue *ipso iure* il diritto di credito, ma si verifica *ipso iure,* vale a dire, come forza e attività emanante non dal debitore, sibbene dallo stesso diritto di credito che si contrappone; e questo effetto *ipso iure* della compensazione si esplica solo qualora il debitore la opponga.

Quanto all'aspetto procedurale della questione, è evidente che, se il giudice aveva la *potestas aestimandi ex bono et aequo,* in questa *potestas* dovesse comprendersi anche la facoltà di tener conto della compensazione, quantunque non opposta dalla parte interessata. A che, infatti, si sarebbe ridotta questa amplissima *facultas aestimandi,* quale risulta dalle Istituzioni giustinianee, se il giudice non fosse stato autorizzato a supplire con la sua iniziativa alla ignoranza o alla distrazione di un convenuto che quella non avesse opposto? Dunque, facoltà nel giudice di secondare la efficacia *ipso iure* della compensazione, e facoltà di pronun-

(1) Cost. 14, Cod., 4, 31, alla quale allude il § cit. delle *Istituzioni.*

(2) *Diritto delle Pandette,* trad. di Fadda e Bensa, lib. IV, § 348, Torino, Unione Tip.-Editrice (in corso di pubblicazione).

ciarla anche in sede esecutiva, anche dopo emanata pronuncia in merito all'azione principale e consacrato con sentenza il debito per intiero senza tener conto della compensazione. Insomma, la pronuncia di una condanna sull'intiero debito non costituisce cosa giudicata di fronte alla compensazione affacciata posteriormente in sede diversa, *quum res iam fuerit approbata* (giusta la citata cost. 14, Cod., 4, 31); salva sempre nel giudice la facoltà di non tenerne conto quando si presenti troppo indaginosa e di rimandarla perciò ad un giudizio separato, quante volte l'interessato creda di trasformarla in un'azione a sè stante. Se una pronuncia giudiziale definitiva avesse efficacia di escludere l'applicabilità della compensazione anche in progresso di tempo, il far rivivere la compensazione stessa sotto forma di *condictio indebiti* equivarrebbe perfettamente ad eludere la cosa giudicata sotto l'egida della stessa legge: il che è inammissibile. Poichè dunque il credito non eccepito per compensazione non si perde, può anche ammettersi, non per identità di ragioni e di procedimento, ma per identità di fine e nell'interesse dell'economia dei giudizi, che sia dato di ricorrere alla compensazione anche (come si disse) nello stadio esecutivo: quando cioè il creditore, valendosi della sentenza ottenuta per l'intiero, spinge gli atti esecutivi contro il debitore condannato, senza tener conto di quanto gli deve, sia pure per un debito anteriore alla sentenza di condanna nell'intiero.

Ma in tutti i casi il giudice deve pronunziare; poichè altrimenti non si saprebbe in qual modo diverso riconoscere e sanzionare il diritto. E pronunziando si deve regolare, come in tutti i giudizi di buona fede, con criteri equitativi: anzi è suo dovere preciso dichiarare la compensazione anche quando questa non dipenda da convenzione delle parti, ma dal semplice fatto della contrapposizione dei crediti. La differenza è questa: che, quando vi è tra le parti una convenzione in ordine alla compensazione, il giudice deve tener conto delle modalità portate da questa convenzione, se la convenzione ne portava; mentre, non essendovi stata tra le parti a questo riguardo un'apposita manifestazione di consenso, il giudice è pienamente libero nelle sue facoltà estimatorie *pro bono et aequo.*

4. La ricerca sulla portata della formola *ipso iure compensatio* è logicamente inscindibile da quella sulla retroattività della compensazione. Per evitare gli equivoci, conviene porre la questione nei precisi termini seguenti: è la retroattività conseguenza necessaria della compensazione *ipso iure?* E la domanda si deve risolvere coi testi che regolano la prestazione degli interessi sul credito maggiore al quale si opponga un credito minore. Se la prestazione degli interessi è ragguagliata sulla differenza residuale dalla data della sentenza, questa non è soltanto dichiarativa ma operativa di compensazione: ossia la compensazione si attua non dal momento della contrapposizione storica dei due crediti, ma da un momento posteriore. Se, invece, la sentenza del giudice non ha quest'effetto e gli interessi devono liquidarsi nella sentenza dichiarativa della compensazione, con riguardo al tempo in cui questa avvenne, in tal caso la decorrenza di essi deve risalire ad epoca anteriore e alla sentenza e alla stessa contestazione di lite. Certamente, in quest'ultimo caso potrebbe sembrare diminuito quello sconfinato arbitrio di pronunciare *pro bono et aequo,* che Giustiniano volle attribuire al giudice nei giudizi di buona fede: ma, se non si ammette la liquidazione retroattiva degli interessi, a che si riduce l'efficacia della *ipso iure compensatio?*

Che cosa dicono i testi? Uno tra tutti potrebbe a prima vista creare qualche imbarazzo a quest'ultima opinione: ed è la l. 5, Cod., 4, 31, ove si dispone che, volendo compensare un proprio debito con un credito derivante da fedecommesso, *aequitas compensationis usurarum excludit computationem;* talchè il beneficato ha diritto di chiedere la sola differenza tra quanto deve dare e quanto ha da ricevere per fedecommesso, salvo a pagare gli interessi dell'intero debito. Ma qui si comprende che, trattandosi di liberalità, sarebbe disonesto ed iniquo che il beneficato volesse trarne i frutti dal momento in cui quella si rese giuridicamente esigibile: poichè allora egli, invece di ringraziare del beneficio ricevuto, verrebbe a farvi sopra una speculazione usuraria; nulla escludendo allora che danni e indennità di altro genere si possano chiedere e dedurre in compensazione come si chiedono e deducono gli interessi. In questo caso specialissimo dunque, come dice il testo, *aequitas compensationis usurarum excludit compensationem;* e, mentre gli interessi del credito non dipendente da beneficio fedecommissario si devono e si computano, gli altri non vanno dedotti da questi per effetto di compensazione. Ma tale risoluzione non si può generalizzare; anzi non si deve generalizzare, perchè l'eccezione riconosciuta fa supporre l'esistenza d'una regola. E anche questa regola riconosce la legge, poichè la l. 4, anteriore alla precedente, dispone che le usure, se dovute, si computino, dal momento in cui operò la compensazione, sulla differenza risultante dal calcolo della compensazione stessa in ordine alla sorte.

Vero è che il Brinz, trovando importuno questo frammento, per varie ragioni a lui speciali, propose di modificare *compensationem* in *compensationem eam* e di riferire *ipso iure* al *pro soluto,* quasi dicesse *pro ipso iure soluto.* Così il *solutum ipso iure* si troverebbe quasi in contrapposto al *solutum ope exceptionis,* ma non sarebbe ad ogni modo toccata la conclusione finale del frammento, in ordine alla retroattività nel computo degl'interessi; talchè resterebbe fermo che le usure si debbano sulla parte resultante dopo effettuata la compensazione qualora dal bel principio si fossero dovute sull'intiera somma: salvi sempre i nuovi interessi che possono derivare da mora e decorrere posteriormente all'operata compensazione, i quali non dipendono punto dalle regole della compensazione stessa. A questo principio sulla influenza della compensazione nel computo delle usure fa poi eccezione il caso di liberalità fedecommissaria, che, come vedemmo, sarebbe assurdo rendere più onerosa col gravarla anche della prestazione degli interessi, sia pure in via indiretta e con effetti meramente liberatori in confronto degli interessi del credito contrapposto.

A scanso d'equivoci e per tener fermi i principî, è d'uopo fissare che, se sulla somma del credito maggiore interessi non si dovevano prima che si rendesse operativa la compensazione, interessi non si devono neppure, dopo che questa ha operato, sulla somma residuale del credito stesso: poichè la compensazione non produce novazione, ma estinzione (parziale o totale, a seconda dei casi) del primo debito. Avuto presente questo chiarimento, e pure ammessa (com'è senza contrasto) una compensazione giudiziaria per la giurisprudenza giustinianea, a ciò non ostando gli scrupoli dell'Eisele (op. cit., p. 141) quanto alla terminologia, non vi è dubbio che nel giure romano l'eliminazione dei due diritti di credito contrapposti era immediata fin dall'epoca di loro contrapposizione, per quanto posteriormente ne fosse invocata la compensazione. In altri termini, la retroattività era piena.

Lo stesso Maynz (1), pur negando che il giudice possa pronunziare la compensazione d'ufficio, vale a dire all'infuori di qualsiasi domanda di parte, ammette l'effetto retroattivo della compensazione una volta pronunciata; e con l'effetto retroattivo anche il computo degli interessi dal momento in cui la compensazione esplicò questo suo effetto al momento della pronuncia del giudice. Il che significa non essere la retroattività, per chi l'ammette, il solo effetto dell'*ipso iure compensari*, e la portata di questa formola estendersi anche alle funzioni procedurali della dichiarazione ad iniziativa di giudice e non *ope exceptionis*. Del resto, per la retroattività della compensazione si schierarono quasi tutti gli autori tedeschi: se se ne toglie il Vangerow (2), il quale sostituisce al concetto della retroattività quello del diritto quesito, forse non troppo chiaramente per il resto, ma senza dubbio con effetti quasi identici.

5. Ecco dunque perfettamente accentuato il contrapposto tra efficacia *ipso iure* ed efficacia *ope exceptionis*, ossia in seguito a pronunzia giudiziale sull'eccezione del convenuto. Ora, data così la compensazione *ipso iure* e spiegatane l'efficacia all'infuori dell'eccezione che può affacciare il convenuto in giudizio di pagamento, è d'uopo cercarne la ragione fondamentale considerando la compensazione stessa non più come un mezzo procedurale nei *iudicia bonae fidei*, ma come diritto privato di colui che ha interesse a valersene. E l'interesse di chi ricorre o può ricorrere alla compensazione non è soltanto determinato dal contrapposto al dolo dell'attore che chiede l'intiera prestazione sapendo di avere un debito verso il suo creditore, perchè altrimenti, come si è notato sopra, sarebbe sufficiente l'*exceptio doli* o l'applicazione, quando possibile, anche direttamente da parte del giudice, del principio che *malitiis non est indulgendum*, o degli altri principî che a questo fanno corona.

Indubbiamente poi un tale principio non potrebbe applicarsi quando l'attore non sapesse di essere debitore verso il convenuto della somma che deve cadere in compensazione. È quindi evidente la necessità di trovare, all'infuori dell'ordinamento dei giudizi e delle sanzioni che colpiscono i disegni maliziosi, una spiegazione più generica del diritto di compensazione, o che questo venga ad operare *ipso iure* o che si esplichi *ope exceptionis:* e questa necessità conobbero gli stessi giureconsulti romani. Il merito deve attribuirsene a Pomponio, il quale (l. 3, Dig., 16, 2) con lodevole precisione dichiarò esser necessaria la compensazione, *quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere:* principio che il Trincheri (3) identificò giustamente con la legge del minimo mezzo, riportandolo al postulato economico tendente a conseguire colla minor quantità di numerario il maggior numero di contrattazioni e di scambi.

Nè è a dire che questo principio economico-giuridico possa trovarsi in contrasto col principio ricavato dalle sanzioni contrapposte al dolo: perchè i due principî possono anzi ammettersi contemporaneamente, conciliando l'interesse della moralità coll'interesse privato. Soltanto, a nostro modo di vedere, quanto in questa materia si deve alla influenza delle massime intorno al dolo rimonta appunto a un'epoca molto più antica di quella in cui l'immenso sviluppo dei negozi civili e commerciali rese necessaria l'applicazione, anche d'ufficio, della legge del minimo mezzo, se non altro per facilitare l'amministrazione della giustizia nel suo compito quantitativamente aumentato in confronto dell'antica semplicità degli scambi. Ciò avvenne contemporaneamente allo sviluppo dei giudizi di buona fede nel campo procedurale: tanto più che la compensazione poteva essere anche considerata come un rimedio preventivo *pro bono et aequo* contro i pericoli della temuta insolvenza del debitore, che prima della catastrofe avesse tentato di esigere i suoi crediti senza darsi cura, anzi evitando studiosamente, di soddisfare ad un tempo i propri debiti.

6. I crediti che si trovano di fronte per la compensazione debbono essi originare dalla stessa causa? (4) Il dubbio sorge consultando le istituzioni gaiane e giustinianee. Il § 30 infatti del lib. 4, tit. 6 delle Istituzioni di Giustiniano, nel mentre accorda un'estensione generalissima alla compensazione, non tocca della causa; ma il successivo § 39, alludendo alla compensazione giudiziale *pro bono et aequo*, aggiunge l'inciso: *habita ratione eius quod invicem actorem ex eadem causa praestare oportet*. Questo testo è per sè abbastanza chiaro: vi si parla dei giudizi di buona fede, nei quali spetta al giudice l'*aestimatio pro bono et aequo*. Ma d'altro canto, osserva il Doveri (5), nei giudizi di buona fede, per l'importanza che in questi si dava all'*exceptio doli* anche prima dell'introduzione dell'*exceptio doli generalis* ad opera di Marco Aurelio, non potè a lungo durare il vincolo dell'*eadem causa*, cioè dello stesso contratto comune all'azione e all'eccezione di compensazione; e non potè durare appunto in forza dei principî sull'applicazione e sugli effetti del dolo, e anche perchè molto probabilmente sarebbe stato strano che ad un giudizio di buona fede si fossero imposte le stesse pastoie e limitazioni assegnate al corrispondente giudizio di stretto diritto. A queste considerazioni si è soliti di aggiungere l'autorità del § 3, tit. 5, lib. 2 delle *Sententiae* di Paolo (testo che Vangerow ritiene sfigurato dai Visigoti nella loro *lex romana*), contenente la massima che *compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur*. Ma come va che i compilatori del Digesto omisero di ricevere quel fr. nella grande compilazione giustinianea? Qui purtroppo nella critica delle fonti vi è una lacuna.

Si domanda peraltro: questo fr. di Paolo riguarda la *compensatio* speciale dell'*argentarius*, o deve riferirsi alla compensazione aureliana? Tra le due specie di compensazioni v'ha questa differenza: che la compensazione opposta all'*argentarius* è relativa a crediti *ex pari specie* e protetta dalle sanzioni comminate sulla *plus petitio;* mentre la *compensatio aureliana*, pur nei giudizi *stricti iuris*, esiga o no l'*idem genus* nell'oggetto dei crediti contrapposti, certo, entrando in funzione procedurale, si traduce nell'*exceptio doli generalis* e apporta decadenza alla *plus petitio*. Poste queste differenze e poste anche le altre differenze tra

(1) *Cours de droit romain* (Bruxelles, 4ª ed., 1877), vol. II, § 292.

(2) *Lehrbuch*, tit. III, § 618.

(3) Nota *e* al luogo corrispondente delle *Pandette* del Glück da lui tradotte (Milano, Vallardi — in corso di pubblicazione).

(4) V. i miei *Appunti critici* nell'*Archivio giuridico*, vol. LVI, fasc. 1-2, anno 1896, *Sulla « dispar causa compensationis »*, e il § 3, tit. 5, lib. 2 delle *Sententiae* di Paolo. Non ostano a quanto ivi scrissi su quel frammento le cost. 8 e 11, Cod., 4, 31, perchè assumono una fisionomia speciale ed anche perchè *exceptio firmat regulam*.

(5) *Istituzioni di diritto romano* (2ª ed., Firenze 1866, success. Le Monnier), vol. II, pag. 422 e 423.

la *compensatio* dell'*argentarius* e la *deductio* del *bonorum emtor* (quali si ricavano dal lib. IV delle Istit. di Gaio, §§ 64-68) nel vincolo *eiusdem generis* che non affetta la *deductio* ammessa anche per i crediti a lunga scadenza e compenetrantesi in una *condemnatio incerta*, la quale salva l'azione da decadenza nel caso di *plus petitio;* poste queste premesse, dunque, la questione è resa meglio solubile. Infatti, perchè Paolo nel fr. citato abbia potuto mettere insieme *deductio* e *compensatio* in una sola esemplificazione della massima citata sulla *dispar causa* (*velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum, aut coetera huiusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes; si totum petas, plus petendo causa cadis*), conviene che avesse in mente una compensazione *ex pari specie* e soggetta a decadenza per *plus petitio*, ch'è quanto dire la compensazione argentaria. Dunque, sicuramente, il fr. di Paolo può favorire l'opinione che esclude la *dispar causa* nella compensazione quale fu poi ritenuta da Giustiniano, senza ricevere quel frammento di Paolo.

Si avverte inoltre (1) che la compensazione aureliana, in luogo della decadenza dall'intiera azione nel caso di *plus petitio*, poteva soltanto produrre la *exceptio doli* e mediante questa rendersi giuridicamente operativa di fronte all'attore per l'intiero credito: e che la compensazione aureliana era ammessa anche *ex dispari specie* (quasi in compenso della *par causa* di cui abbisognava), appunto perchè l'attore per l'intiera somma era in dolo anche se debitore di una specie diversa. Per queste ragioni dunque è certo che la compensazione antegiustinianea richiedeva come requisito, se non la *par species*, certo la *par causa*, quando non era applicata ai rapporti speciali dei banchieri coi loro clienti; nel qual caso avveniva il rovescio. In ciò si avverte una fortissima reazione contro le *stricti iuris actiones* e il sistema formolare: reazione della quale furono gettati i primi germi coll'ammissione dell'*exceptio doli* speciale o generale.

Ma che cosa avvenne in diritto giustinianeo? Il § 39 del lib. IV, tit. VI delle Istituzioni insiste sull'*eadem causa*, la quale ormai, nei *bonae fidei iudicia* predominanti nel campo procedurale, era un controsenso di fronte alla *dispar species;* non potendosi agevolmente comprendere che specie diverse debbano sempre necessariamente procedere da un medesimo contratto e non possano, quasi, originare da contratti diversi. Ciò malgrado, non solo le Istituzioni accennano all'*eadem causa*, ma vi accennano dopo avere nello anteriore § 30 ammesso che la compensazione si può contrapporre a qualsivoglia azione, eccettuata quella di deposito: mantenendo così perfetta concordanza tra l'uno e l'altro paragrafo, in entrambi i quali prudentemente si tacque della specie. E infatti ogni azione vuole una causa, ma una causa stessa può dar vita a più d'un'azione; talchè, affermando prima che la compensazione può essere contrapposta a qualsivoglia azione non si esclude ciò che poi si ritiene, che cioè il credito opposto in compensazione debba avere l'*eadem causa* del credito affacciato dall'attore. A questo che si ricava così chiaramente dalle Istituzioni fa riscontro quanto si legge nel fr. 10, § 2 e 3, Dig., 16, 2 e nella l. 14, Cod., 4, 31; poichè si ammette la compensazione *in omnibus actionibus*, ma non si dice di ammetterla *ex omnibus causis*. Nè si vorrà sostenere che le due espressioni di *actio* e di *causa* si equivalgano così, che generalizzando l'azione si generalizzi anche la causa: un'interpretazione di questo genere sarebbe assolutamente arbitraria e falsa.

I testi dunque risolvono la questione nel senso della necessità di una *par causa* nei due crediti contrapposti per compensazione: il che, per quanto abbia potuto contrastare coll'uso accordato dell'*exceptio doli*, probabilmente non ha avuto alcun ostacolo nè in teoria nè in pratica dall'adozione dell'eccezione autonoma di compensazione; eccezione che non doveva per necessità funzionare in dipendenza dei concetti regolatori nella materia del dolo. Malgrado questa chiara interpretazione dei testi, quasi tutti i trattatisti finora, fondati sul frammento di Paolo non ricevuto nel Digesto, con somma disinvoltura hanno voluto estendere la facoltà estimatoria del giudice nei *bonae fidei iudicia* anche a dichiarar compensati debiti prodotti da cause, cioè a dire da contratti diversi.

7. I crediti dei quali il giudice, servendosi del suo prudente arbitrio, può dichiarare la compensazione, debbono essere debiti reciproci tra le stesse persone, che sono parti nel giudizio di pagamento per la somma principale; salve alcune eccezioni giustificate pienamente dalla logica del diritto. Vi è però il principio che il creditore sia facoltato a servirsi delle ragioni del proprio debitore, o, come dicono, a mutuarle. In base a questo principio sembra evidente che, quando si hanno tre persone, Tizio, Caio e Sempronio, di cui il primo sia debitore di dieci al secondo e il secondo debitore di sette al terzo, ma creditore di cinque verso il primo, se il terzo è chiamato in giudizio dal primo come debitore di sei ed è rimasto sinora insoddisfatto dal secondo, possa opporre in compensazione al primo quei cinque che rappresentano il credito del secondo verso di lui, ottenendo così la riduzione a uno della condanna pel debito proprio, e che, anche se il convenuto non oppone questo credito del proprio debitore, possa il giudice stesso tenerne conto nella sua estimazione *pro bono et aequo* quante volte dagli atti della causa o da altra notizia legale gli risulti questa posizione di fatto e questo intreccio di rapporti giuridici tra Tizio, Caio e Sempronio. Il presente ragionamento, che a prima vista sembra ammissibile, non corre affatto in diritto romano per l'espressa disposizione del fr. 18, § 1, Dig., 16, 2, ove si dice: *creditor compensare non cogitur quod alii quam debitori suo debet; quamvis creditor eius pro eo qui convenitur ob debitum proprium velit compensare*. Da ciò a chiare note apparisce come, partendo dal concetto che i rapporti di debito e credito eventualmente intercedenti tra l'attore o il convenuto in giudizio di pagamento e un terzo dipendessero da *negotia inter alios acta*, si riconobbe che l'ammettere anche questi in compensazione potesse essere bensì un omaggio alla legge del minimo mezzo, ma (sotto un altro punto di vista) non avesse rapporto di sorta col dolo dell'attore. Questi infatti soltanto allora mostrerebbe di essere in mala fede, quando domandasse al convenuto una somma intiera, pur sapendo di essere debitore verso il medesimo di un'altra somma che dovrebbe logicamente computarsi a diminuzione del suo credito.

Ma, quando il creditore attore non sa che il suo debitore è nel contempo creditore d'un suo creditore (perchè questi rapporti giuridici si sono svolti all'infuori della sua attività)

(1) Demangeat, *Cours élém. de droit rom.* (3ª ed., Paris, 1876), t. 2°, pag. 712 e 713.

non lo si può certamente accusare di dolo e perciò neanche opporgli la compensazione, nè *ope exceptionis* nè *ipso iure;* e l'economia dei giudizi non è sufficiente argomento per menomare i diritti e le ragioni dell'attore a causa e per fatto di terzi. Aggiungasi che, anche conoscendo l'attore questa rete di rapporti giuridici estranei al suo rapporto di credito col convenuto, non può essere perciò tacciato di doloso intendimento; poichè egli può sempre sostenere di non sentirsi punto vincolato per fatto altrui. Indifferente è quindi che il negozio sia posto in essere, indipendentemente dal creditore attore, da questo terzo col debitore; e indifferente è pure la posteriore volontà o il posteriore consenso da questo stesso terzo estrinsecato favorevolmente alla compensazione del proprio avere col dare del convenuto, di fronte all'azione intentata dal proprio debitore, creditore o amico o consorte di questo stesso terzo compiacente.

8. Sulla validità dei crediti (anche naturali) opposti in compensazione, come requisito necessario perchè la compensazione stessa possa aver luogo, non vi sarebbe da discutere (tanto generale e nota è la massima: *quod nullum est nullum parit effectum*), se non offrisse materia a disputa il caso della prescrizione del controcredito.

Seuffert e Dernburg opinano che, sia per l'applicazione della massima: *ipso iure compensari*, sia per l'altro principio: *temporanea ad agendum perpetua ad excipiendum*, la compensazione continui a sussistere una volta pronunziata, malgrado che al momento di realizzare gli effetti di questa pronuncia si trovi che il credito al quale si riferisce è caduto già in prescrizione per il decorso del tempo. Al Windscheid (loc. cit.) questa opinione non sembra accettabile, poichè egli crede che il controcredito, sebbene adoperato come eccezione, conservi sempre tuttavia la sua autonomia e il suo libero movimento e quindi (a parte il modo con cui farlo valere) resti soggetto anche alle regole della prescrizione come a tutte le altre regole dei crediti.

Certamente, un credito adoperato per l'eccezione di compensazione non può avere valore diverso e maggiore di quello che ha il credito stesso adoperato per un'azione di pagamento o per qualsiasi altra azione giudiziaria: ma questo suo valore, qualunque esso sia, deve apprezzarsi al momento in cui quel credito è chiamato ad esplicare la sua efficacia e non dopo. Altrimenti, anche gli effetti d'una condanna giudiziaria al pagamento dovrebbero arrestarsi quando il credito per cui fu spinta l'azione fosse caduto nella prescrizione, che viceversa è interrotta da quella sentenza di condanna. E la compensazione non è anch'essa forse efficace perchè ed in quanto pronunziata dal giudice che pronunzia anche sull'azione alla quale viene opposta? Identica la fonte della validità, identica dovrebbe essere anche la causa della inefficacia.

Invece, se uno dei due crediti proposti per compensazione, prima che questa sia giudiziariamente dichiarata, è già caduto sotto eccezione, non è ammissibile per questo effetto compensativo. La l. 8, Dig. h. t. ammette peraltro in compensazione un credito pel quale si è contestata la lite coll'attore; *ne diligentior quisquis deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur:* cosa che sarebbe contraria ai principî dell'equità. Ma quando però abbia cessato di avere esistenza giuridica il credito opposto in compensazione, cessa evidentemente anche la compensazione, sebbene abbia cominciato ad operare.

Quanto poi agli effetti giuridici già prodotti prima della cessazione, sembra che siano da applicarsi i principî generali relativi ai negozi che si risolvono condizionatamente (*resolutio sub conditione*) e che quindi la risoluzione non possa avere effetto retroattivo (1); tanto più (come nota il Windscheid) (2), perchè, non avendo il debitore ricavato alcun vantaggio dalla ammessagli compensazione, non è equo che il creditore da suo canto se ne possa in qualche modo giovare.

9. L'oggetto dei crediti compensabili deve consistere in cosa fungibile tanto nell'uno quanto nell'altro credito: non occorre che sia della stessa specie (come sogliono generalmente dire i trattatisti appoggiandosi sul § 66 del lib. IV delle Istituzioni di Gaio, che, come vedemmo, riguarda la compensazione dell'*argentarius* e non la compensazione in genere e sul fr. 1, Dig., 16, 2, che nulla ha da fare con la specie dei crediti contrapposti e sulla cost. 4, codice, 4, 31 che fa un caso speciale di compensazione tra crediti pecuniari). Di cose non fungibili non si concepirebbe compensazione, giusta i principî generali di diritto: tuttavia, in materia penale, si ammise anche la compensazione tra ingiurie e tra adulteri (3).

10. Altro requisito necessario per la compensazione sembra infine quello della liquidità dei crediti, i quali debbono anche essere scaduti e scevri da condizione. La liquidità dei crediti (espressione talora studiosamente evitata dai trattatisti) può essere intesa malamente quando per credito liquido s'intenda credito consistente in una somma di denaro determinata e conosciuta dal giudice prima di procedere alla *aestimatio*. Non è in questo senso che la liquidità del credito fu intesa da Giustiniano nella cost. 14, codice, 4, 31: Giustiniano ivi (§ 1) parlò di *causa liquida et non multis ambagibus innodata, quae possit iudici facilem exitum sui praestare.* Dunque prima di tutto Giustiniano non parlò propriamente di *pecunia*, di *res* o di *species liquida*, riferendosi alla natura del credito contrapposto; ma parlò di *causa liquida*, ossia di contratto facile a esaminarsi e non troppo involuto: altrimenti *iudices... si invenerint eas (compensationes) maiorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam iam paene expeditam sententia terminali componant.* La liquidità pertanto, nel concetto di Giustiniano, non era l'idea dell'assoluta determinatezza quantitativa del credito contrapposto, ma era data dal confronto, dalla proporzione tra gli atti procedurali resi eventualmente necessari dal giudizio sulla compensazione e quelli necessari per la risoluzione sulla domanda originaria. Senza dubbio, qualora il giudice nel caso speciale, servendosi dell'arbitrio attribuitogli dalla legge, giudicasse l'esame dell'eccezione di compensazione più indaginoso dell'esame sulla domanda principale, dovrebbe pronunciare sulla domanda principale, riservando al debitore di far valere in altro giudizio il credito contrapposto. Questa soluzione rientra evidentemente sotto la facoltà che il giudice ha nei *bonae fidei iudicia* di regolarsi *pro bono et aequo*, cioè anche con criteri di sana opportunità, di quell'opportunità, che mentre non lede il diritto, provvede nel tempo stesso all'economia dei giudizi, pur senza dare ascolto alle contestazioni delle parti che possano rendere il giudizio più laborioso, ma fermandosi soprattutto sulla maggiore o minore complicazione del rapporto giuridico (*causa*), da cui scaturisce il credito contrapposto.

(1) V. mia memoria sul *Patto commissorio in diritto romano*, pubblicata nell'*Archivio giuridico*, vol. LV (1895), fasc. 3-4.

(2) Op. cit., § 350, nota 2ᵃ.

(3) V. Zoesio, *Comment. ad Dig. lib. L; ad lib.* XVI, tit. 2 e 8.

Questi i punti di discussione più importanti in diritto romano, nel tema della compensazione.

Capo II. — Concetto della compensazione secondo il codice civile.

11. L'art. 1285 cod. civ. — 12. La compensazione e il pagamento. — 13. La compensazione come doppia confusione. — 14. La compensazione in rapporto alla destinazione volontaria dei debiti.

11. Che cos'è la compensazione secondo il vigente codice civile? L'art. 1285, per verità, non cura troppo di darne una nozione teorica o astratta; ma, limitandosi al lato pratico ed empirico, dice che, quando due sono debitori l'uno verso l'altro, ha luogo tra essi una compensazione che estingue i due debiti. Non abbiamo qui dunque precisamente la definizione di Modestino (l. 1, Dig., 16, 2): *compensatio est debiti et crediti inter se contributio*, ove non si attribuisce efficacia estintiva alla contrapposizione del debito al credito, lasciando così aperto l'adito alla maggioranza degli interpreti di rifiutare a questa figura giuridica efficacia direttamente estintiva. Infatti, la contribuzione o computazione del debito col credito supponeva anzitutto l'esistenza e la piena operabilità dell'uno e dell'altro in sede di liquidazione, *solutionis gratia;* mentre l'articolo in esame toglie qualsiasi dubbio col pronunciare che la compensazione li estingue entrambi. Questo significa evidentemente dare grandissima e prevalente importanza alla compensazione legale (*ope legis*), ritenendola efficace di colpire i due rapporti giuridici compensati nella loro stessa esistenza e non già nella loro liquidazione o nel loro pagamento, com'era in diritto romano giusta il fr. 4, Dig., 20, 4. Così, come osserva il Giorgi (1), la compensazione è arrivata al più alto grado di efficacia civile.

Stando al significato letterale della definizione di Modestino e di quella del codice civile, si riscontra quasi come una diversità funzionale tra la compensazione nell'uno e la compensazione nell'altro caso.

Secondo Modestino, la compensazione opererebbe per contributo reciproco del debito col credito. Perchè abbia luogo un simile contributo fa d'uopo che l'operazione si compia da un lato solo, cioè da quel lato dove il credito supera il debito e dove perciò l'uno può contribuire efficacemente sull'altro, lasciando in residuo una quantità positiva da pagare. Se invece si effettuasse la contribuzione del debito maggiore col credito minore, ne risulterebbe ancora una quantità a debito, ossia una quantità negativa, che avrebbe soltanto un valore giuridico negativo, considerato all'infuori delle forme procedurali. Col nostro codice civile, invece, l'effetto della compensazione non è soltanto unilaterale, vale a dire non si esplica soltanto dalla parte del creditore della maggior somma, ma è invece un fatto perfettamente bilaterale, che produce l'estinzione dell'uno e dell'altro debito. In ultima analisi, o per la riduzione immediata del credito mercè contributo del debito minore sul credito maggiore, o per la riduzione del credito maggiore fino alla concorrenza del credito minore in forma di contributo dell'uno sull'altro, si viene sempre a questo, che il creditore deve contentarsi per la propria soddisfazione di quanto resta, tenuto conto del suo debito verso il proprio debitore. Ma intanto, secondo il nostro codice, si avvera un duplice fatto estintivo di debiti, con le relative conseguenze giuridiche dell'estinzione: e questo duplice fatto estintivo non avrebbe bisogno di un nesso speciale quale è dato dalla figura giuridica della compensazione e quale era invece necessario in diritto romano, dove a questo fenomeno di doppia estinzione non si fa uno speciale accenno.

12. Secondo la nozione del codice, è dessa la compensazione un pagamento fittizio come la ritiene il Ricci (2) sostenendo che uno dei due debiti serva al pagamento dell'altro? Lo ripetiamo, questo concetto è inesatto di fronte al fenomeno bilaterale che si avvera nella compensazione o che almeno nella compensazione si ravvisa dall'art. 1285 cod. civ. L'estinzione infatti ha luogo nell'uno e nell'altro debito: e però la finzione del pagamento non dovrebbe mai essere intesa nel senso che uno dei due debiti serva di pagamento all'altro, ma che il credito dell'attore serva di pagamento al credito del convenuto e il credito del convenuto serva di pagamento al credito dell'attore. Sono pertanto i due crediti che servono al pagamento l'uno dell'altro: i debiti resterebbero eternamente inoperosi di fronte. E lo stesso codice, coll'inciso « ha luogo tra essi una compensazione », non intende disporre che avvenga una compensazione di debiti, ma una compensazione tra debitori: il che è ben diverso. In altri termini, un procedimento parallelo si verifica per l'attore e per il convenuto: cioè la compensazione del debito col credito dell'attore (fino alla concorrenza) e la compensazione del debito col credito del convenuto (anche qui fino alla concorrenza dell'uno coll'altro). Questa compensazione, lo ammettiamo, opera come se il credito minore fosse dato in pagamento al credito maggiore; ma è sempre un fatto doppio.

Però, vi è proprio la necessità di ricorrere alla finzione del pagamento, col sistema del nostro codice? Se i due crediti non operassero separatamente coi due debiti, si potrebbe dire che il credito minore ha servito come di pagamento al credito maggiore, perchè in questo caso il convenuto avrebbe in certo modo finto di pagare all'attore sino alla concorrenza del proprio credito. Ma sarebbe altrettanto inesatto quanto puerile il supporre che l'attore finga di pagare a sè stesso il proprio credito sino alla concorrenza del proprio debito, e lo stesso faccia a sua volta il convenuto. Questa versione contrasterebbe coll'ordine naturale delle cose: inquantochè la finzione, ch'è lo specchio della verità, perchè deve supporre fatti verisimili, non può mai venire a questo, che una persona paghi a sè stessa: con che si verrebbe ad abbassare l'essenza giuridica del pagamento ad un vile e materialissimo giuoco di contabilità. Vi è forse bisogno di ricorrere a finzioni quando basta porre delle rassomiglianze? Si dica pure che la compensazione avviene *ad instar solutionis*, secondo il nostro codice, e non si venga a dire che per ispiegare la compensazione convenga ricorrere ad una qualsivoglia finzione di pagamento: cosa incompatibile col parallelismo bilaterale consacrato dal nostro codice nel meccanismo giuridico della compensazione. E pagamento e compensazione producono l'estinzione dell'obbligo di pagare che hanno i due debitori; o, se così vuolsi, del diritto di esigere o di farsi pagare che compete ai due creditori. È il diritto che si tronca dalle sue radici tanto nel pagamento quanto nella compensazione: ma ciò accade nel pagamento perchè si

(1) *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, 3ª edizione, vol. VIII; Firenze, Cammelli, 1892.

(2) *Corso teorico-pratico di diritto civile*, ed. 2ª, vol. VI, § 308; Torino, Unione Tip.-Editrice, 1886.

adempie all'obbligazione che scaturisce dal diritto stesso o perchè questa stessa obbligazione si sfrutta in tutta la sua portata; nella compensazione perchè, dal momento in cui si verifica, l'obbligazione resta paralizzata, annichilita, non si può nè si deve eseguire almeno nella sua portata primitiva.

13. Constatata questa differenza sostanziale tra la compensazione e il pagamento anche all'infuori della espansione bilaterale della compensazione stessa secondo il nostro codice, si domanda a che cosa dunque porti nei rapporti unilaterali questo fenomeno giuridico, che, considerato nel suo aspetto bilaterale, noi chiamiamo compensazione: dato e ammesso che non lo si possa confondere e identificare col pagamento. La risposta non è guari difficile. Quando le qualità di creditore e di debitore si riuniscono nella stessa persona (dice l'art. 1296 cod. civ.) avviene una confusione di diritto che estingue il debito e il credito. Da ciò consegue la non azionabilità del diritto di credito, perchè per realizzare il proprio credito dovrebbe il creditore rivolgere l'azione creditoria, accordatagli dalla legge, contro sè stesso: il che è assurdo. Ebbene, lo stesso assurdo in tema di procedura si verifica nella compensazione, considerando separatamente le due parti in doppio rapporto, nel modo come abbiamo sopra esposto. E valga esemplificare. Tizio è creditore di 15 ma debitore di 8 verso Caio: questi, per conseguenza, è reciprocamente creditore di 8 ma debitore di 15 verso Tizio. Ora in Tizio la qualità di creditore si confonde con quella di creditore fino alla concorrenza di 8, restando così ridotto a 7 il credito realizzabile: talchè, se egli insistesse a chiedere 15, il debitore potrebbe rispondergli: ve ne pago 7, per gli altri 8 rivolgetevi contro voi stesso. Parimenti in Caio la qualità di creditore si confonde con quella di debitore: ma in esso la confusione è completa, non soltanto parziale; di guisa che, se egli avesse il coraggio di agire da suo canto contro Tizio per 8, quegli potrebbe a lui rispondere che per questi 8 agisca contro sè stesso.

In diritto per la confusione e la compensazione si hanno dunque conseguenze identiche e identica efficacia: vi sono bensì delle differenze nel campo procedurale. Abbiamo detto che la confusione rende impossibile l'azionabilità del credito caduto in confusione col debito, perchè l'attore e il convenuto s'identificherebbero in una stessa persona. Ma alla identificazione delle persone del debitore e del creditore nella compensazione non si giunge se non per effetto dello sdoppiamento dei due debiti e dei due crediti: talchè, fino a quando si considerano contrapposte e distinte le due persone dell'attore e del convenuto, non è impossibile l'esperimento dell'azione. Ma vi è un momento in cui lo sdoppiamento avviene, le due persone dell'attore e del convenuto non si contrappongono più tra loro o non si contrappongono più se non in parte: e questo momento giunge appena il convenuto ha affacciata la compensazione in giudizio. Il riconoscimento della validità di questa eccezione produce appunto, quasi come effetto magico, lo sdoppiamento dei rapporti creditorî e le due confusioni separate, per le quali il credito di Tizio è ridotto a 7 e quello di Caio a 0. Fatto questo e reso così operativo lo sdoppiamento coll'una e coll'altra confusione, si ritorna all'unificazione primitiva dei rapporti; perchè, senza supporre pagamenti che non vi sono e che non sarebbero necessari, il credito di Caio dopo di aver raggiunto il colmo della sua efficacia è rimasto annientato ed ha esaurito tutta la sua forza giuridica.

Si dirà che questa interpretazione funzionale dell'organismo compensativo è troppo complicata di fronte all'apparente semplicità del testo del nostro codice: ma, se si rifletta alla maggior semplicità della citata definizione di Modestino, non si troverà strano che la compensazione romana non supponesse questa duplice funzionalità. Col sistema della contribuzione infatti il rapporto, la contrapposizione dei due debiti e dei due crediti tra loro è permanente, inevitabile: qualsiasi sdoppiamento giuridico sarebbe contrario allo spirito e alla lettera della compensazione giustinianea. Il rapporto si sviluppa più semplicemente, non si distingue in momenti, non è suddiviso in fasi procedurali: anzi, trattandosi di giudizi di buona fede, è completamente indipendente da atti procedurali, nel senso che la compensazione opera *ipso jure* fino al segno che il giudice può anche dichiararla senza che nessuna delle parti ne domandi l'applicazione.

Ciò non è per la nostra giurisprudenza, e per la cambiata natura dei giudizi, e perchè appunto lo sdoppiamento che regola la funzione giuridica dell'istituto è necessariamente prodotto da una fase procedurale, certo come conseguenza dello stesso procedimento che si rende presso di noi inevitabile. La compensazione da noi è come un effetto inevitabile delle due confusioni: ma, perchè la confusione nella persona dell'attore e quella nella persona del convenuto dei rispettivi debiti e crediti operino effetti compensativi, non vi sarebbe d'uopo di creare un istituto giuridico apposito di compensazione. Questo istituto sarebbe inutile, superfluo: per raggiungerne la effettività e la portata non occorre che applicare le regole della confusione da una parte e dall'altra, senz'altro nesso che contrapponga e unisca le due confusioni, all'infuori del rapporto procedurale mercè cui una delle due persone sulle quali la confusione si opera è attrice e l'altra è convenuta in un giudizio di pagamento: senza di che non si renderebbe possibile il materiale contrapposto delle due confusioni giuridiche. Ma il nesso, lo ripetiamo, è dato dallo stesso procedimento e dalla natura dei rapporti che servono di base al giudizio; nè vi sarebbe d'uopo di creare l'istituto apposito della compensazione (come istituto non procedurale ma di puro diritto materiale) perchè questa contrapposizione si avverasse e avverandosi si rendesse operativa di effetti giuridici. L'economia legislativa dovrebbe suggerire di evitare la creazione d'istituti appositi quando i vecchi istituti bastano all'estrinsecazione di certi determinati rapporti giuridici: ma invece la progressiva tendenza alla specializzazione in tutte le discipline, anche in quelle che servono a regolare il mio e il tuo nei rapporti privati, come fece dimenticare e persino censurare il concetto dato da Modestino della compensazione, così, pur deviando da quel concetto, mentre si affermava maggiormente l'importanza della compensazione legale, ci dette nella compensazione stessa un organo più complicato con funzioni, le quali, non impiegate a dovere, possono dar luogo a dannose inesattezze, specialmente nel campo teorico.

Alla evidente identità della compensazione del nostro codice con una confusione operante su doppia sfera e contrapposta per solo effetto della posizione procedurale delle due persone nelle quali opera questo duplice rapporto, sembrerebbe ostare la distinzione che nella legge e nella dottrina si è voluta porre tra compensazione e confusione. Il Ricci (loc. cit.), chiamato dallo scopo stesso della sua trattazione a distinguere tra compensazione e confusione sul terreno del codice vigente, non sapeva trovare altro punto di differenza tra l'uno e l'altro istituto, se non quello che nella compensazione si ha un pagamento fatto dalla legge;

mentre nella confusione l'obbligazione più che estinta resta insoddisfatta per l'impossibilità di agire. Il Borsari (1) si guarda bene dall'accentuare questa pretesa distinzione. Il Giorgi (loc. cit.) sulle norme del Duranton (2) prende di mira l'articolo 1300 del codice Napoleone, al quale corrisponde l'articolo 1296 del nostro codice civile per dimostrare la inesattezza della espressione usata nel primo, *che la confusione di diritto estingue i due crediti*, e di quella usata nel secondo, *che la confusione di diritto estingue il debito e il credito;* perchè stando a questa norma giuridica sembrerebbe che la confusione operasse in funzione estintiva rispetto a due obbligazioni diverse, contemporaneamente. Se questo si ammettesse, al pari della compensazione la confusione si esplicherebbe (quale errore!) in due sensi e in due lati, ossia per quanto riguarda le ragioni separate delle due persone originarie, le quali si sono poi concentrate in una persona sola come soggetto del diritto di credito e del diritto di debito ad un tempo.

Noi non possiamo condividere questa ripugnanza; quanto alla censura che del resto, come bene osservava il Vigliani in nota al loc. cit. del Duranton, non si può certo egualmente applicare all'art. 1391 del codice albertino (da cui l'articolo 1296 del vigente codice trasse la modificazione summenzionata dell'oggetto di estinzione, non più riferendolo ai due crediti ma al debito e al credito insieme) come all'articolo 1300 del codice Nap., ci sembra non del tutto meritata. E appunto la censura ci apparisce ingiusta, perchè ingiusta ci sembra e poco esatta la pretesa distinzione fatta qui tra compensazione e confusione. In primo luogo, infatti, appellarsi a Paolo (l. 71, Dig., 46, 1) per ritenere che la confusione *potius eximit personam quam tollit obligationem*, non è risolvere la questione di fronte al nostro codice che comprende la confusione tra i mezzi di estinzione delle obbligazioni: nè sol perchè nella compensazione non può dirsi (all'infuori dello sdoppiamento procedurale da noi proposto dei rapporti tra attore e convenuto) che come nella confusione l'estinzione sia prodotta immediatamente e senza altro dall'impossibilità di mettere in moto un'azione per il pagamento, questa sola differenza basterebbe a fissare un punto sufficiente di demarcazione tra compensazione e confusione talmente da giustificare in esse due istituti giuridici diversi e in modo diverso operanti. Che l'obbligazione venga meno per difetto di azionabilità è una conseguenza perfettamente reciproca a che l'azionabilità venga meno per difetto di obbligazione azionabile: e il difetto di azionabilità col difetto di obbligazione sono come i due termini medî o estremi di una medesima proporzione, l'inversione dei quali non altera la fisionomia e la sostanza della proporzione stessa. D'altra parte, sarebbe un'esagerazione dare alle vedute procedurali tanta importanza nella materia, quanta ne occorrerebbe per creare o distruggere istituti non procedurali: si avrebbe allora quasi un sofisma adoperato per risolvere una questione di alto diritto civile, vuoi prescindendo dal diritto costituito, vuoi supplendo in diritto costituito alla supposta e nascosta intenzione di un legislatore il quale non siasi dato premura di tramandarci con sufficiente chiarezza i motivi delle sue elaborazioni giuridiche.

Non è questa dell'art. 1296 codice civ. la confusione che può giuridicamente e logicamente contrapporsi alla compensazione consacrata nell'art. 1285 del codice stesso. La confusione (o meglio consolidazione) dell'usufrutto con la proprietà (art. 528 cod. Alb. e 515 cod. civ. vig.), la confusione o riunione del fondo dominante al fonde servente (art. 664 cod. civ.), la confusione della qualità di creditore ipotecario con la qualità di proprietario del fondo ipotecato (in forza del principio generale *res sua nemini servit* e anche in applicazione dell'art. 2029, n. 1 o n. 3) non hanno certamente a che fare con la compensazione dei debiti. Come questi si potrebbero addurre anche altri esempi per dimostrare che, se non la confusione dell'art. 1296 codice civ., vi sono parecchie altre figure di confusione da contrapporre alla compensazione di cui nell'art. 1285: e precisamente tutte quelle figure di confusione le quali non operano sul medesimo debito in senso opposto ma operano sulla medesima cosa concentrando su di essa diritti diversi i quali dapprima vivevano e si esercitavano separatamente da diverse persone. La differenza tra queste ultime figure di confusione e la confusione del citato art. 1296 sta in ciò che a produrre la confusione nei casi diversi da quello dell'art. 1296 non si opera già un concorso di diritti contrapposti in tutta l'estensione giuridica del termine, ma si opera bensì semplicemente una sovrapposizione di un diritto minore sul diritto maggiore che da quel diritto minore era dapprima limitato. Per effetto di ciò la limitazione sparisce, il diritto maggiore sussiste completo nella sua piena efficacia e il diritto minore non è già paralizzato per difetto di azione, ma bensì perchè l'oggetto e la finalità gli sfugge. Nella confusione di cui nell'art. 1296 invece finiscono entrambi i diritti o rapporti giuridici, tanto quello di debito quanto quello di credito, e il maggiore, non pure non si consolida, ma non si salva neppure dall'estinzione, mentre il minore non resta assorbito puramente, ma distrugge in parte il maggiore; o (se entrambi sono eguali) si finiscono a vicenda in forza di semplice operazione aritmetica.

Da tutto ciò chiaramente si arguisce la vanità dello studio posto da certi interpreti nel contrapporre la confusione alla compensazione, entrambe come forme di estinzione delle obbligazioni e di fondare il contrapposto sulla azionabilità o meno dei relativi rapporti: mentre l'azionabilità o meno in tanto può valere come criterio misuratore degli istituti giuridici, in quanto è effetto e manifestazione della esistenza e dell'attività di un diritto. Le differenze invece tra compensazione, novazione e remissione di debito, e anche (secondo noi) pagamento, si scorgono agevolmente a prima vista; talchè non è possibile che per esse sorgano equivoci. Quel che si potrebbe ravvisare di comune tra la compensazione e il pagamento è stato già da noi escluso dimostrando l'inesattezza della finzione di pagamento per ispiegare la compensazione e la inopportunità di guastare ancora di più con spiegazioni inopportune un istituto, che, come quello della compensazione, è stato già sufficientemente alterato e guasto in confronto di come esso era nella giurisprudenza romana, vale a dire un semplice fenomeno di contribuzione operante immediatamente e direttamente sul contrapposto del debito al credito. Ed è stato alterato pur senza fargli cambiare fisionomia giuridica.

14. L'art. 1285, difforme in questo dall'art. 1296 che ammette una confusione di diritto, non parla già di com-

(1) *Codice civile italiano commentato*, vol. III, p². 2.; Torino, Unione Tip.-Ed., 1877.

(2) *Corso di diritto civile secondo il codice francese* (Torino, Libreria della Minerva Subalpina, vol. VII, 1844), lib. 3°, tit. 3°, sez. 5ª.

pensazione di diritto; ma non esclude il concetto di una compensazione *ipso iure*, la quale anzi viene affermata solennemente dall'articolo successivo. La giurisprudenza ha avuto agio di spiegare bene la portata di questo articolo, riducendo nei suoi veri confini l'opera della compensazione.

Infatti la giurisprudenza (1) decise che la compensazione non può aver luogo contro la volontà delle parti e sovra somme che tra esse abbiano già avuto una speciale destinazione. Perchè in questa speciale destinazione che le parti dànno di comune accordo ad un debito che vincola l'una di esse verso l'altra si deve ravvisare una vera e propria convenzione da mantenersi e osservarsi scrupolosamente anche se esclude l'opera della compensazione. Perchè questo non è un istituto di pubblico diritto ai cui effetti non sia lecito alle parti derogare: è invece un istituto di diritto privato, la cui applicazione, o direttamente o indirettamente, può essere esclusa dalle parti stesse. Beninteso peraltro che non basta la volontà di una sola parte, della debitrice del credito che potrebbe essere opposto in compensazione, per impedire, a danno dell'altra parte, che la compensazione abbia luogo verificandosene gli estremi di legge. Allora la compensazione non avrebbe mai luogo: perchè è interesse certamente dell'attore di fare in modo che il convenuto non possa mai paralizzare colle sue eccezioni la propria azione, in tutto o in parte, e di resistere con ogni astuzia a qualsiasi tentativo in contrario.

Capo III. — **Reciprocità dei debiti.**

15. Obbligazioni sociali commerciali. — 16. Obbligazioni sociali civili. — 17. Consorzi amministrativi. — 18. Debito o credito da causa dotale. — 19. Compensabilità o meno del capitale e degli interessi dotali. — 20. Ravvicinamento per unico rappresentante. — 21. Successione a titolo universale. — 22. Rigore del requisito della reciprocità nella compensazione *ipso iure*.

15. Il presupposto dell'art. 1285 è dunque solamente, in via generale, che due siano debitori l'uno verso l'altro: e con ciò solo esclude, come vedemmo esponendo la parte generale di diritto comune romano, che siano compensabili il credito dell'attore e quello di un terzo contro l'attore, anche nei casi in cui (stando ai principi generali) sembrerebbe che il convenuto potesse mutuare questo diritto di credito del terzo. Dato questo presupposto di due debiti reciproci, l'articolo 1285 proclama risolutamente l'estinzione dei debiti stessi: estinzione che del resto è ampiamente e nettamente confermata dall'art. 1236, che classifica la compensazione tra i modi con i quali si estingue l'obbligazione. Ancora, i debiti e i crediti debbono essere reciproci tra le stesse persone: perciò i crediti contro una società in nome collettivo non possono opporsi in compensazione dei debiti verso le persone dei soci. Così decise la Corte di cassazione di Firenze, 26 febbraio 1892 (2). E infatti l'art. 106 del codice di commercio, pure ammettendo che i soci in nome collettivo siano obbligati in solido per le operazioni fatte in nome e per conto delle società, sotto la firma da esse adottata, dalle persone autorizzate all'amministrazione, esclude che i creditori della società possano pretendere dai singoli soci il pagamento prima di avere sperimentato l'azione contro la società stessa. Questo significa che l'efficacia del debito di un socio singolo verso il creditore della società comincia a sussistere solo dopo che il creditore ha sperimentato il suo credito contro la società stessa infruttuosamente: il debito del socio, in altri termini, è condizionato all'insolvibilità constatata della società della quale egli fa parte. Se il debito del socio fosse contemporaneo e solidale con quello della società, il creditore allora, in forza dei principi generali di diritto, dovrebbe avere la scelta tra lo escutere la società ed escutere il socio: ma questa scelta non essendogli data, ne consegue che il debito del socio sorge soltanto allora, quando il debito della società abbia esaurito, positivamente o negativamente, tutta la sua produttività giuridica. Prima di quel momento il socio non può far le spese della compensazione nei rapporti di un terzo debitore verso la società: e neppure, evidentemente, può la società valersi di un credito del proprio socio per contrapporlo in compensazione ad un credito di un terzo attore. Il Giorgi, peraltro (3), esaminando tale ipotesi, adotta la risoluzione che in questo caso il socio sia pur soggetto a dare il suo credito in contributo alla società perchè questa possa allegare la compensazione contro il terzo; sempre peraltro nei limiti e nella misura della sua responsabilità personale verso la società stessa. Questa soluzione merita di essere considerata assai attentamente. L'esposizione di un socio verso la società è di genere diverso dell'esposizione di un debitore qualunque verso il proprio creditore? In altri termini, quando l'impegno del socio nelle passività della società è liquidato o suscettibile di liquidazione, riveste esso una natura speciale e diversa dall'impegno di qualsiasi debitore nei rapporti del suo creditore? A noi sembra che la questione possa tradursi anche nel modo seguente. La responsabilità di un socio per gli affari della società alla quale appartiene si esplica nei rapporti tra il socio e la società, permodochè quegli non sia obbligato a conoscere in qualsiasi modo i creditori singoli della società; oppure questa responsabilità si esplica direttamente nei rapporti coi creditori della società cui il socio appartiene?

Se la responsabilità del socio accede soltanto in garanzia della responsabilità sociale quando questa non sia sufficiente a garantire i creditori della società stessa, allora è evidente che non può un'obbligazione di natura accessoria essere adibita in compensazione di un credito di natura principale. Ma l'obbligazione dei soci di una società in nome collettivo e dei soci accomandatari è illimitata e solidale verso i terzi per le obbligazioni sociali: e perciò potrebbe a prima vista sembrare che i terzi avessero la scelta di escutere *aeque principaliter* la società o il socio così responsabili, con facoltà di cominciare da quella parte che volessero. Fatti i conti nondimeno coll'art. 106 del codice di commercio vigente, chiaramente si argomenta che il terzo, malgrado la solidarietà e la illimitatezza dell'obbligazione del socio, non ha facoltà di dargli molestia se non dopo avere escusso la società (e sia pure che per agire contro il socio, abbia forza esecutiva la stessa sentenza emessa contro la società), come era disposto anche nell'art. 114 del vecchio codice. Questo significa che l'obbligazione del socio verso il terzo per i debiti della società, per quanto illimitata e solidale, è sempre subordinata alla insolvenza totale o parziale della

(1) Cassaz. Torino, 18 giugno 1888, *Ottolenghi* c. *Ottolenghi* (*Legge*, 1888, II, pag. 693, e nota).

(2) *Gemignani* c. *Lupi* (*Temi Veneta*, 1891, pag. 227).

(3) Op. cit., vol. cit., p. III, tit. I, cap. I.

società stessa. Come potrebbe la società valersi di un credito del proprio socio verso un terzo, per opporlo in compensazione a un credito di questi, se il socio, prima della inutile escussione subita dalla società, non ha alcun impegno diretto verso il terzo? Il debito del socio, prima della escussione della società, non è liquido ed esigibile per il terzo, quantunque liquido ed esigibile per avventura a favore della società stessa. Malgrado ciò, vi è sempre differenza nella condizione riserbata al socio debitore verso la società nei suoi impegni verso il terzo creditore della società stessa e la condizione fatta al creditore civile rispetto a un credito del proprio debitore verso un terzo che contro il primo agisce per pagamento d'una somma. Il creditore civile, convenuto in giudizio dal terzo, non può opporre a questo (per le cose dette) il credito che vanta contro un debitore, il quale a sua volta sia creditore di quel terzo: e non lo può, come abbiamo detto, perchè il terzo non è intervenuto nel rapporto di obbligazione stretto tra il suo debitore e il suo creditore, e neppure si deve supporre che ne abbia conoscenza e che sia obbligato a regolarsi o almeno sia prevenuto in conformità di questa conoscenza. Nè può ritenersi che sia dato al convenuto mutuare le ragioni che questo terzo può avere contro il proprio attore: perciocchè questa successione del creditore al debitore non può operarsi di pien diritto come di pien diritto si opera la compensazione. Perchè possa aver luogo una tal successione, con tutte le conseguenze giuridiche che le sono annesse, è d'uopo che intervengano altri fatti e si sviluppino rapporti speciali di diritto, ai termini dell'art. 1241: dovendosi in questo caso la compensazione parificare per analogia al pagamento. Ma, senza una chiara e netta successione, ai termini di legge, sarebbe illegale ed arbitrario pretendere che il debitore fosse costretto ad esaminare titoli e ragioni ed a mischiarsi nei rapporti del suo creditore con un terzo da lui sconosciuto e col quale non ebbe rapporti giuridici diretti.

16. Che dire poi nel caso di società civile? Sarebbe strano che, mentre il socio in una società commerciale non è soggetto a patire nè autorizzato a valersi della compensazione nei rapporti coi terzi creditori o debitori (rispettivamente) della società, il socio di una società civile potesse invece valersene e dovesse sottostarvi. Il contratto di società civile infatti non crea una persona giuridica indipendente dalle persone fisiche dei soci; e però, come i diritti, così le obbligazioni di costoro verso i terzi non sono per l'intiero ammontare degli impegni attivi o passivi assunti socialmente verso questi terzi. La società non rappresenta, secondo il nostro codice civile, un'unità se non dal punto di vista amministrativo e nei rapporti dei soci tra loro: e tanto rappresenta un'unità semplicemente amministrativa, che anche la disposizione dell'art. 1727 (in forza della quale i soci sono obbligati verso il creditore con cui hanno contrattato a parte eguale, sebbene abbiano in società una porzione diseguale) risponde piuttosto a necessità d'ordine interno amministrativo tra i soci, che non ai rapporti verso i terzi contraenti. Ma, pur desiderando conciliare l'art. 1723, n° 10 con l'articolo 1727 codice civile, ci sembra che non si possa venire, a voler adottare un'interpretazione piuttosto lata, se non a questo: che cioè la facoltà di amministrare conferita ad un socio in modo speciale valga ancora come facoltà di obbligare i vari soci della società; poichè altrimenti non si saprebbe a che cosa ridurre questa facoltà di amministrare, se la si volesse privare di una fra le sue primarie estrinsecazioni, ossia della facoltà d'impegnare i consoci anche in rapporto coi terzi, validamente. Però, ammesso pure che uno solo dei soci, in forza dello speciale contratto intervenuto tra tutti i soci, abbia facoltà d'impegnare la società verso i terzi, non è per questo che quello degli altri soci il quale non ha contrattato e anche quello stesso che ha contrattato per la società resti responsabile ed esposto verso il terzo per una porzione superiore alla quota virile del socio nella società considerata come unità amministrativa e contabile. Da ciò consegue (come molto esattamente osserva il Ricci) (1), che la compensazione, nei rapporti tra il socio e il terzo contraente nell'interesse della società non può effettuarsi oltre la concorrenza di questa sua quota virile di debito al credito ch'egli per avventura possa contro quel terzo vantare: escluso sempre, s'intende, ogni privilegio in favore del creditore della società rispetto al creditore del socio. Nè l'esistenza della società importa alcun ostacolo a questa ripartizione dell'unico credito del terzo in tante quote virili per quanti sono i soci: perchè il terzo, sebbene avesse contratto un rapporto attivo di obbligazione verso i componenti della società, pur sapeva che questo suo credito andava a frazionarsi giuridicamente in tante parti per quanti erano i soci, anzi precisamente in altrettanti crediti che non possono avere altra via di soddisfazione all'infuori di escutere uno ad uno con diversi procedimenti i soci stessi.

17. Queste differenze tra la società civile e la commerciale derivano in gran parte dal fatto che le società commerciali hanno personalità giuridica autonoma e indipendente da quella dei soci, mentre le società civili ne mancano assolutamente. Ma, d'altro canto, il solo fatto dell'avere personalità giuridica non importa che i singoli soci appartenenti alla società debbano ritenersi responsabili in solido per gli impegni da essa assunti. Vi è anzi un esempio, specialmente in diritto amministrativo, dal quale si deve argomentare che, quantunque l'ente sociale costituisca un'unità a sè, anzi perchè il concetto di questa unità è portato al massimo limite di efficacia, i singoli componenti l'unità sociale non restano punto impegnati verso i terzi per i debiti della società. Il caso è appunto relativo ai consorzi stradali tra Comuni; poichè, riguardo ai medesimi malgrado le disposizioni dell'art. 39 della legge 25 marzo 1865, all. *F*, sui lavori pubblici, la giurisprudenza (2) ha ormai stabilito che i componenti non possono confondersi coll'unità composta, alla quale è data una personalità giuridica a parte, distintamente dalle persone dei suoi membri.

Questa distinzione tra i Comuni consortili ed il consorzio fu affermata anche per il caso che i terzi volessero rivolgersi ai singoli Comuni per l'adempimento degli obblighi assunti dall'amministrazione consortile e consacrati in una sentenza intervenuta soltanto contro l'amministrazione del consorzio. Una tale distinzione così accentuata, e spinta fino alle ultime conseguenze, tra consorzio e componenti il consorzio, risponde ad un alto concetto di ordine pubblico e di pubblica amministrazione: simili consorzi non essendo soltanto e puramente società civili destinate al raggiungimento di uno scopo comune mercè comuni sforzi, ma anche enti d'im-

(1) Op. cit., vol. IX, § 57.
(2) Cassaz. Napoli, 23 novembre 1886, *Comune di Cicerale* c. *Ruggiero* (*Foro italiano*, 1887, I, 422).

portanza politica e preposti all'esecuzione delle leggi nell'interesse del pubblico servizio. Essendo speciale e determinato lo scopo di siffatti consorzi, speciale e determinata dev'essere altresì la sfera d'azione e di funzione, la responsabilità e la potenzialità di essi: talchè, esaurita la vitalità dell'ente nei rapporti con il fine, i singoli componenti l'ente medesimo non possano entrare affatto in rapporti di diritto con quei terzi che hanno avuto interessi con l'ente stesso. I terzi dunque, per non vedersi esposti al rischio di perdere eventualmente i loro crediti, non debbono fidare nella prosperità o floridezza economica di questo o quel Comune che fa parte del consorzio, ma sibbene nelle forze di questo ultimo considerato come ente a sè, dotato di fondi propri e di responsabilità autonoma e funzionante sotto la tutela o il controllo delle autorità governative. E non potendo fare assegnamento di sorta sulla responsabilità individuale dei singoli componenti il consorzio, è evidentissimo che qualsiasi diritto di credito o di debito di uno dei Comuni componenti questo consorzio verso un terzo - rispettivamente creditore o debitore del consorzio stesso - non può essere ammesso e calcolato in compensazione nei rapporti di quest'ultimo; mancando nel caso il requisito della reciprocità delle persone.

18. La discussione sul requisito della reciprocità dei crediti o debiti opposti in compensazione si estende anche alla materia dotale. Si sa (art. 1399) che il solo marito ha l'amministrazione della dote durante il matrimonio e ch'egli solo ha il diritto di agire contro i debitori e detentori della medesima, di riscuoterne i frutti e gli interessi e di esigere la restituzione dei capitali: e si sa pure (art. 1401) che, se la dote o parte di essa consiste in cose mobili stimate nel contratto di matrimonio, senza la dichiarazione che tale stima non ne produce la vendita, il marito ne diviene proprietario e non è debitore che del prezzo loro attribuito. Nè s'ignora che la dote può essere alienata o ipotecata soltanto se nel contratto di matrimonio ne è stata permessa l'alienazione o l'ipoteca (art. 1404).

Ora, dato questo regime dotale, si domanda se, quando il marito sia creditore personale di un terzo verso il quale la moglie sia pur debitrice, debba ammettersi la compensazione; oppure se si dia compensazione quando il marito sia debitore personale verso un terzo debitore della moglie: sempre, bene inteso, che tanto il debito quanto il credito del terzo dipendano da causa dotale.

Ora, perchè il debito o il credito della moglie, quantunque derivante da causa dotale, sia e si mantenga personale, è d'uopo che nè per l'atto di costituzione di dote nè per un atto legale posteriore il capitale dotale (ed è di capitale che qui si tratta) esca dal patrimonio della donna: senza di che questo rapporto obbligatorio non potrebbe più considerarsi come a lei personale. Quando la dote sia stimata senza alcuna riserva, se costituita da cose mobili; oppure quando è stimata con espressa dichiarazione di trasferirne la proprietà, se si tratta di cose immobili, in questi casi il capitale costituente la massa dotale passa in proprietà del marito, il quale per effetto della stima non è tenuto verso la moglie o gli altri i quali possano eventualmente aver diritto alla restituzione della dote se non per l'ammontare della stima. Così dunque la stima equivale perfettamente ad una vendita, della quale il marito non consegna immediatamente il prezzo perchè dalla legge stessa è facoltato a questo ritardo fino a che non vi sia legalmente obbligato. Equivalendo la stima ad una vendita dei beni dotali, ne viene di conseguenza che la proprietà di essi è trasferita senz'altro al marito, il quale ha anche perciò senza dubbio facoltà di dedurre quei crediti che eventualmente facessero parte della dote stessa in compensazione dei suoi eventuali debiti verso il terzo debitore per causa dotale: e così potrebbe anche lo stesso terzo esimersi in tutto o in parte dal pagare i suoi debiti verso il fondo dotale adducendo in compensazione i crediti ch'egli vanta verso il marito proprietario della dote. Nè monta che la dote abbia la destinazione speciale *ad matrimonii onera ferenda:* perchè non è escluso che questa compensazione agevoli egualmente il marito nel sostenere gli obblighi matrimoniali, e del resto il non averlo obbligato a prestar cauzione nell'atto costitutivo della dote ha implicato una vera e propria dichiarazione di fiducia nella sua opera amministrativa di marito intelligente e dabbene. Che se nei suoi affari si verificassero in seguito dei disordini, vi sarebbero per lo meno i rimedi generali dell'interdizione e della inabilitazione.

19. La questione diventa più seria sul terreno degli interessi, allorquando si chiede se gli interessi del patrimonio dotale possono essere, qualora attivi, invocati in compensazione da un terzo creditore personale del marito; qualora passivi, addotti in compensazione dal marito di fronte al creditore di essi, il quale sia ad un tempo debitore del marito. Tutto si riduce nel vedere se il marito diventi oppur no proprietario degli interessi attivi del patrimonio dotale o debitore degli interessi passivi del medesimo: poichè, se egli ne diventa rispettivamente creditore o debitore in proprio, è chiaro che può invocarli in compensazione oppure esser chiamato a conferirli nella compensazione invocata dal suo debitore, convenuto da lui in giudizio di pagamento. Il quesito è dunque lo stesso, eterno quesito, che si fa per la pignorabilità o meno dei frutti dotali in favore dei creditori personali del marito. E come questo si può risolvere o coll'opinione dell'impignorabilità assoluta, o con quella della pignorabilità illimitata, o con l'altra intermedia della pignorabilità limitata a quanto eccede i bisogni della famiglia; le stesse risoluzioni possono adottarsi anche nel caso della compensazione degli interessi dovuti dal marito a un terzo cogli interessi dovuti da questo terzo alla massa dotale amministrata dal marito. E la stessa discussione che si fa in materia di pignorabilità viene completamente riprodotta anche in materia di compensazione. Si domanda dunque anzitutto: il marito, quando non è proprietario, non è forse nemmeno usufruttuario della dote in constanza di matrimonio; e quando proprietario della dote, è forse anche proprietario dei frutti della dote ossia usufruttuario di essa? L'art. 1399 codice civile si esprime chiaramente nel senso che il marito ha l'amministrazione della dote, da solo; ma dell'usufruttuario (art. 1408) non ha che gli obblighi e la responsabilità, non già i diritti e i vantaggi. Come l'usufruttuario prima di conseguire il possesso del patrimonio dotale deve far l'inventario dei mobili e la descrizione degli immobili, è tenuto alle riparazioni ordinarie ed anche alle straordinarie che ne sono l'effetto; deve pagare i tributi, i canoni ed i pesi per consuetudine a carico dei frutti, nonchè gl'interessi dei carichi imposti alla proprietà; è tenuto alle spese di lite riguardanti l'usufrutto, ecc. Un solo obbligo di quei che gravano sull'usufruttuario non fa carico sul marito di regola: ed è l'obbligo di dar cauzione, se questo non gli sia stato espressamente imposto dall'atto costitutivo della dote, mentre (per converso) l'usufruttuario è sempre tenuto a dar cauzione purchè non ne sia dispensato dal titolo. Al marito si può solo, in via di eccezione, imporre la

prestazione della cauzione, quando, per trasformazione o diminuzione sopraggiunta nel suo patrimonio, la sicurezza della dote apparisca al tribunale compromessa. Nè l'usufruttuario nè il marito, restituendo il possesso del capitale o del patrimonio dotale, sono tenuti a render conto dell'uso fatto dei frutti.

Per noi dunque la questione sulla destinazione dei frutti, dalla quale la prevalente giurisprudenza fece dipendere sino ad ora lo scioglimento del quesito sulla pignorabilità dei frutti dotali, è di un'importanza del tutto secondaria: anche perchè i terzi non possono entrare nell'apprezzamento della parte de' frutti dotali ch'è necessaria *ad matrimonii onera ferenda* per pignorarne soltanto la parte superflua. La questione invece per noi sta tutta, quanto ai frutti, nel vedere se il marito ha sui frutti della dote tutti i diritti che sopra i medesimi potrebbe avere un usufruttuario. E si risponde che no; poichè la legge, mentre, come vedemmo, nell'articolo 1408 pone a carico del marito gli obblighi tutti dell'usufruttuario, non gli accorda il corrispettivo dei diritti e dei vantaggi dei quale gode l'usufruttuario stesso. Se dunque il marito non godi dei diritti dell'usufruttuario, abbia o no acquistato secondo la legge la proprietà dei beni dotali, egli non può certamente appropriarsi i frutti della dote, i quali restano, tutti quanti essi sono, immobilizzati *ad matrimonii onera ferenda* e usufruiti da tutta la famiglia per questa destinazione: senza che nè il marito e molto meno i terzi possano limitare ad una sola porzione o quantità di essi il fabbisogno per le esigenze domestiche.

Questi frutti, destinati come sono tutti ai bisogni e agli oneri della famiglia, sono amministrati dal marito senza onere di rendiconto, salvo l'obbligo di prestar cauzione nel caso di pericolo per l'integrità del patrimonio dotale, a istanza del costituente la dote (art. 1400), e sotto la comminatoria della separazione della dote dai beni del marito, a istanza della moglie stessa, nel caso suddetto e nel caso di disordini negli affari del marito, come anche in seguito a separazione personale tra i due coniugi. All'infuori di questi rimedi speciali al caso e dei rimedi generali dell'interdizione o dell'inabilitazione, non vi è altro rimedio di sorta per evitare gli effetti di una cattiva amministrazione da parte del marito: il quale, se non ha dato cauzione dipendentemente dall'atto costitutivo di dote o da pronuncia giudiziale, e finchè la dote non è separata giudiziariamente dai beni propri, amministra la dote in una posizione di assoluta e completa irresponsabilità, la quale di fatto lo costituisce presso a poco nella stessa condizione di godimento personale che spetta per espressa attribuzione di legge all'usufruttuario. Malgrado che la legge non consacri i suoi atti, il marito, grazie alla unità d'indirizzo che deve aver la famiglia sotto la sua direzione e grazie alla presunzione ch'egli non consumi nei vizi o nelle turpitudini il frutto d'una speculazione matrimoniale e che non tolga il pane e l'agiatezza alla sua moglie e a' suoi figli, può fare in tal caso quell'uso che vuole dei frutti dotali. Nè può venir fuori un terzo a fare i conti sulla sua famiglia per vedere se e quanto può e deve spendere per la famiglia, se e quanto può risparmiare e capitalizzare dopo sopperito a queste spese: poichè quando la legge dice che la dote è data per sostenere gli oneri della famiglia, non intende con questo parlare soltanto degli oneri rispondenti alle prime ed elementari necessità della vita ed escludere quello che conferisce al decoro e alle soddisfazioni voluttuarie della famiglia stessa, giusta la sua posizione sociale e in rapporto alla probabilità del suo futuro aumento.

Vi potrebbe essere nondimeno una ragione di dubbio nell'ipotesi che (o pel caso che la dote sia costituita da cose mobili stimate o pel caso che la dote sia costituita d'immobili della cui proprietà nell'atto stesso di costituzione si consente il passaggio al marito) la proprietà del capitale passi al marito. Si potrebbe dire che in questa ipotesi, con la proprietà della sorte dotale passi nel marito anche la proprietà dei frutti, perchè i frutti appartengono a colui il quale ha la sorte, a meno che un diritto speciale frazionario di proprietà (*ius in re aliena*) non attribuisca ad un terzo la proprietà di questi frutti. Ora, sta bene che nel caso nostro nè la moglie, nè la famiglia e molto meno persone estranee possano vantare un diritto di proprietà azionabile e specialmente disciplinato dalla legge in via diretta; ma lo scopo stesso e la destinazione della dote per sostenere i pesi della famiglia porta l'erogazione dei suoi frutti nell'interesse della famiglia sotto l'amministrazione, bensì irresponsabile, del marito (1). Questa erogazione poi produce gli stessi, identici effetti pratici di un *ius* che la famiglia abbia all'appropriazione dei frutti dotali, sebbene la proprietà del capitale al quale appartengono quei frutti spetti al marito; soltanto dalla appropriazione a titolo di proprietà ha questo di diverso, che non ha nè offre azioni speciali e adatte a quelli in cui favore è concessa l'erogazione dei frutti dotali, ossia ai membri nati e nascituri della nuova famiglia, per curare che i frutti stessi non siano distratti dallo scopo al quale sono destinati.

La mancanza di un'azione diretta di questo genere e la sostituzione ad essa dei rimedi generali e speciali di cui tenemmo proposito è dovuta appunto alla natura e al governo unitario della famiglia, attribuito al marito, e alla ricordata presunzione che costui non dissipi malamente ciò che gli fu dato nell'interesse dei suoi figli. Nè per questo si vorrà dire che i frutti dotali non siano in proprietà giuridica di alcuno, poichè in diritto sovente avviene, per istituti di pubblica utilità e di ragion generale, che un dato patrimonio in tanto spetti a quegli istituti in quanto sia quasi immobilizzato allo scopo cui mirano gli istituti stessi e che costituisce la ragione della personalità giuridica di essi.

Del resto, l'esercizio delle azioni conservative per queste rendite legate anch'esse al vincolo dotale è riserbato al marito, come lo è per la sorte nel caso che la proprietà di questa non sia stata a lui legalmente attribuita: il che, mentre evita che il primo estraneo possa usurpare non solo la sorte, ma pur le rendite dotali (quando queste ultime fossero considerate, come le riteniamo noi, senza proprietario ai termini e per gli effetti dell'azionabilità, ossia del segno principale onde si manifestano secondo la legge i diritti dei cittadini, anche se rivolti all'uso e godimento dei beni); dall'altra parte contribuisce ad aumentare le facoltà amministrative accordate al marito al disopra e al di là delle facoltà attribuite ad un amministratore ordinario.

Date così al marito le azioni tutelari della proprietà della sorte e degli interessi dotali, egli potrebbe essere considerato in certo modo come mandatario dei figli e di tutta la famiglia, se i figli e la famiglia avessero il potere di revocargli il mandato direttamente, giunti alla maggiore età; ma questo diritto non accordando la legge ai figli, non si può ritenere il padre qual loro mandatario, e però non si possono attribuire ai figli stessi le azioni il cui esercizio la

(1) Ricci, Op. cit., vol. VII, § 33.

legge affida al padre, e non potendosi attribuir loro queste azioni conservative del patrimonio dotale, non è da questo punto di vista esatto considerar la famiglia (compresi nella famiglia i figli) come proprietaria dei frutti e delle rendite della dote.

Il vero è che l'istituto dotale è un istituto *sui generis*, e che lo scopo ne vincola le rendite in un modo e in un modo diverso il capitale, a taluno attribuendo la proprietà della sorte e a nessuno la proprietà degli interessi, e dando le azioni a difesa del godimento ad un amministratore determinato dalla legge e non soggetto a rendiconto; senza che il proprietario della sorte possa vantare diritti sulla proprietà degli interessi, senza che l'amministratore possa essere revocato a piacere dell'amministrato, senza che l'attore contro i terzi abbia interesse diretto ed esclusivo all'esito delle azioni o riporti mandato da altri che il diritto di azione abbia. Malgrado queste anormalità, dovute all'indole speciale dell'istituto e al suo scopo particolare nell'economia domestica, il nostro sistema dotale concilia abbastanza bene gli interessi della moglie cogli interessi del marito e gli interessi di entrambi con quelli dei figli nati e nascituri e del costituente la dote; tanto che le anormalità nel funzionamento dell'istituto dotale si devono appunto allo scopo particolare della dote nell'economia domestica e allo scopo prevalente del benessere domestico sotto la direzione necessaria, più o meno responsabile, del capo di famiglia. Ma intanto, da tutte le considerazioni che siamo venuti finora svolgendo, chiaramente risulta che il marito non è, nè può considerarsi come proprietario dei frutti della dote, anche se ha la proprietà sulla sorte della dote stessa. E non avendo la proprietà dei frutti della dote, non può consentirne o invocarne la compensazione nel suo proprio interesse e in confronto con terzi, coi quali abbia un rapporto personale di debito o di credito. È d'uopo peraltro intendersi sulla espressione: frutti dotali. Nel caso che la dote sia costituita di beni mobili stimati (art. 1401) o di beni immobili stimati con dichiarazione di trasferimento di proprietà (articolo 1402), è chiaro che, passando al marito la proprietà di quei beni, egli può venderli o comunque alienarli per proprio conto. E allora l'acquirente sarà obbligato a rispettare il vincolo dotale nei frutti od interessi dei mobili od immobili acquistati? No. Per l'art. 1401 il marito non è debitore che del prezzo delle cose mobili stimate nel contratto di matrimonio a titolo di dote: ed anche per l'art. 1402 (analogicamente) non è debitore che del prezzo degli immobili, quando questi gli siano dati stimati a titolo dotale, ma con dichiarazione di trasferimento della proprietà. In questi casi il vincolo non affetta più gl'interessi o i frutti del patrimonio costituito in dote, ma si porta sugli interessi e sui frutti che rappresentano quel patrimonio trasferito in libera proprietà al marito; altrimenti, se preesistesse sugli interessi o sui frutti del patrimonio dotale alienato, il trasferimento *ad instar venditionis* seguito tra il costituente la dote e il marito e avente per oggetto il patrimonio medesimo sarebbe monco e insufficiente a produrre gli stessi effetti che produce la vendita, alla quale indubbiamente il trasferimento stesso *dotis aestimatae* può e deve paragonarsi. Se dunque questo trasferimento *ad instar venditionis* per necessità logica deve produrre la successione piena e completa del marito nel diritto di proprietà e di libera [illegible] beni costituiti in dote al [illegible] he nella pienezza e nella [illegible] nprendersi anche la facoltà di vendere il fondo acquistato mercè l'*aestimatio dotis* unita a dichiarazione espressa di trasferimento, ovvero i mobili acquistati mercè semplice *aestimatio*.

Per conciliare dunque una tale pienezza del diritto di acquisto e trasmissione della proprietà nel marito col vincolo e coll'interesse dotale, si deve ritenere che il vincolo stesso dai frutti delle cose trasferite dal marito al terzo si trasporti sui frutti civili del prezzo di cui il marito, mercè l'*aestimatio*, è costituito debitore. Se così non fosse, dovrebbe sacrificarsi o lo scopo della dote o la pienezza del diritto acquistato dal marito sulla dote a lui trasmessa in proprietà nei modi e nei casi preveduti dalla legge: ma non volendo sacrificare nè l'uno nè l'altro elemento, non v'è diversa via d'uscita, da quella infuori di ritenere trasferito per virtù di legge il vincolo dotale sugli interessi del prezzo dovuto dal marito in forza dell'*aestimatio*.

È dunque di questi frutti, e non di quelli dei beni acquistati dal marito nel modo predetto *ad instar emtionis*, che deve ritenersi proibita la compensazione con altre ragioni spettanti eventualmente a terzi debitori di essi frutti verso il marito acquirente *ad instar emtoris* del patrimonio dotale. Che se per frutti dotali s'intendono i frutti dei beni assegnati originariamente in dote ma estimati nel contratto matrimoniale allo effetto di trasferirne la proprietà nel marito, allora di essi deve ammettersi da compensazione. Ma noi abbiamo già dimostrato ad esuberanza che questi non sono più frutti dotali e che il vincolo dotale si è d'altra parte trasferito sui frutti del prezzo dovuto dal marito: dunque è di un'evidenza palmare che a questi ultimi soltanto si riferisce il divieto di compensazione. Che se le garanzie di questi nuovi interessi sui quali si trasferisce il vincolo dotale sono imperfette, è colpa del costituente la dote che non ha avuto cura di renderle piene e capienti ed è anche colpa del costituente o della moglie stessa (a seconda dei casi), se non si sono valsi delle facoltà accordate loro rispettivamente dalla legge o per esigere la prestazione d'una cauzione idonea o per ottenere la separazione dei beni dotali dal patrimonio del marito.

20. In materia di reciprocità non si è punto discusso se, nel caso dell'intervento di un rappresentante, possa ammettersi compensazione tra due negozi conclusi con uno stesso terzo, di cui l'uno in nome e per conto del rappresentato e l'altro in nome e per conto del rappresentante stesso nel proprio interesse. La soluzione si presentava di per sè evidentissima: nel caso manca l'identità degli interessi contrapposti, ossia manca la reciprocità dei debiti che si compensano. Infatti non può dirsi che il debito fatto dal mandatario nel suo proprio interesse possa contrapporsi al credito acquistato dal mandatario stesso nell'interesse del suo mandante: sia pure che entrambe queste obbligazioni, tanto quella di debito quanto quella di credito abbiamo interessato lo stesso terzo contraente. L'identità delle persone, posta dalla legge a base della reciprocità delle obbligazioni, non è infatti nè può essere un'identità materiale, ma deve essere un'identità materiale alla quale si aggiunga un'identità formale, cioè veramente giuridica, vale a dire l'identità degli interessi scambiatisi tra le parti che dovrebbero compensare. Ma la discussione poteva cadere sulla identità e reciprocità conseguente di due obbligazioni, di due impegni: l'uno contratto direttamente dal rappresentato col terzo, l'altro contratto dal rappresentante in nome e nell'interesse del rappresentato con lo stesso terzo col quale ebbe a contrarre il rappresentato stesso nel proprio interesse. In questo caso l'identità formale non sarebbe suffragata dall'identità

materiale: ma che perciò? Se il mandatario o anche il gestore di negozi ha agito giuridicamente in tal sua qualità per modo da impegnare il suo mandante o colui per il quale concluse *utile negotium*, non si può revocare in dubbio la reciprocità degli interessi e quindi l'ammissibilità della compensazione, malgrado che manchi l'identità materiale delle persone oggetto dei rapporti contrapponentisi e riguardo ai quali si chiede l'ammissibilità della compensazione.

21. Si domanda quali siano le funzioni e gli effetti della compensazione che interviene nel caso di successione a titolo universale; nel caso che il successore *in universum ius* nel patrimonio del defunto vanti dei crediti o abbia dei debiti verso i debitori o i creditori ereditari, rispettivamente.

Gli autori che posero questo quesito in materia di compensazione certamente non lo confusero con l'altro in cui l'erede fosse ad un tempo creditore del defunto direttamente: intenti come furono a mantenere un'enorme barriera tra la compensazione e la confusione e quasi inorriditi al pensiero che qualche libero interprete, emancipandosi dalla moltiplicazione superflua delle disposizioni legislative, volesse dimostrare il nesso strettissimo che corre tra l'uno e l'altro istituto. Ma, occupandosi della compensazione in materia ereditaria, sarebbe stato più che mai il caso di pensare alla rassomiglianza e quasi identità intercedente tra compensazione e confusione. Infatti nell'ipotesi di successione a titolo universale si verifica questo, che non potrebbe aver luogo la compensazione dei debiti senza che avvenisse la fusione in una sola persona e in un patrimonio solo delle due persone e dei due patrimoni del *de cuius* e dell'erede: per cui tra il patrimonio dell'uno e il patrimonio dell'altro si riscontra una vera fusione e una completa confusione, talchè i debiti dell'autore sono anche debiti dell'erede e i crediti dell'autore viceversa sono anche crediti dell'erede. Come effetto di questo generale assorbimento si avrebbe poi la compensazione nei rapporti col terzo: e la stessa posizione o forza giuridica che produce l'elisione del debito del *de cuius* verso il successore col credito di questi verso il *de cuius* è cagione perchè il terzo, entrato eventualmente in rapporti reciproci opposti coll'uno e coll'altro, possa valersi della compensazione. Ora, se la causa è la stessa, gli effetti non possono essere poi così diametralmente opposti e radicalmente distinti come si vorrebbero quelli della compensazione in rapporto con quelli della confusione: altrimenti si avrebbero delle incongruenze rilevantissime. Nella compensazione che avviene all'infuori della successione invece il terzo si giova precisamente del fatto proprio di essersi messo volontariamente in relazioni contrapposte d'affari con una terza persona, giovandosi quasi del diritto acquisito alla compensazione quando dette vita al secondo rapporto contrapposto al primo: mentre in caso di successione la posizione di diritto che dà vita alla compensazione non è affatto dovuta alla volontà e all'opera diretta del terzo, il quale si trova senza volerlo e quasi fortuitamente, quanto a sè, in posizione tale da poter invocare la compensazione dei debiti. V'ha anche questa differenza tra l'un caso e l'altro: che cioè la compensazione nel caso di successione universale si verifica *ipso iure* non prima del momento dell'apertura della successione e non al momento in cui ha vita il secondo rapporto obbligatorio contrapposto al primo, come invece accade generalmente nei casi ordinari e comuni di compensazione.

Malgrado questa maggiore facilità di concepire la rassomiglianza della compensazione con la confusione, tuttavia anche nel caso di compensazione conseguente a successione universale si continuò a mantener ferma la distinzione tra l'una e l'altra figura.

Quanto poi al quesito sulle funzioni della compensazione in materia successoria, esso riguarda più specialmente il caso di più eredi universali e il caso in cui gli eredi accettino con benefizio d'inventario o i creditori della successione ottengano la separazione dei patrimoni. Nel caso di più eredi universali, essi sono tenuti ai debiti e pesi ereditari personalmente in proporzione della loro quota (art. 1029 codice civile) e contribuiscono tra di essi al pagamento di quei debiti e pesi in proporzione appunto delle rispettive quote ereditarie, salva diversa determinazione del testatore (art. 1027). Comunque pertanto si vogliano regolare i rapporti reciproci dei vari coeredi tra loro, è certo che come il pagamento dei debiti così la compensazione tra i debiti ereditari e i crediti degli eredi ha luogo in proporzione della parte che a ciascun erede spetta dell'intero asse ereditario. Ma la difficoltà sorge nel determinare quale sia la parte o quota di eredità che spetta ai vari eredi, specialmente quando ci si trovi in presenza di due divisioni: l'una che ha luogo *ipso iure* al momento dell'apertura della successione, in forza del citato art. 1029, con equa ripartizione dei debiti proporzionatamente alla quota ereditaria; l'altra che possa aver luogo posteriormente per convenzione amichevole o per ministero di giudice, facendo una ripartizione dei pesi e dei debiti diversa da quella in esso articolo 1029 tracciata. In questo caso, le compensazioni avvenute per effetto della prima divisione e prima del verificarsi della seconda restano, non ostando questa, egualmente ferme rispetto ai terzi i quali hanno, compensando, acquistato il diritto di valersi della compensazione malgrado ciò che siano per fare gli eredi, cui non è dato di menomare per loro private contrattazioni le ragioni degli estranei alla successione. Gli eredi possono benissimo accollarsi scambievolmente l'onere di soddisfare intieramente all'uno o all'altro debito ereditario: ma questo accordo è soltanto valevole tra di essi e non produce novazione obbligatoria rispetto ai terzi non intervenuti nella convenzione coereditaria. Che se il testatore stesso abbia nel testamento disposto l'accollo di tutto il debito ad uno solo dei suoi eredi universali, valendosi giustamente degli art. 1027 e 1205 cod. civ.; mentre da un canto i coeredi non possono insorgere contro questa disposizione del loro autore, dall'altro il terzo creditore ha diritto non solo di chiedere la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede (art. 1032, art. 2054-2065 codice civile) allo scopo di procurarsi il soddisfacimento sul primo di questi patrimoni preferibilmente rispetto ai creditori dell'erede (art. 2055), ma anche di fare appello all'articolo 1235 chiedendo la rivocazione (per questo capo dello accollo) del testamento fatto dal debitore se in frode delle sue ragioni (*eventus damni*) e con intendimento di cagionargli delle perdite (*consilium* o *mens fraudis*). Ma, quando non è il caso di ricorrere al rimedio della rivocazione nè a quello della separazione dei patrimoni, è d'uopo che anche il terzo si assoggetti a rivolgersi per la soddisfazione del suo credito contro quello solo tra i coeredi ch'è stato dal testatore gravato dell'obbligo di pagare: nè di ciò può lagnarsi, tornando così anzi per lui più spedita e più comoda l'esazione del suo credito.

Oltre a questi casi di accollo ad uno tra più coeredi del debito ereditario, soggetto perciò *ope legis* alla ripartizione di cui all'art. 1029 codice civile, fu ventilata anche l'ipo-

tesi della compensazione nel caso di accettazione della eredità col beneficio dell'inventario per parte di uno o di tutti i coeredi (è indifferente che la dichiarazione di accettare con quel beneficio sia fatta da uno, da più o da tutti i coeredi: art. 958) e nel caso di separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede (art. 1032 citato). In queste ipotesi la compensazione si avvera egualmente come se l'erede accettasse ad occhi chiusi la successione o come se i creditori propri dell'erede non si facessero vivi? Se l'accettazione col beneficio dell'inventario avesse per effetto di liberare l'erede beneficiato da qualsiasi obbligo di pagare i debiti ereditari o di soddisfarli altrimenti anche col mezzo della compensazione, sarebbe un espediente troppo comodo per gli eredi e nessun erede certamente vorrebbe mai farne a meno. Ma non è così: il periodo accordato all'erede per far l'inventario e per deliberare produce semplicemente una sospensione nella qualità e nelle obbligazioni ereditarie (art. 964); in questo senso e con questo effetto, che, rinunziando poi all'eredità l'erede rinunziante è considerato come se non vi fosse stato mai chiamato (art. 945) e invece, accettando, l'effetto di quest'accettazione (art. 933) risale al giorno in cui per la morte del defunto (art. 923) si è aperta la successione.

Questi principî generali si applicano egualmente tanto nel caso di accettazione o di rinunzia in seguito a beneficio d'inventario, quanto nel caso di accettazione o di rinuncia non preceduta dall'applicazione di questo beneficio: e quando si volle tradurli in un articolo speciale (968) si fece opera inutile e superflua, tanto è evidente e facile anche nel caso di beneficio dell'inventario l'applicazione dei principî generali di retroattività in ordine all'accettazione o alla rinunzia ereditaria. Che dice infatti l'articolo 968? Che l'erede beneficiato non è tenuto al pagamento dei debiti ereditari e dei legatî oltre il valore dei beni formanti la sua quota ereditaria, potendosi liberare di questi debiti e di questi legati con una prudente *datio in solutum;* e che i suoi beni propri non restano confusi con quelli dell'eredità nè i suoi crediti contro questa estinti. Ora, se l'erede deliberando con cognizione di causa, cioè in seguito al benefizio dell'inventario, rinunzia all'eredità, non lucra nè perde niente sul patrimonio del testatore e neppure lucra o perde sul patrimonio proprio: ed è questo appunto ciò che egli vuole con la rinuncia sua retrotraentesi, nè più di questo gli è dato dall'art. 968. Senonchè, avendo egli rinunziato in seguito ad un beneficio speciale concessogli dalla legge, è pur giusto ch'egli assuma degli oneri e delle obbligazioni in corrispettivo appunto di questo beneficio: e gli oneri cominciano ad essere determinati dall'art. 964, alinea, per essere completati con gli articoli 968, 1ª parte, e 969 codice civile, e con la cauzione eventualmente prescritta dall'art. 975. E appunto la compilazione dell'art. 968 è fatta in modo da fare apparire come vantaggi quelli che invece sono oneri per l'erede beneficiato, in corrispettivo appunto dei benefici accordatigli con l'inventario: poichè di questi pretesi vantaggi l'erede rimane privo appena rinuncia ossia appena termina il periodo sospensivo nel regolamento ereditario, e rimanendone privo non è possibile immaginare che questa privazione gli sia data in pena della rinuncia, dal momento che non si può da lui pretendere un'accettazione per forza. Così di questi pretesi vantaggi egli non sarebbe favorito nel caso di rinuncia pura e semplice senza beneficio d'inventario; e in pena di quale colpa? Forse il non invocare il beneficio d'inventario è un atto di debolezza da sua parte, forse che questa sua rinuncia è riguardata dalla legge vigente in modo sfavorevole, forse che l'interesse pubblico o quello dei terzi esige un freno legale alla troppa frequenza delle rinunzie pure e semplici, vale a dire senza il beneficio dell'inventario? Niente di tutto ciò: l'erede rinunziando, con o senza un precedente inventario, non fa che valersi d'un suo diritto.

Dunque, se non vi è nessuna ragione di favorire in modo speciale l'erede beneficiato, queste disposizioni dell'art. 968 non possono creare dei vantaggi. E non ne creano infatti: quelli invece sono oneri veri e propri, inerenti alla qualità di curatore dell'eredità, attribuita all'erede beneficiato dall'articolo 964, alinea, durante i termini concessi per fare l'inventario: per lo che l'art. 968 si presenta quasi come una continuazione od un complemento dell'art. 964, mercè cui l'erede beneficiato è considerato curatore di diritto dell'eredità. O che egli paghi, amministrando l'eredità stessa, i debiti ereditari fino alla concorrenza della sua quota ereditaria, o che si liberi colla *datio in solutum,* egli non fa che esplicare in altrettante forme diverse la sua attività di amministratore conferita a lui, volente o nolente, dalla legge: quanto poi alle sue eventuali azioni conservategli contro la eredità per ottenere il pagamento dei suoi crediti personali, queste, come abbiamo detto, non sono che le stesse conseguenze mere e semplici della retroattività della rinuncia nel caso che all'inventario succeda questa determinazione di rinunciare, e non impediscono che quando egli, erede, dopo deliberato fosse per accettare, risorgesse la confusione e si verificasse senza alcun ostacolo nella pienezza de'suoi effetti.

Più che un vantaggio, questa impedita confusione dei patrimoni costituisce una conseguenza necessaria e inevitabile della sospensione della qualità ereditaria: nè, verificandosi più tardi l'accettazione dopo che l'erede nel periodo della procedura dell'inventario abbia fatto uso delle proprie azioni creditorie efficacemente, l'erede stesso si viene a trovare in una condizione migliore di quella nella quale si troverebbe se avesse immediatamente accettato la eredità senza prender tempo col beneficio dell'inventario. Infatti l'imputazione del proprio credito soddisfatto, sulla massa ereditaria, giusta le proporzioni fissate dalla divisione legale, giudiziaria, convenzionale o testamentaria dell'eredità stessa nel suo attivo e nel suo passivo, se non opera più con effetto di confusione, opera per lo meno con effetto di conguaglio: per cui, fino alla concorrenza del proprio credito soddisfatto, l'erede accettante deve conferire nella sua quota ereditaria attiva la sua quota ereditaria passiva già pagata prima dell'accettazione sulla massa ereditaria. Così, trattandosi di una successione alla quale partecipano tre eredi universali istituiti in ragione di 1/4, 1/3 e 5/12 caduno, e di cui l'ultimo sia creditore di 1/10 del compendio ereditario attivo, questo debito deve gravare per 1/40 sull'erede di 1/4, per 1/30 sull'erede di 1/3 e per 1/120 sull'erede di 5/12. Se quindi l'erede dei 5/12 di attivo ereditario si è procurata durante la sospensione della sua qualità ereditaria, ossia durante le pratiche successive al beneficio d'inventario, la piena soddisfazione del suo credito sull'asse ereditario, accettando posteriormente l'eredità non deve avere i 5/12, ma 5/12 — 1/120, ossia 49/120 sull'intiero ammontare dell'asse patrimoniale ereditario attivo: per cui, sebbene a suo riguardo non operi la confusione, opera per altro l'imputazione della sua quota ereditaria di debito corrispondente al credito soddisfattogli sulla sua quota ereditaria attiva dovutagli per legge o per testamento.

Tuttociò peraltro accade solamente in teoria; perchè nella generalità dei casi il creditore, essendo ad un tempo erede beneficiato, non ha interesse d'affrettare la soddisfazione del suo credito contro la massa ereditaria finchè dura lo stato di sospensione della sua qualifica ereditaria, piuttostochè aspettare l'esito dell'inventario per prendere una decisione sull'accettazione o meno dell'eredità. Infatti, sottoponendosi spontaneamente agli effetti della confusione, il creditore rimane soddisfatto egualmente come lo potrebbe essere mercè un pagamento diretto prima dell'accettazione: con questo di differenza, che, per avere un pagamento diretto, egli dovrebbe sostenere le spese e il fastidio di un'azione giudiziaria.

Dunque è evidente che la compensazione tra il credito dell'eredità verso un terzo e il debito dell'erede verso questo stesso terzo, o viceversa, fino alla concorrenza, beninteso, della quota di reparto di esso credito o debito proporzionatamente alla quota ereditaria attiva, s'avvera appena che per l'accettazione dell'eredità (anche susseguentemente al beneficio d'inventario) è tolto lo stato di sospensione in cui trovavasi la qualità ereditaria del beneficiato durante lo svolgimento della procedura dell'inventario e il tempo a lui concesso per deliberare sull'accettazione o sulla rinuncia dell'eredità giusta la facoltà accordatagli dalla legge.

22. Prima di chiudere questa trattazione sulla reciprocità dei controcrediti soggetti a compensazione ai termini dell'art. 1285 cod. civile, è bene domandarsi se questa reciprocità sia di rigore in tutti i casi, oppure se e quando possa dalla medesima decamparsi. Intanto, in materia commerciale, il riscontro nelle stanze di compensazione interviene senza che tra i debiti e i crediti soggetti a compensazione esista reciprocità; perchè appunto quest'istituto è destinato allo scopo di eliminare la soverchia congerie delle transazioni commerciali e di ridurre queste ultime alla minore quantità possibile mercè l'opera intermediaria dei banchieri. Fuori di questo caso non vi sono eccezioni portate dalla legge alla regola della reciprocità.

Ma è da osservarsi che questo requisito non è prescritto dalla legge imprescindibilmente e assolutamente sotto pena di nullità, non essendo la materia d'ordine pubblico e però sottoposta a leggi cui le parti non possano derogare: e quindi non può negarsi alle parti interessate il diritto di regolare tra loro la compensazione anche in modo difforme da quello stabilito e ordinato per legge. È anche al giudice permesso, dovendo decidere *aequitatis causa*, di derogare a quelle regole che sono proprie della compensazione legale e quindi di ammettere la compensazione anche quando manchi la vera e propria reciprocità. Ma in materia di vera e propria compensazione legale, cioè *ope legis*, non si può ammettere (tranne il caso detto di riporti per compensazione o delle stanze di compensazione) che si prescinda da quei requisiti stessi, e neppure quindi dal requisito della reciprocità, che è tanto chiaramente e ovviamente indicato e prescritto dall'art. 1285 cod. civile.

Capo IV. — Effetti della compensazione.

23. La compensazione non può scindersi *quoad actum* e *quoad effectum*. — 24. Effetto estintivo della compensazione e sue conseguenze. — 25. Effetto retroattivo. — 26. Autonomia del giudice nella pronuncia: inesattezza delle restrizioni. — 27. Compensazione da sentenza provvisoriamente eseguibile. — 28. Compensazione *in executivis*. — 29. Se e perchè la compensazione sia operativa di diritto.

23. Fissato il requisito della reciprocità dei debiti, il legislatore impiega un articolo apposito, il 1286, per dichiarare che la compensazione si fa di diritto in virtù della legge ed anche senza saputa dei debitori, al momento stesso della contemporanea esistenza dei due debiti che reciprocamente si estinguono per le quantità corrispondenti. Anche qui il legislatore parla della compensazione dei debiti, quasi che due debiti possano tra loro contrapporsi senza l'esistenza dei crediti corrispondenti o senza la contrapposizione di questi. È sempre lo studio di far apparire come semplice rapporto speciale di compensazione un dato giuridico che si riduce a un doppio rapporto generale di confusione, dissimulandone la vera natura e la vera indole. Ad ogni modo, gli effetti della compensazione legale sono da quest'articolo (corrispondente all'art. 1290 cod. civ. francese) regolati con abbastanza chiarezza sulla falsariga del diritto romano. Essi possono ridursi alla estinzione diretta e immediata nel momento della contrapposizione, con tutti gli accessorî; alla retroattività (*ex tunc*) delle sue conseguenze e all'attribuzione di diritto quesito agli interessati per dedurla; alla inutilità del fatto dell'uomo (sia parte, sia giudice) perchè essa spieghi la sua efficacia. Esaminando questi varî dati giuridici, non deve tornar difficile formarsi un concetto esatto della compensazione e del suo modo di funzionare giusta il vigente codice civile.

24. L'estinzione diretta e immediata dei debiti al momento di loro contrapposizione è come il caposaldo giuridico, al quale poi si riannodano tutte le altre conseguenze sopra enumerate. Essa opera egualmente come opererebbe nel pagamento: e perciò fu detto che *qui compensat solvit* e che *compensatio est vera solutio quoad effectum, ficta quoad actum*. Ma noi abbiamo in sede opportuna dimostrato quanto sia inesatto il volere identificare la compensazione col pagamento, dimostrando come fosse più esatto invece paragonare semplicemente l'una all'altro con la formola *compensatio est ad instar solutionis*.

Qui poi troviamo come una solenne conferma alla nostra opinione: perocchè i pratici, obbedendo alla loro smania di parificazione assoluta della compensazione al pagamento, dovettero fare delle eccezioni e porre delle riserve, e perciò si trovarono costretti ad una distinzione non esatta tra la compensazione *quoad effectum* e la compensazione *quoad actum*: quasichè tra effetto e atto non vi debba essere un nesso di tale intimità da rendere inevitabile che tuttociò che appartiene alla natura dell'atto appartenga altresì alla natura dell'effetto. Non si potrebbe infatti concepire come due dati giuridici possano avere la stessa natura, sebbene procedano da cause di natura diversa, se non alla condizione di dar vita ad una finzione giuridica: al che sembrerebbe appunto accennarsi dalla stessa formola sopra ricordata e della quale ora ci occupiamo. Senonchè abbiamo dimostrato che non vi è necessità alcuna di creare la compensazione come istituto fittizio di pagamento, non essendovi gli estremi indispensabili per dar vita alla finzione.

A voler qui richiamare i principî generali e la giurisprudenza romana in materia di *fictiones iuris* si andrebbe troppo in lungo. Basta soltanto ripetere come le *fictiones iuris* sono di strettissima interpretazione in diritto romano, essendo assolutamente vietate le *fictiones fictionum*: altrimenti la regola *fictio idem operatur in casu ficto, quod*

veritas in casu vero sarebbe fonte di continui ed enormi abusi. Si creerebbero delle finzioni arbitrarie solo per un grado di leggera possibilità e verisimiglianza della finta spiegazione giuridica: e così verrebbero a guastarsi, nella pratica, istituti giuridici ai quali la legge pose delle condizioni fisse e invariabili di esistenza, si creerebbero istituti giuridici imbastarditi e ibridi, solo per comodo di coloro che intendono servirsene a fini personali ed egoistici. Nonostante queste cautele imposte dalla legge per lo sviluppo e l'applicazione delle finzioni giuridiche, in diritto romano si possono ravvisare parecchi casi e molteplici definizioni di questo genere: ma debbono essere tutti autorizzati espressamente e particolarmente dalla legge per evitare abusi deplorevoli facili ad avverarsi. E non solo questo deve dirsi delle *fictiones iuris* in genere, ma anche delle *actiones ficticiae:* ogni finzione deve imitar la natura, deve supporre uno stato di fatto verisimile e deve (soprattutto) essere autorizzata dalla legge. Ora è chiaro che la pretesa finzione di cui ci occupiamo non è autorizzata neppure dal diritto romano comune. Non si può infatti ritenere che il fr. 52 di Ulpiano (Dig., 46, 3) ove si legge *satisfactio pro solutione est*, nè il fr. 54 di Paolo (Dig., loc. cit.), che porta: *solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquemodo factam, magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem,* autorizzino piuttosto la formola *compensatio est ficta solutio quoad actum, vera quoad effectum,* che l'altra formola più semplice da noi accettata: *compensatio est ad instar solutionis.* Si vede che quei frammenti, e specialmente quello di Paolo, intendevano distinguere tra una *solutio* in senso stretto *(solutio nummorum)* ed una *solutio* in senso lato *(omnis liberatio)*, parificando non solo la compensazione, ma qualsiasi altro mezzo di estinzione delle obbligazioni alla *solutio* in senso lato. E per giungere a questo non vi è d'uopo di alcuna finzione giuridica, trattandosi solo di un'accezione generica data grammaticalmente ad una parola la quale ha anche un significato tecnico specifico.

25. Malgrado la combattuta inesattezza della identificazione della compensazione al pagamento, resta sempre fermo che la compensazione opera, come un pagamento opererebbe, l'estinzione diretta e immediata del debito ch'è oggetto dell'azione: e la opera fino alla concorrenza del debito ad esso contrapposto per via di eccezione. Questa estinzione è indipendente dal fatto dell'uomo, sia (come notammo) giudice o parte, ed avviene senz'altro *ope legis*, come in diritto romano. E coll'estinzione dei capitali che formano i debiti e crediti rispettivi ne rimangono estinti anche gli accessori; cioè gli interessi, le garanzie, le penali. Infatti gli interessi, di qualunque specie essi siano, o convenzionali o moratori, riguardino uno solo o entrambi i debiti contrapposti, in eguali misure o in misure diverse, non corrono più: i già maturati si capitalizzano a forma di legge, e, così capitalizzati, sono i primi ad essere compensati. Quanto alle garanzie (fideiussioni, privilegi, ipoteche), esse cadono per la stessa ragione che l'accessorio, non avendo vita propria, cessa di vivere e di avere efficacia quando vien meno il principale: altrimenti di accessorio avrebbe soltanto il nome, e non già la natura, il carattere. Come conseguenza di ciò il fideiussore può e deve considerarsi svincolato dai suoi impegni: i privilegi cadono da sè naturalmente e logicamente senza alcuna pratica giudiziale, nè estragiudiziale.

Delle ipoteche gli interessati possono chiedere la cancellazione al conservatore, producendo un documento, dal quale il conservatore, pur senza entrare in merito alla compensazione, possa ricavare che questa ha avuto giuridicamente luogo ed è stata riconosciuta e dichiarata nelle forme debite. Se quindi è intervenuta una sentenza in causa di pagamento, o in qualsivoglia altra causa, e da questa sentenza sia stata dichiarata la compensazione, l'istante per la cancellazione ipotecaria non ha altro a fare, fuorchè unire questa sentenza all'istanza. Nè vi è bisogno che la sentenza, nel dichiarare la compensazione, ordini anche la cancellazione dell'ipoteca in oggetto: tanto più se colui che è vincolato all'iscrizione ipotecaria non è intervenuto nel giudizio di pagamento o nel giudizio in genere, in cui la compensazione stessa fu dichiarata. Perchè, una volta ammessa la compensazione, la inefficacia dell'ipoteca viene da sè: non potendosi concepire la garanzia di un debito quando il debito più non esiste. Così colui che aveva dato un pegno a garanzia di uno dei debiti compensati ha diritto di chiedere la restituzione del pegno qualora la compensazione abbia avuto luogo per l'intiero, oppure qualora egli stesso paghi la differenza tra la somma compensata e la somma totale del debito per cui il pegno si dette. Così pure accade per l'ipoteca. Se non tutto il debito fu compensato, l'ipoteca assunta per l'intiero può essere ridotta alla somma non compensata e cancellata per il resto del debito in garanzia di cui fu concessa o assunta.

E, poichè la forza estintiva della compensazione non ha limiti, è chiaro che essa impedisce l'applicazione di qualsiasi penale nel caso di ritardo al pagamento, perchè il pagamento non si deve più dal momento in cui la compensazione si è verificata: e, non dovendosi alcun pagamento, non è il caso di parlare di ritardato pagamento o di multa per ritardato pagamento: se però la compensazione ha avuto luogo soltanto in parte, la multa può anche doversi (a seconda dello spirito e della lettera della convenzione da cui è stata inculcata la multa) o in tutto o proporzionatamente alla somma che resta dopo aver computato la compensazione, cioè fino alla concorrenza del debito dedotto o affacciato per compensazione. E la compensazione, come e nella misura che estingue il debito al quale viene contrapposta, fa anche cadere gli effetti della prescrizione in corso di maturamento, quando però (bene inteso) il periodo necessario a prescrivere non sia ancora intieramente decorso. Chè se il periodo è decorso prima del preteso avverarsi della compensazione, questa per certo non può più verificarsi in rapporto al credito prescritto: poichè la prescrizione è una causa di estinzione che non può non operare nel senso di rendere per tutti gli effetti inesistente il debito al quale è efficacemente contrapposta.

Se la compensazione estingue i debiti contrapposti, evidentemente estingue, sin da quando è dichiarata, le azioni contrapposte: non prima della dichiarazione, perchè, acciò la compensazione intervenga (sebbene dotata di effetto retroattivo), conviene che sia iniziata una procedura di pagamento per l'uno o per l'altro dei debiti contrapposti. Infatti la compensazione ha luogo bensì di diritto, ma non può essere applicata se non dal giudice: e il giudice non può applicarla se uno dei debitori contrapposti non mette in moto l'opportuna azione, alla quale la compensazione si trova contrapposta o come eccezione del convenuto o come mezzo liberatorio riconosciuto dal giudice di sua stessa iniziativa e all'infuori di ogni domanda di parte. Ma si può chiedere: la parte che persegue in giudizio l'intiero debito senza scom-

putarne il debito del convenuto e che rende a sè applicabile in parte la sanzione: *dolo facit qui petit quod redditurus est,* non deve pagare che le spese necessarie al convenuto, per provare dinanzi al giudice l'estinzione parziale del debito mercè compensazione?

Certamente: poichè le altre spese sono sempre a carico del debitore condannato, anche se questi abbia potuto opporre l'eccezione della compensazione per una parte del proprio debito e anche se il giudice abbia d'ufficio dichiarato per una parte del debito la compensazione.

Diverso è il caso in cui tutto e intiero il debito del convenuto siasi compensato con tutto quanto il debito dell'attore; ossia quando la compensazione abbia estinto per intero entrambi i debiti. In questo caso l'azione messa in moto dal creditore, al quale si contrappone efficacemente la compensazione per l'intiero, fu davvero temeraria e dolosa, sempre nel caso ch'egli avesse cognizione dell'esistenza di un credito contrapposto e valido per la compensazione. Mancando invece nell'attore tale cognizione, egli è intieramente scolpato dall'accusa di dolo e liberato da ogni responsabilità: poichè a lui non può imputarsi se la sua azione in seguito resterà paralizzata e inutile di fronte all'applicazione della compensazione.

Ma del resto, a parte la responsabilità per le spese del giudizio e a parte ogni considerazione di regiudicata, quando la compensazione è stata riconosciuta e dichiarata in via giudiziaria, è impossibile e vietato di mettere in moto un'altra azione qualsiasi, sotto qualsivoglia forma, vuoi per realizzare il credito più grande, vuoi per realizzare il più piccolo, vuoi per realizzare (in generale) l'uno dei due crediti contrapposti. L'azione mancherebbe di sostrato, di base, il credito al quale si vorrebbe riferire essendo di già estinto per virtù della compensazione; e quindi l'attore dovrebbe rassegnarsi a perdere la lite sulla semplice dimostrazione fatta dall'avversario della avvenuta estinzione e della conseguente inesistenza del credito perseguito in via giudiziaria, per effetto della compensazione dichiarata. La via più semplice e più facile per aver ragione di un'azione di questo genere è dunque per il convenuto senz'altro la presentazione in giudizio della sentenza che ebbe a dichiarare la compensazione stessa.

La retroattività della compensazione fin dal romano diritto divenne quasi un domma di giurisprudenza teorica e pratica: retroattività *ex tunc,* cioè dal verificarsi di tutte le condizioni necessarie e sufficienti alla compensabilità dei debiti contrapposti, anche se la pronunzia del giudice abbia a succedere a un lunghissimo intervallo dopo una tale contrapposizione con pieni effetti giuridici, e sempre con effetto di produrre nelle persone interessate un diritto quesito a opporre la compensazione stessa nel termine di trenta anni necessario a prescrivere. La retroattività è una conseguenza necessaria e imprescindibile della compensazione *ipso iure:* talchè, non verificandosi retroattività, non sarebbe mai possibile chiamare, *ipso iure,* una compensazione di questo genere e la sentenza del giudice non sarebbe più semplicemente dichiarativa, ma attributiva di diritti.

Invece, essendo semplicemente dichiarativo l'effetto della sentenza che riconosce la compensazione, tutte le persone interessate ad allegarla, ossia tanto il debitore convenuto, quanto coloro che agiscono *ex iuribus debitoris* (e cioè il fideiussore, il terzo detentore dei beni ipotecati, il creditore ipotecario posteriore, il condebitore solidale e qualunque creditore del debitore che ha diritto alla compensazione) hanno quesito un diritto perfetto a valersene fin dal momento in cui la compensazione stessa ebbe vita per la contrapposizione legale dei debiti compensabili.

26. Ma sorsero parecchie controversie in materia di questa retroattività *ipso iure,* all'infuori di alcun fatto dell'uomo, salvo per quanto concerne la pronuncia del giudice in quanto la costui dichiarazione giudiziale è indispensabile per dar corpo e consistenza giuridica al diritto allegato del convenuto in giudizio di pagamento, affermandosi liberato dal proprio debito fino alla concorrenza del proprio credito reciproco. Anzitutto parve strano che il giudice potesse, all'infuori di ogni domanda del convenuto in giudizio di pagamento, ossia all'infuori di ogni eccezione, pronunziare di suo arbitrio la compensazione tra le parti: quasichè quella facoltà che il diritto romano sorto sulle rovine delle *legis actiones* riconobbe al giudice di pronunziare *pro bono et aequo* nei *bonae fidei iudicia* fosse tanto aliena dalle procedure moderne, che non potesse il giudice anche senza attribuirsi l'*arbitrium litis aestimandae* tutelare lo scopo d'interesse pubblico che la legge si prefigge per l'economia dei giudizi limitandone il numero al minimo necessario per la tutela e lo sviluppo delle negoziazioni private. Invece, i giudizi moderni rispondendo nelle loro forme più che i giudizi antichi e medioevali a ragioni d'ordine pubblico, una tal funzione del giudice, non che esorbitante, dovrebbe sembrare forse regolare, naturale e normalissima. Infatti il giudice, anche nel render giustizia ai privati e nell'interesse privato, non deve perder mai di mira il supremo interesse pubblico: talchè, nel *ius suum cuique tribuere* egli deve ravvisare e attuare un aspetto, una funzione della giustizia sociale ch'è necessaria all'esistenza di una società bene ordinata e che appunto non è se non una funzione vera e propria di coordinamento sociale. Esorbiterebbe per fermo se alterasse le basi di diritto sorte dai contratti privati, se ledesse i diritti quesiti, se costringesse le parti a fare o non fare contrariamente ai loro legittimi interessi; ma non esorbita mai quando, nei limiti di legge, ripartisce il mio e il tuo *pro bono et aequo, habita ratione eius quod invicem debetur inter partes* (1).

Se la compensazione, per l'art. 1286, si fa di diritto in virtù della legge, il suo effetto non si deve limitare alla retroattività soltanto, ma deve estendersi a tutte le conseguenze giuridiche di un precetto obbligatorio che riconosce uno stato di fatto e a questo stato di fatto attribuisce dei dati effetti di diritto che a quello imprescindibilmente sono congiunti. Lo stato di fatto è uno solo, l'esistenza di due debiti contrapposti compensabili; e, data questa esistenza storica, questo stato di fatto suscettibile di certe conseguenze giuridiche per gli speciali requisiti che riveste, tali conseguenze

(1) La Corte di cassazione di Firenze (14 novembre 1881, *Comune di Pordenone ed altri* c. *Pezzoli*: *Legge,* 1882, p. 1ª, pag. 113) ritenne tuttavia che, « sebbene, per le regole di ragion comune e per il disposto dell'art. 1286 cod. civ., la compensazione operi di diritto quando ne concorrano gli estremi, pure è indubitato che (riguardando essa l'interesse della parte debitrice) debba essere da questa dedotta in giudizio affinchè possa il giudice dichiararla ». Aggiungeva poi che, « dedotta una volta la compensazione, gli effetti se ne operano di diritto; nè può tuttavia il giudice supplire d'ufficio al difetto della parte, come non potrebbe supplire ad ogni altra eccezione d'interesse privato, non opposta dalla parte interessata ».

giuridiche sono inevitabili, necessarie. Nè osta l'espressione usata quà e là nel nostro codice: *opporre la compensazione*, poichè questa espressione si adatta alla procedura più usuale, cioè alla procedura in cui è lo stesso convenuto che affaccia la compensazione in via di eccezione. Il non essersi adottata del resto a proposito della compensazione una disposizione consimile a quella portata dall'art. 2109 per la prescrizione significa che il giudice può supplire d'uffizio alla compensazione non opposta, quando nelle risultanze procedurali abbia dati sufficienti per ritenerla provata e fornita di ogni migliore fondamento giuridico.

Bene peraltro fu osservato che il dissenso tra i fautori della dichiarazione d'ufficio e gli oppositori è piuttosto apparente che reale, allo scopo di conciliare il principio dell'efficacia *ipso iure* coll'altro principio della validità della rinuncia scientemente emessa dalla parte interessata a valersi di detta compensazione. Certamente non si può contestare a chiunque il diritto di valersi o meno di un'eccezione concessagli dalla legge, rinunziandovi nei modi e nelle forme prescritte, se la legge prescrive dei modi e delle forme, ovvero in qualsiasi modo e con qualsivoglia forma, nel silenzio della legge. Vi è una difficoltà sola: quella di assicurarsi che, nel caso di rinuncia tacita, gli atti dai quali una tale rinuncia vorrebbe dedursi siano univoci e chiari nel senso della rinuncia stessa e non possano dar luogo ad una spiegazione diversa. L'*animus renuntiandi* può dedursi a mò d'esempio, dal fatto che il convenuto non solo non opponga l'eccezione di compensazione, ma riponga ogni studio per nascondere al giudice i dati di fatto e di diritto in base ai quali la compensazione stessa potrebbe dichiararsi *ex officio*: oppure adotti un mezzo di difesa incompatibile coll'applicazione della compensazione. In questi casi la volontà di rinunziare alla compensazione è dimostrata a sufficienza; nè potrebbe il giudice applicare d'ufficio la compensazione stessa, perchè troverebbe ostacolo nella chiara e indiscutibile volontà dell'interessato. Questo, come abbiamo detto, semprechè la linea di condotta del convenuto non si presti a una doppia interpretazione e non possa intendersi anche in un senso indifferente riguardo all'uso o meno della compensazione: altrimenti sarebbe ingiustizia dare a questi atti l'interpretazione meno favorevole per gli interessi del convenuto stesso.

Del resto il solo principio indiscusso dell'efficacia della compensazione *ipso iure* mena a questa conseguenza necessaria e inevitabile della facoltà concessa al giudice di dichiararla *ipso iure*; il quale concetto ha assai bene svolto il Voet (1) con le parole seguenti: *Quamvis ergo verum sit, opponendas seu allegandas esse in iudicio compensationes, ut iudex possit earum rationem habere, et eatenus dici possit facti esse,* § *pen. Inst. de action., effectus tamen earum totus iuris est, et existit ante allegationem: quippe quae non ad inducendam compensationem pertinent, sed magis ad manifestandam, eam retro ab eo tempore quo coepit utrinque deberi, iam a iure factam esse; nec extinguit obligationem sed iam ante extinctam fuisse monet.* Anzi diremo di più: non ci sappiamo capacitare come potessero sorgere gravi difficoltà dal diritto romano per applicare d'ufficio la compensazione, dal momento che nei giudizi di buona fede il giudice aveva uno sconfinato arbitrio per giudicare *ex bono et aequo*, non mancandogli neppure la facoltà di estimar la lite *(litis aestimandae)* per assicurarsi completamente di non omettere nel conto nulla di quanto *invicem debetur inter actorem et reum*. Di fronte all'*arbitrium litis aestimandae*, la facoltà di contrapporre la compensazione poteva essere quasi un nulla, un elemento poco meno che trascurabile: e nessuno si sarebbe sognato, dal momento che il giudice non era legato più ai termini precisi e sacramentali di una formola, negargli una facoltà minore che restava quasi assorbita e compresa in una facoltà più estesa e maggiore.

Il Giorgi (loc. cit.), dopo avere strenuamente combattuto per l'interpretazione sana della compensazione *ipso iure*, suscettibile di dichiarazione *ex officio iudicis*, finisce per abbracciare la teoria del Merlin (2) e opina non doversi ritenere che il debitore sia dispensato dal produrre la sua domanda per compensazione davanti al giudice, facendo a questo osservare i titoli sui quali essa è basata. Così, secondo il Merlin, la compensazione in generale sarebbe e si manifesterebbe come eccezione; anzi, piuttostochè in generale, pare a noi sempre. Imperocchè a che altro tende e come diversamente si manifesta la sottoposizione al giudice dei titoli dai quali risulta il credito contrapposto, se non a far riconoscere appunto la compensazione e con una vera e propria eccezione tendente a rintuzzare le pretese dell'attore? Sarebbe una puerile sottigliezza il voler distinguere tra loro due momenti: la volontaria sottoposizione al giudice, da parte del convenuto e di sua spontanea iniziativa, dei documenti validi a comprovare il controcredito, e l'affacciata eccezione di compensazione. La sottoposizione dei documenti senza la eccezione di compensazione non avrebbe senso, come sarebbe poco seria l'allegazione della compensazione stessa senza corredarla dei documenti che valgano a darne ragione. Dunque presentare i documenti del controcredito significa allegare il controcredito; e allegare il controcredito significa chiederne la compensazione col credito contrapposto: nè si può concepire che uno sia talmente ignorante del diritto e della logica comune, che, presentando i documenti del controcredito e allegando perciò il controcredito, non aggiunga di volerlo opporre in compensazione. Non vale il dire in contrario che sarebbe chiara l'intenzione del convenuto di rinunziare alla compensazione quante volte egli non curasse di documentarla dinanzi al giudice, esistendo già un principio di prova intorno alla medesima; nè che il giudice fosse costretto a divinare se il convenuto stesso non gli fornisse i dati e gli elementi necessari per portare alla di lui notizia i fatti e i dati giuridici dai quali la compensazione sorse. Perchè allora quale significato pratico potrebbe avere l'espressione che la compensazione si fa anche all'insaputa dei debitori? Le stesse difficoltà pratiche o improbabilità che s'incontrano nell'ipotesi che i debitori od uno di essi non abbia conoscenza della compensazione al momento in cui si è avverata e da quel momento in poi fino alla procedura giudiziale di pagamento, le medesime si possono anche presentare perchè la compensazione operi all'insaputa del debitore o dei debitori anche nello stadio procedurale, ossia nel periodo di tempo in cui le parti interessate si trovano davanti al giudice per il regolamento dei loro rapporti obbligatori. Come infatti è difficile concepire che il creditore non sappia di esser tale, specialmente quando è convenuto in giudizio dal suo debitore per pagare, così è difficile concepire che il

(1) *Ad Pandectas* (Bassani, Remondini, 1827), vol. 3°, lib XVI, tit. II, § 2.

(2) *Répertoire*, voc. *Compensation*, § 1, n. 4 e 5.

creditore stesso si mantenga posteriormente in questa ignoranza e vi permanga con inesplicabile persistenza fin quando si vede stretto dagli atti di procedura. Le difficoltà dell'ipotesi, poco invero probabile, sebbene possibile, si mantengono sempre gravi. Dunque tanto vale saltare a piè pari sopra la condotta del convenuto e ammettere fino all'ultima conseguenza procedurale che la compensazione operi all'insaputa di lui e che operi in tal modo appunto perchè il giudice da vari e molteplici elementi possa ricavare la cognizione giuridica dell'esistenza di un controcredito da contrapporre al credito dell'attore in condizione di perfetta compensazione, in forza dell'equità che è norma direttiva del *suum cuique tribuere*.

27. In materia di compensazione legale si domandò se si dovesse ammettere la compensazione *ope legis* ed *ipso iure* tra due crediti derivanti l'uno da sentenza passata in giudicato e l'altro da sentenza di prima istanza munita della clausola di esecuzione provvisoria. La giurisprudenza ritenne essere in questo caso ammessa la compensazione, non per virtù della sola condanna, ma per la clausola esecutoria che rende devolutivo e non sospensivo l'appello (1). Anche nel caso di sentenza provvisoriamente eseguibile non ostante appello ed opposizione noi abbiamo infatti il dato fondamentale dei due debiti contrapposti; dato che nell'art. 1286 si pone come estremo essenziale per la compensazione, poichè, resa la sentenza di condanna provvisoriamente eseguibile, colui ch'è condannato per essa diventa senz'altro debitore verso l'altro della somma alla quale la condanna stessa ammonta.

28. Fu riconosciuto che la compensazione si possa affacciare anche nel periodo esecutivo del giudizio. E nulla infatti vi si oppone. Fino a che esistono giuridicamente i due debiti da contrapporsi, esistono le basi fondamentali della compensazione secondo l'art. 1286. Nel periodo esecutivo infatti le vecchie obbligazioni e quella stessa per la quale si spiega il procedimento restano e permangono tuttora integre nella loro piena efficacia giuridica: nè può ritenersi che la parte procedente coll'avere iniziato il procedimento esecutivo abbia dato vita ad una nuova obbligazione sostituita all'originaria, la quale sarebbe potuta entrare in compensazione prima del procedimento esecutivo; poichè una novazione in questo caso non è neppure discussa.

29. Si potrebbe forse muovere controversia sull'espressione adoperata dall'art. 1286, che cioè la compensazione si faccia di diritto in virtù della legge; quasichè la compensazione potesse avvenire in un momento di diritto e in un altro momento di fatto, generando nell'uno e nell'altro caso conseguenze diverse. Ma il concetto della legge non è proprio questo. Dicendo che la compensazione si fa di diritto in virtù della legge, il legislatore intende dichiarare che dal momento in cui i due debiti si trovano contrapposti in condizioni tali da ammettere e produrre la compensazione, sorge un diritto concreto a quella data compensazione e questo diritto rimane acquisito a colui il quale in seguito venga chiamato in giudizio di pagamento dall'altro verso del quale vanta il credito compensabile. Questo diritto quesito all'interessato rimane allo stato latente e quasi rudimentale, fino a che l'interessato stesso non intende valersene nelle forme procedurali: ma ciò non toglie che il diritto stesso sia completo e perfetto al momento della contrapposizione giuridica dei due debiti; poichè altro è che un diritto esista in potenza, altro che esista in atto; altro che vi sia, altro che si manifesti efficace ed operativo. Ma non si esclude che nel periodo tra la contrapposizione dei debiti e il giudizio in cui può o potrebbe in tutto o in parte affacciarsi la compensazione, questa divenga operativa estragiudiziariamente per accordo tra le parti interessate: ciò evidentemente in teoria, perchè in pratica sarà assai più frequente il caso di una compensazione che non passa dal letargo all'energia se non quando vi è occasione di valutarla in un giudizio di pagamento e di darle campo per esplicare la massima sua efficacia.

Dalle nude disposizioni dell'art. 1286 del codice civile risalendo ai supremi principî di filosofia giuridica si potrebbe domandare (dal punto di vista del *ius condendum*) se e fino a che punto possa essere in facoltà del legislatore di rendere operativi di diritto certi dati od elementi giuridici che possono esplicarsi in un senso piuttostochè in un altro sul patrimonio dei privati. Taluno potrebbe sostenere che non è ammissibile se non nel diritto pubblico la intromissione della legge per rendere ai privati obbligatoria una data modificazione dei loro patrimoni, non conoscendo essi o non volendo, anche conoscendole, quelle date conseguenze giuridiche prodotte da una disposizione imperativa altrimenti. E la massima non offre alcun lato debole; senonchè è nella sua interpretazione e nella sua applicazione che possono sorgere delle difficoltà.

Il diritto, siccome ha per missione di rendere possibili e vitali gli ordini tutti della convivenza sociale anche in quanto e per quanto si ripercuotono sull'individuo e sulla famiglia, regola sempre dei rapporti che più o meno direttamente si riversano sull'interesse sociale, attraversando con maggiore o minore lunghezza e profondità la sfera delle private attività. Così, per non parlare della procedura (ch'è direttamente una disciplina di diritto pubblico), la protezione dei possessi, le forme richieste per la validità di certi atti, il regime della famiglia e dello stato personale, il regolamento delle trasmissioni patrimoniali sì per atto tra vivi come per atto *mortis causa*, le modificazioni della proprietà, la disciplina delle obbligazioni sono altrettante figure o aspetti dell'interesse pubblico in funzione apparente e immediata di utilità dei singoli. Ma e il diritto scritto e il diritto consuetudinario, pur regolando direttamente gli interessi dei

(1) « Sebbene il credito disputato in giudizio resti in questo caso condizionale fino al giudicato irretrattabile, la condizione non è sospensiva ma risolutiva: e ciò tanto per la sentenza di condanna in appello, quanto per quella di prima istanza munita di clausola, non ostante la possibilità di una rivocazione od annullamento della condanna. Il diritto è accertato e la somma può esigersi eseguendosi la condanna; e, nello stesso modo e per la stessa ragione che può esigersi ed introitarsi, si può compensare. E se, eseguendosi, il convenuto può eccepire la compensazione col proprio credito; così, senza ricorrersi all'esecuzione e nel caso, per esempio, della cessione di un credito fatta dopo la sentenza munita di clausola, la quale condannava il cedente a somma maggiore, ben si può a lui e al cessionario opporre la compensazione seguita *ope legis* nel momento della condanna emessa in suo favore; perchè in quel momento innanzi alla legge s'incontravano liquidi ed esigibili i due crediti, quello del cedente sostenuto dal giudicato; quello del debitore ceduto, sorretto, se non dal giudicato, dalla sentenza che lo liquidava e lo faceva esigibile nello stesso momento. E di vero, se il debitore ceduto avesse, invece di cedere, agito per la riscossione, non avrebbe potuto sfuggire l'eccezione di dover egli pagare in quello stesso tempo la somma maggiore; e poteva, o volontariamente esiger meno pagando il suo debito, o patire l'eccezione di compensazione da parte del debitore ceduto » (Cassaz. Napoli, 7 novembre 1884, *Napolitani* c. *Comodari*: *Legge*, 1885, I, 702).

privati, non possono muovere da un punto di partenza diverso dall'interesse pubblico, perchè da questo parte e a questo finalmente refluisce, attraverso una concatenazione d'interessi privati, ogni disposizione del legislatore che non esorbiti dal campo assegnatole nei principî di scienza legislativa. Per questa ragione è dunque chiaro e indiscutibile il diritto che ha il legislatore di fissare delle regole anche nei negozi privati perchè questi abbiano un modo speciale di svilupparsi e di operare anche oltre e fuori la volontà e la scienza delle parti: tanto più che fino a questo punto non vi sarebbe un vero contrasto tra l'efficacia della legge e l'efficacia del contratto.

Il contrasto invece sorgerebbe potentissimo ed evidente qualora alla legge si desse potere di intaccare, di annullare la manifestazione di volontà delle parti: il che può accadere soltanto quando ricorrano gravi motivi d'ordine pubblico e di moralità. Ma ciò non può verificarsi nè si verifica nella materia della compensazione: ed ecco perchè in questo caso la legge stessa riconosce piena validità alla rinuncia fatta dalla parte interessata del proprio diritto a contrapporre o a valutare in suo favore una compensazione dichiarata d'ufficio dal giudice. Infatti dalla rinuncia della parte in questo caso nè la morale, nè l'ordine pubblico possono essere menomamente compromessi.

Capo V. — **Requisiti di specie e di causa.**

30. Ragione dei requisiti di specie. — 31. Organi di compensazione. — 32. Obbligazioni pecuniarie. — 33. La qualità della merce in ordine alla specie. — 34. Omogeneità o meno delle obbligazioni *in faciendo*. — 35. Compensazione *ex improba causa*.

30. Fissati bene i caratteri dell'efficacia della compensazione nell'art. 1286, nel successivo art. 1287 il legislatore esclude la compensazione qualora i due debiti contrapposti non abbiano egualmente per oggetto una somma di denaro o una determinata quantità di cose della stessa specie, le quali possano nei pagamenti tener luogo le une delle altre e che siano egualmente liquide ed esigibili.

Quest'articolo racchiude in sè buona parte della teoria e della pratica della compensazione. In primo luogo vi si parla di compensazione tra somme di denaro, senza far questione punto di valuta e quindi ammettendo senza dubbio il ragguaglio dall'uno all'altro medio circolante. Nè si divieta certo che questa compensazione, di un'indole meramente aritmetica, possa aver luogo anche all'infuori di ogni computo decimale; bastando solo che, per ragguagliare le due quantità tra loro, queste siano ridotte a un denominatore comune secondo le regole più ovvie di calcolo.

Ma della compensazione aritmetica diverso è l'effetto quando viene calcolata e valutata dal contabile, che non quando è valutata dal giurista. Il contabile non può sapere se e quando ricorrano gli estremi giuridici della compensazione; il giurista, anche se sa operare da sè aritmeticamente, nel fare il computo ha la coscienza e la persuasione della compensabilità giuridica dei due debiti compensati. Vi sono infatti una quantità di ostacoli giuridici per il verificarsi della compensazione, dei quali non può rendersi conto esatto il contabile o l'economista, ma che appartengono al campo chiuso e riservato della tecnica giuridica. Anzi può dirsi che in materia di compensazione tra varie somme di denaro il giudice è il solo competente a pronunziarsi, essendo di una straordinaria semplicità l'operazione aritmetica che conduce alla valutazione dell'estinzione reciproca dei debiti; talchè le più volte non occorrono neppure delle perizie contabili, bastando nei casi più difficili delle semplici tavole di conguaglio diretto o di conguaglio mercè ragguaglio a un denominatore comune, che nel caso nostro potrebbe essere fondato di preferenza sul sistema decimale attualmente in vigore negli Stati civili, dotati come sono di convenzioni monetarie internazionali.

31. Questa compensazione di somme di denaro con somme di denaro trova la più semplice e la più ovvia applicazione in materia commerciale, specialmente quando vi è una professione destinata alla funzione precisa di negoziare sulla merce denaro e di compiere una funzione mediatrice nelle transazioni commerciali. Anzi la compensazione è lo scopo unico di un apposito istituto commerciale, ossia dell'istituto delle stanze di compensazione, che agiscono tra persone diverse senza l'intervento di mandatari, ma delle quali non è compito nostro il tener qui proposito. Basti dire intanto che questo anello artificiale di congiunzione, che unisce, a gruppi di due, persone che non hanno mai inteso di avere tra di loro un rapporto diretto, al momento in cui strinsero isolatamente dei rapporti obbligatori separati o con terze persone o con certi determinati banchieri, non viola punto le regole generali fissate dal codice civile per l'efficacia della compensazione. Intanto, questi istituti speciali di compensazione non sono adottati che per le transazioni commerciali, e chiunque entra in commercio vuoi con titoli cambiari, vuoi con titoli meramente commerciali, deve esser disposto fin dal momento in cui si dedica alla professione delle intraprese commerciali a conoscere da un istante all'altro una nuova faccia di creditore in sostituzione di colui col quale personalmente contrasse obbligazione. Tanto più poi questo accade, come dicemmo, quando si ricorre all'opera dei banchieri, i quali hanno appunto lo scopo costante di ravvicinare creditori e debitori diversi, semplificando le transazioni commerciali e riducendone la quantità per liquidarle tutte insieme oppure con questa liquidazione complessiva causando una riduzione nella quantità. In questi casi il banchiere agisce come mandatario delle parti; e tra le facoltà attribuitegli, implicitamente od esplicitamente, vi è quella di compensare un debito proprio con un credito altrui o un debito altrui con un credito proprio. E allora la pretesa difficoltà per la mancanza di reciprocità nelle persone interessate a dedurre la compensazione nei rapporti scambievoli scomparisce con la figura del banchiere-mandatario, il quale però per rispondere alla fiducia in lui riposta dal pubblico, deve dare delle garanzie e deve essere sottoposto a sorveglianza efficace nell'interesse della società. Nè questo principio era sconosciuto ai romani, i quali negli *argentarii* avevano concentrato parecchie funzioni importantissime in ordine al movimento del denaro negli scambi e nei mercati; e non è per nulla escluso che in Roma e col diritto romano si potessero anche ammettere senza difficoltà siffatte transazioni avvenute per tramite degli *argentarii* stessi e aventi come effetto finale la compensazione tra i crediti dei loro clienti. Poichè anzi i romani conoscevano, giusta quanto abbiamo visto a suo tempo, la legge del minimo mezzo nelle sue applicazioni procedurali, e a questa legge d'ordine pubblico dovevano sicuramente coordinare, pur senza menomarli o recarvi nocumento di sorta, i diritti dei privati ed i rapporti obbligatori dei singoli contraenti.

Essendo il denaro una merce, la stessa ragione giuridica che giustifica l'ammissione in compensazione delle somme

di denaro deve anche giustificare l'ammissione di varie quantità di cose della stessa specie. Anzi vi è una ragione di più perchè la compensazione si ammetta in cose della stessa specie. In queste la compensazione procede persino più semplice che non per le somme di denaro: infatti per la compensazione di denaro possono richiedersi dei conguagli, dei ragguagli, delle riduzioni a un denominatore comune, dei calcoli accessorî per aggi e cambi, partendo dal valore commerciale delle varie specie di moneta che si ammettono in compensazione. Nelle cose della stessa specie invece il calcolo si riduce ad una mera sottrazione di quantità non pecuniarie ma rappresentate numericamente con la più scrupolosa precisione. S'intende poi che la condizione dell'identità della specie deve intendersi logicamente e ragionevolmente; poichè due individui, sian pure d'una stessa specie, non si equivalgono mai perfettamente. È d'uopo adunque tener presente il tipo delle specie che si confrontano. Quando due specie o due individui rispondano allo stesso tipo, considerando la cosa dal lato del mercato locale, non conviene tener conto delle differenze secondarie e minime tra un individuo e l'altro, tra una specie e l'altra. Gli usi e le consuetudini del commercio, più che i criteri tecnici o tecnologici, possono e debbono bastare per decidere se gl'individui di cui si propone la compensazione rispondano o meno allo stesso tipo commerciale: il che non toglie che, quando sorgono dubbî, sia necessario ricorrere all'opera di un perito tecnico o commerciale o all'autorità della locale Camera di commercio (come mezzo potissimo per accertare gli usi e le consuetudini locali), e così dimostrare se vi è o non vi è il concorso dei requisiti di specie richiesti dalla legge per la compensabilità dei debiti. Ma non si deve contravvenire con ciò allo spirito della stessa legge e all'intenzione precisa manifestata dal legislatore esigendo il requisito della medesima specie (*par species in causa dispari*) perchè non si venga a ledere l'interesse di nessuno dei due debitori ai quali si riferiscono i debiti contrapposti: poichè allora la compensazione non sarebbe giusta, non sarebbe equa; in una parola non sarebbe la genuina compensazione giuridica quale la richiede il legislatore e quale la richiede l'interesse sociale e l'interesse individuale. Non può il privato esser costretto ad accettare in compensazione loglio per grano, sol perchè questa estinzione delle obbligazioni conferisce all'economia dei giudizi: l'interesse pubblico, così limitato, ristretto e condizionato in materia di debiti contrapposti e di rapporti obbligatorî nascenti da quei debiti prima o dopo la loro contrapposizione, non si estende fino al punto di volere la compensazione a tutti i costi. Una tale applicazione, più o meno sforzata, della compensazione legale, sorvolando sui requisiti di specie, poteva tutt'al più ammettersi quando il giudice aveva la *facultas aestimandi ex bono et aequo*. Questa *facultas aestimandi ex bono et aequo*, presa in tutta la sua estensione e applicata senza restrizioni, poteva condurre alla completa abolizione dei requisiti di specie. Ma, per giungere a questo, i giudizi avrebbero dovuto trasformarsi in altrettante Borse o Camere di commercio; essendo naturale che in materia di obbligazioni e di transazioni contrattuali la compensazione, ammessa *ex dispari specie*, avrebbe potuto rappresentare un'eccezione quotidiana, continua, una specie di panacèa.

Restano dunque i requisiti di specie per la compensazione, e giustamente, una volta soppressi i requisiti di causa, che noi vedemmo necessari per diritto romano giustinianeo. Che cosa ha però inteso l'art. 1287 quando, parlando di cose della stessa specie, ha aggiunto l'inciso: *le quali possono nei pagamenti tener luogo le une delle altre?* Non bastava dunque fissare il dato giuridico dell'*eadem species*, ma occorreva anche ricorrere alla similitudine col pagamento per fissare bene la compensabilità di cose della stessa specie, ossia omogenee?

La ragione di questo raffronto tra compensazione e pagamento in questo luogo sta, secondo noi, nell'implicito richiamo della norma fissata dall'art. 1245, che cioè il creditore non possa essere costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta; quantunque il valore della cosa offerta fosse uguale od anche maggiore. Infatti la storica abolizione dell'*arbitrium litis aestimandae pro bono et aequo* ha reso impossibile che il giudice possa confrontare il valore di due cose di specie diversa; e l'equità nei giudizi di pagamento non può giungere al punto da violare la tacita o espressa volontà delle parti. Da questa doppia difficoltà, procedurale e teorica, scaturisce nel nostro diritto un sistema diverso da quello del diritto romano nell'applicazione della compensazione e nell'opera riservata al giudice per dirimere le controversie: poichè nè il giudice potrebbe ravvicinare tra loro specie diverse, nè le parti potrebbero esser costrette a far tanto olocausto dei propri interessi sull'altare dell'equità. Si noti però che questo ravvicinamento della compensazione al pagamento non deve andare più in là di una mera e semplice rassomiglianza (*compensatio est ad instar solutionis*) e non fino all'identificazione assoluta della compensazione col pagamento, supponendo una *mutua solutio per brevem manum facta*. Lo stesso art. 1287 non autorizza certo questa arbitraria identificazione, sebbene la maggior parte degli autori per altri argomenti non siano alieni dall'ammetterla.

32. Lasciando da parte la discussione sulla pretesa identificazione della compensazione al pagamento, per non ripetere quanto abbiamo scritto sopra in sede più opportuna, fermiamoci a considerare più davvicino questo requisito della omogeneità delle cose formanti oggetto delle obbligazioni contrapposte.

Consideriamo anzitutto le obbligazioni pecuniarie. Tenuto conto delle funzioni economiche e sociali della moneta, se l'obbligazione pecuniaria fu contratta senza uno speciale riguardo alla qualità delle monete (quando cioè non fu pattuito un *certum corpus nummorum*), allora è evidente che, come il pagamento, così la compensazione potrebbe aver luogo con ogni specie e qualità di moneta ammessa per liberazione, ossia a corso legale, anche se non metallica e anche se di qualsivoglia metallo. Giungendo alla conclusione opposta o ad una qualsiasi conclusione diversa, si verrebbe a sconoscere l'importanza e le funzioni della moneta nell'economia degli scambi e nella giurisprudenza intorno alla liberazione dalle obbligazioni; si verrebbe a parteggiare ingiustamente per l'interesse di uno solo a scapito dell'altro contraente, senza alcun suffragio nei principî generali o speciali di diritto, senza il suffragio della logica e senza il suffragio della più rudimentale equità, anzi contro tutti i principî di diritto, di logica e di equità. Assai diverso è invece il caso in cui si fosse pattuita la restituzione di una data specie di moneta, ad esclusione di qualsivoglia altra specie: poichè, in questo caso, le parti stesse avrebbero posto in essere una convenzione la quale dev'essere rispettata se e fino a quando non contrasta con le leggi di diritto pubblico. Ora il limitare tra le parti l'efficacia liberatoria non contrasta con leggi di ordine o di moralità pubblica; restando gli effetti di questa convenzione circoscritti unica-

mente tra le parti contraenti, le quali sono libere di circondare con clausole o patti speciali l'obbligazione principale e di porre delle modalità lecite ad un proprio atto giuridico o ad una conseguenza giuridica del proprio atto. E infatti la dichiarazione del valore liberatorio nel pagamento fatto con varie qualità di moneta, anche non metallica, è dovuta non all'interesse dello Stato o all'interesse pubblico inteso in senso assoluto e indipendente dall'interesse delle parti contraenti, ma soprattutto, anzi soltanto nell'interesse dei singoli contraenti e per il buon'esito delle singole contrattazioni: talchè, quando le parti abbiano dichiarato e inteso di tutelare diversamente il loro interesse a questo riguardo, ogni intromissione del legislatore sarebbe un fuor d'opera, sarebbe un'usurpazione sulla libera volontà delle parti. In questo caso il denaro, nella qualità pattuita, cessa di essere soltanto il denominatore comune degli scambi e diventa soprattutto, se non unicamente, una merce, come il cotone e l'olio: e, come merce, tiene fermi i requisiti di specie. Anzi può richiederli assai più rigorosamente, poichè nel contratto è facile non solo indicare il tipo e la famiglia (come si può fare per le altre merci), ma anche l'individuo determinato su cui cade la contrattazione: e ciò mediante indicazione della data e del luogo di coniazione e mercè fissazione di altri elementi o dati precisi circa la tolleranza proporzionale di un logoro maggiore o minore di quello tollerato dalla legge per l'attitudine ai pagamenti. Ora, di fronte a queste speciali convenzioni di parte, il legislatore non può entrare per limitarle o modificarle: esse non toccano l'ordine morale o l'ordine pubblico, e però debbono essere rilasciate al libero volere delle parti, arbitre esclusive come sono del loro proprio interesse. Quando peraltro nel contratto fosse determinata una specie di moneta fuori di corso nello Stato e non ne fosse indicato il saggio del ragguaglio, o quando fosse determinata una moneta estera, allora il conguaglio tra la somma calcolata e voluta dalle parti come punto di partenza di una specie diversa da quella indicata per la liberazione, e la somma fissata e resa obbligatoria per la liberazione stessa, deve farsi in base alle contrattazioni di borsa al momento in cui la liberazione, o per compensazione o per pagamento, avviene *ope legis*. Così per tutt'altro in cui a questo proposito le parti tacquero, convien ricorrere alla legge; e, se anche la legge è muta, alle consuetudini locali legalmente e autenticamente accertate: sempre, bene inteso, cercando di rendere omaggio alla volontà delle parti, per quanto questa volontà, pur non risultando in forma espressa e diretta, può dedursi dal complesso delle circostanze liberamente volute allo scopo di portare a perfezione una convenzione unica e completamente armonica in ogni singola sua parte e in tutte le modalità esecutive che l'accompagnano.

33. Ma anche nelle merci diverse dalla moneta vi sono mezzi per accentuare i requisiti di specie pure al di là di quanto richiederebbero le semplici esigenze del tipo o campione. Pei manufatti la marca di fabbrica, il luogo e il tempo di provenienza, l'uso nei bisogni della vita valgono, se non a raggiungere il *certum corpus* (cosa impossibile, data la variabilità dei singoli individui che si protrae indefinitamente nei rapporti reciproci tra di loro e nei rapporti colla specie), certamente a restringere tanto il campo delle controversie e delle contestazioni circa l'esecuzione del contratto anche di fronte all'estinzione compensativa, da rendere le più volte superflua anche una perizia tecnica. Invece questa perizia più facilmente può occorrere quando si tratta di constatare la qualità della merce offerta in pagamento o in compensazione, per giudicare se risponde o meno alle condizioni richieste dalla espressa o presunta volontà delle parti, acciocchè sotto il falso pretesto della equità non si nasconda un vero tranello. Le cose offerte in pagamento come le prestazioni opposte in compensazione non possono essere di qualità scadenti o tali che non rappresentino il corrispettivo naturale e logico della controprestazione cui si contrappongono: poichè non può supporsi che la parte interessata si rassegni ad una perdita sol per omaggio alla legge del minimo mezzo nell'economia dei giudizi. Diverso è invece il caso in cui la quantità data in compensazione, tenuto conto della qualità scadente, possa servire a compensare gli interessi dell'altra parte, avendo riguardo alle consuetudini del mercato e alle condizioni di tempo e di luogo in cui una compensazione siffatta dovrebbe avere effetto: bene inteso, peraltro, che la differenza ossia il peggioramento non sia talmente sensibile da rendere assurda la pretesa di compensare. Qui appunto potrebbe essere molto utile l'opera di un perito, il quale, tenuto conto di tutte le circostanze sopra accennate e valendosi della propria esperienza tecnica, sappia conciliare i due interessi pur senza violare i principî di diritto e senza esagerare la portata che il legislatore volle assegnare alla compensazione legale. Il giudice, seguendo su questo terreno le traccie del perito, non sarà portato a servirsi di una *facultas aestimandi pro bono et aequo* (facoltà ch'egli non ha qui perchè non attribuitagli dalla legge), ma semplicemente applicherà il principio che le cose possano essere offerte in compensazione quando possono tener conto delle dovute? La risoluzione del quesito non è facile. Le cose offerte in compensazione debbono considerarsi o no, in questo caso, come diverse da quelle dovute? Certo sono della stessa specie; ma la qualità n'è alquanto deteriorata, tanto da richiedere il compenso in un aumento di quantità per poterne operare equamente la compensazione. Ora, finchè questo deterioramento non porta una degradazione di specie o di qualità, siamo sempre nei limiti dell'art. 1245 codice civile e perciò dobbiamo ritenere ammissibile la compensazione: chè se il deterioramento è tale da cambiare addirittura la qualità determinata in una qualità diversa, allora come non si potrebbe ammettere il pagamento così non si potrebbe ammettere la compensazione, mancando il requisito essenziale dell'omogeneità tra gli individui proposti per la compensazione.

34. Non possiamo qui tralasciare l'esame dell'ormai classica questione, se due obbligazioni *in faciendo* possano ritenersi omogenee. Ora, certamente, un fatto non è una cosa (corporale) nel senso dell'art. 1287 codice civile. Duranton (1) ritiene che possa opporsi la compensazione anche nelle obbligazioni di fare, purchè i fatti che sono l'oggetto dell'uno e dell'altro debito siano assolutamente della stessa specie. Per esempio, egli scrive, se uno fosse tenuto a fare cento botti per comodo dell'altro, giusta la interceduta convenzione, e prima dell'esecuzione di tale convenzione quest'ultimo divenisse erede di persona similmente obbligata verso il primo a fargli un certo numero di botti della stessa specie con la stessa materia, allora dovrebbe ammettersi fra i due la compensazione. Altri invece distinsero tra il caso che la compensazione si proponesse tra

(1) Op. cit., vol. VII, § 396.

prodotti industriali compiuti e tra prodotti industriali da compiere. Nel primo caso si avrebbe una vera e propria obbligazione di dare, e quindi dovrebbe senz'altro ammettersi la compensazione. Nel secondo caso i pratici di una volta distinguevano, secondochè l'obbligazione richiedesse l'opera personale del debitore o avesse per oggetto soli fatti manuali che potrebbe compiere tanto il debitore quanto un altro, e, per esempio, lo stesso creditore della prestazione di essi. Trattandosi di fatti che non potrebbe prestare se non il debitore per la sua singolare attitudine o per la sua particolare perizia, allora si volle escludere recisamente la compensazione, perchè davvero la prestazione che avrebbe dovuto farsi direttamente dal debitore stesso (secondo i patti) non si sarebbe potuta rimpiazzare con alcun'altra prestazione fatta da altra persona. Invece, trattandosi di una prestazione manuale ordinaria, ossia di una prestazione per effettuare la quale non faccia d'uopo di un'abilità speciale, di uno speciale lavoro, gli antichi interpreti ammettevano che, anche facendo compiere lo stesso lavoro da un'altra persona, la prestazione che ne seguiva potesse esser ritenuta omogenea con quella dovuta e quindi potesse considerarsi in istato di perfetta compensabilità con essa. Ma allora, evidentemente, per giudicare sulla omogeneità della prestazione, non bastava attenersi all'opera prestata unicamente o principalmente; ma conveniva discendere alla considerazione delle conseguenze di quest'opera, per esempio al manufatto, presumendo l'omogeneità di questo agli effetti della compensazione quando il manufatto stesso non richiedesse nel suo produttore una speciale abilità. Ciò significa che allora questa obbligazione di fare si vuol considerare come un'obbligazione di dare, spostando i veri termini della questione: spostamento questo che non è ammesso dai principî generali di ermeneutica giuridica. Un'obbligazione di fare non sempre infatti porta con sè l'obbligazione di dare, anche quando abbia per oggetto un manufatto: imperciocchè può darsi che tra l'esecuzione dell'opera da parte di chi è tenuto alla prestazione e la consegna dell'opera stessa o la appropriazione di questa al creditore della prestazione intervengano degli eventi di forza maggiore i quali rendano impossibile la dazione o consegna dell'opera fatta. Allora si dovrebbe discutere se il fortuito ricadesse a scapito del debitore o del creditore della prestazione: anzi dovrebbe assolversi il debitore da ogni obbligazione, s'egli potesse provare di aver adempito pienamente all'obbligo suo ch'era quello di fare e non di dare, sebbene il fatto avesse dovuto produrre come conseguenza utile la dazione o consegna.

35. L'omogeneità di due obbligazioni evidentemente non è turbata dalla presenza nell'una di accessori che non sono nell'altra, certo non dalla diversità della causa. Gli accessori, salva la capitalizzazione degli interessi scaduti, cadono e si estinguono al compensarsi dell'obbligazione principale. Ma si può discutere sulla causa e domandare specialmente se la compensazione sia ammessa *ex improba causa*. I fautori della compensazione anche *ex improba causa* hanno contro la l. 2, § 4 e la l. 13, § 5, Dig., 48, 5, ove si dispone che l'adultero non può allegare a compensazione del proprio reato il lenocinio commesso dal marito perchè l'adulterio si commettesse; e che, risultando che il marito vivendo impudicamente abbia col proprio malo esempio educato la moglie al mal fare, non si deve compensare la colpa dell'uno con la colpa dell'altra ma si deve condannare colla moglie adultera anche il marito. È vero che una giurisprudenza posteriore (v. Zoesio già citato nella parte generale), fondandosi sulla l. 39, Dig., 24, 3 e sulla l. 36, Dig., 4, 3, volle ritenere la possibilità della compensazione. Purtroppo nessuno degli autori e commentatori di diritto romano si è occupato di rimuovere una tale contraddizione direttamente: il disposto della *lex Julia de adulteriis* trovandosi per tal modo in contraddizione col titolo *de dolo malo* e con l'altro titolo *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur*. Ma notisi che, secondo la *lex Julia*, l'adulterio era un delitto pubblico; mentre il tit. *de dolo malo* tratta dell'azione civile, che nei negozî giuridici è data alla parte che ne soffre le conseguenze contro l'autore della relativa macchinazione, al solo scopo di tutelare i costui interessi, e il tit. *soluto matrimonio* tratta del ripudio agli effetti civili tra coniugi e in ispecie per quanto riguarda il regime dotale. Sembra dunque che il sistema del Digesto sia questo, di ammettere la compensazione quando si tratta di delitti privati e agli effetti patrimoniali tra il soggetto attivo e il soggetto passivo del delitto; mentre, se si tratta di delitti pubblici (molto simili a quelli che noi oggi chiamiamo d'ordine pubblico e che si perseguitano anche all'infuori della querela di parte), non è ammessa tra di essi la compensazione appunto perchè sono divenuti di dominio sociale. Questo il concetto netto e preciso che apparisce dal confronto di quelle disposizioni diverse: senonchè vi sarebbe d'uopo in proposito di maggiori chiarimenti sui quali qui non possiamo purtroppo diffonderci. Notiamo intanto che, una volta ammesso per i principî di diritto romano (ribaditi anche nel caso delle ingiurie) che nei delitti privati si dovesse ritenere possibile la compensazione quanto agli effetti patrimoniali tra le parti, questo principio non si doveva arrestare qui. Di fronte ad esso doveva logicamente sparire la distinzione tra delitti pubblici e delitti privati per venirsi alla conclusione naturale, necessaria, evidentissima che tra gli effetti patrimoniali derivanti *ex improba causa*, cioè *ex delicto*, si dovesse ammettere compensazione: perchè, come noi abbiamo visto, il diritto moderno prescinde assolutamente dalla causa del debito proposto in compensazione e non esige che entrambi i debiti contrapposti provengano *ex pari causa*. Quindi può accadere anche che l'uno dei due debiti provenga da causa normale e non delittuosa, mentre l'altro derivi da una causa delittuosa: purchè entrambe le cause siano atte a produrre giuridicamente delle obbligazioni.

Capo VI. — **Liquidità.**

36. Ragione del requisito. — 37. Retroattività della liquidazione. — 38. La liquidità riguarda i soli dati di fatto. — 39. Come il dato quantitativo influisca sulla liquidità. — 40. Eccezione all'omogeneità e alla liquidità in ordine alle derrate. — 41. Perchè non estesa a tutti i valori od effetti pubblici.

36. Dopo l'omogeneità la legge esige il requisito della liquidità, perchè due crediti o debiti contrapposti possano essere ammessi in compensazione: talchè, estendendo questa massima alla generalità dei casi pratici, ne derivò l'aforisma giuridico che *liquidi cum illiquido nulla est compensatio*. Questo requisito, come già si rese necessario fino da quando l'*arbitrium litis aestimandae pro bono et aequo*, caratteristico dapprincipio nei *bonae fidei iudicia*, venne distrutto o ridotto al nulla nella procedura giudiziaria: per cui, dato il sopravvento alla compensazione legale sulla compensazione giudiziale, si volle che la compensazione stessa avvenisse di diritto per il solo fatto della coesistenza e al mo-

mento della contrapposizione dei due debiti dal punto di vista storico e cronologico. Questa preoccupazione del legislatore di non intralciare, per soverchio amore dell'equità o dell'economia dei giudizi, la retta e spedita amministrazione della giustizia nella decisione di ogni singola controversia chiaramente apparisce dalla cost. 14, § 1, Cod., 4, 31, già da noi citata nella prima parte del presente studio. Nè minore vuol essere oggi la cura di schivare in materia di compensazione ogni ricerca indaginosa che porti troppo lontano dal campo di ricerche istruttorie sul quale si svolgerebbe il procedimento giudiziario in base alla sola azione e senza tener conto della compensazione: perciocchè espressamente è detto che la compensazione si ammette soltanto *ex pari specie*. Come conseguenza di ciò non poteva evitarsi la necessità assoluta della liquidità per la compensazione dei debiti: sebbene questa obbligatoria liquidità trovi ostacolo nell'ammissione di una compensazione *ipso iure* al momento della contrapposizione di fatto dell'uno all'altro debito. Se la compensazione infatti ha luogo per la sola materiale coesistenza dei debiti, là liquidazione di uno di essi o di entrambi, posteriormente a tale storica coesistenza, dovrebbe logicamente avere per effetto di retroagire fino al momento di questa coesistenza stessa, per operare la compensazione in piene condizioni di liquidità. Dovrebbe dunque bastare una liquidazione posteriore per rendere il debito liquidato operativo di compensazione con altro debito liquidato, al momento in cui i debiti stessi (sebbene non liquidi) ebbero a coesistere materialmente: perchè la liquidazione retroagisce fino al momento dell'esistenza del credito o debito non liquido, talmente da fingersi che questo credito o debito fin dal suo nascere abbia avuto quella determinata quantità che corrisponde alla liquidata. Data questa retroazione logica e giuridica della liquidazione nelle forme legali, per cui anche gl'interessi si commisurano sulla somma risultante dalla liquidazione, sembrerebbe che questo della mancata liquidità del debito o credito dedotto in compensazione o del debito o credito che per compensazione si vuole estinto non dovesse essere un ostacolo tale da recidere i nervi ad una procedura quanto equa altrettanto conforme al pubblico interesse. E il nostro codice e il codice napoleonico, da questo punto di vista, avrebbero potuto, con un solo comma di più, salvare meglio i principî, ammettendo espressamente fin dalla loro coesistenza la compensazione anche di debiti illiquidi, quando la liquidazione ne fosse stata fatta posteriormente alla loro contrapposizione giuridica o alla loro coesistenza storica e con effetto retroattivo.

37. Però i legislatori moderni hanno in loro favore la efficacissima scusa, anzi la grandissima lode, di aver seguito a questo riguardo, con un certo scrupolo e quasi con paura di violarli, i dettami del romano diritto contenuti nella cost. citata: sia pure che questa soluzione di non ammettere compensazione tra cose illiquide si debba a ragioni di mera convenienza e utilità pratica. Se si ammettesse nel magistrato la facoltà di prendere in esame anche un credito illiquido per liquidarlo e dichiararne la compensazione, il magistrato dovrebbe avere quella *facultas aestimandi* che la legge più non gli conferisce e il convenuto non mancherebbe quasi mai di affacciare la sua eccezione di compensazione, se non altro allo scopo di dilazionare il pagamento del debito che serve come base all'azione. Ma, se si ammettesse la compensazione retroattiva non solo al momento in cui i crediti divennero liquidi sibbene al momento in cui questi coesisterono (quantunque la loro liquidità datasse da un periodo intermedio tra la coesistenza e la domanda giudiziale di compensazione o il procedimento in cui il giudice stesso di ufficio applicò questa compensazione), non vi sarebbe da temere di incidenti dilatori. Allora si potrebbe dire che la compensazione è avvenuta *ipso iure* anche tra debiti non ancora liquidati, per il solo fatto che questi debiti, liquidati poi, coesistono materialmente. Gli ostacoli procedurali, evidentemente, sarebbero i medesimi con o senza questa retrotrazione, cioè tanto se i debiti si compensassero dal primo momento della loro coesistenza, sebbene liquidati di poi, quanto se si ritenessero compensati in prosecuzione della loro coesistenza, ma solo dal momento in cui cominciarono a divenir liquidi. In diritto romano, questo requisito della liquidità del debito o credito contrapposto per gli effetti della compensazione si esigeva al momento in cui il giudice era chiamato a pronunciare d'ufficio o a richiesta di parte sulla compensazione stessa; ma restava sempre fermo che la compensazione si riteneva avvenuta al momento della contrapposizione materiale dei crediti, non escludendo che il giudice, nel computo della compensazione, considerasse la liquidazione di uno o di entrambi i debiti, avvenuta dopo la contrapposizione di questi, come retroagente fino all'epoca in cui i debiti stessi si trovarono giuridicamente contrapposti l'uno all'altro. E nello stesso sistema del nostro codice, chi può dire che la liquidità si esiga al momento della contrapposizione dei debiti, piuttostochè in un momento come che sia anteriore alla pronunzia giudiziale della estinzione totale o parziale del diritto dell'attore appunto per effetto di compensazione? L'art. 1287 può e deve conciliarsi con l'art. 1286, fino a che lo permette l'opportunità di evitare vane eccezioni dilatorie, ossia purchè la liquidità di entrambi i debiti, sebbene posteriore al primo momento storico di loro contrapposizione, sia e resulti anteriore all'esame che il giudice intraprende della controversia sul debito ch'è oggetto dell'azione e sul debito che si presenta per gli effetti della compensazione. Esclusi pertanto dalla compensazione i debiti non liquidati al momento in cui della compensazione stessa si dovrebbe fare applicazione dal giudice, resta sempre possibile la compensazione di quelli già liquidati e questa compensazione — senza alcuno sforzo sulla lettera e sullo spirito della legge — si può considerare operativa retroattivamente con effetto fino dal momento della contemporanea esistenza dei due debiti contrapposti. Ma la compensazione non può dichiararsi tra debiti illiquidi, ossia prima che uno o entrambi i debiti non siano liquidati: altrimenti si cadrebbe nell'inconveniente temuto e studiosamente evitato nel diritto romano e che anche l'art. 1287 volle rimuovere espressamente, senza dar luogo a dubbio di sorta alcuna.

38. I pratici, chiamati dalla materia stessa a determinare in che dovesse consistere l'elemento della liquidità, fissarono anzitutto il concetto del debito illiquido sulla incertezza *an*, *quid*, *quale*, *quantum debeatur:* laonde parecchi ebbero a identificare il concetto della liquidità col concetto della certezza. L'incertezza *an debeatur* colpisce il credito nella sua stessa esistenza di fatto e non di diritto, poichè le questioni di diritto, potendosi risolvere dal giudice senza entrare nell'esame delle prove e senza punto trattare o discutere i dati di fatto, non implicano tale una distrazione del procedimento dalla via tracciatagli nell'azione, da compromettere seriamente l'economia del giudizio, e neppure dànno fondato motivo a temere che la parte convenuta, opponendo la compensazione, intenda ac-

quistar tempo e differire ingiustamente la propria condanna. In questo caso dunque il giudice non può trincerarsi dietro una pretesa illiquidità: è suo dovere invece prendere in esame questo credito o debito contrapposto, per vedere se è in termini di perfetta esistenza e compensabilità. Egli non ha altro da fare fuorchè risolvere la difficoltà giuridica: talchè, se ammette il debito, esso è compensabile; se non lo ammette, non è compensabile, ma non già perchè illiquido, sibbene perchè inesistente giuridicamente. Prendasi l'esempio fatto dal Vinnio (1), se nei contratti di buona fede si debbano gli interessi moratorî. Questa è una questione di diritto che non toglie il requisito della liquidità. Se usure si debbono, esse decorrono dal giorno certo della mora e però ammontano a somma liquida di per sè; se non si debbono, la compensazione svanisce e non certo per mancanza di liquidità, ma perchè quella che prima era semplice incertezza circa l'esistenza del debito contrapposto si è poi convertita in certezza dell'inesistenza del medesimo. Sotto questo punto di vista non è dunque da approvarsi la confusione che si fa da taluno (2) tra certezza e liquidità di un credito: la mancanza di certezza circa l'esistenza giuridica del debito non dispensa infatti il giudice dal prendere in esame le questioni di diritto che a quella dubbia esistenza si riportano e non è argomento di reiezione dell'eccezione per compensazione. Ma il difetto di certezza sulla esistenza materiale del credito, anzi la certezza della inesistenza del credito stesso in linea di fatto, oppure la incertezza sull'ammontare di esso credito, sono argomenti più che bastevoli per dispensare il giudice dal prendere sia pure soltanto in esame l'eccezione di compensazione fondata su quel credito. In quest'ultimo caso si ha la vera e propria illiquidità, che è quasi come un'incertezza di fatto, la quale cade sul debito opposto in compensazione e lo rende inadatto a questa funzione.

L'incertezza sul *quid debeatur* può paragonarsi molto propriamente all'incertezza sull'*an debeatur*, poichè il debito senza un oggetto certo e determinato non ha esistenza giuridica nel senso proprio. Nessuna obbligazione infatti può ritenersi valida senza un oggetto determinato: le stesse obbligazioni alternative prima di estinguersi giuridicamente si debbono concentrare in uno dei varî oggetti alternativamente dovuti, nè possono avere un esito finale se prima non si opera una tale concentrazione giuridica. Ogni volta che si dubita sulla sincerità del documento, che non si trova il titolo scritto, che il titolo è oscuro ed ha bisogno di essere completato con prove, che si muove questione di errore, di dolo, di simulazione, come ben dice il Giorgi (3), in tutti questi casi per la dubbiezza sull'*an* o sul *quid debeatur* il debito è illiquido e non ammessibile per compensazione. Le incertezze stesse sul *quale* e sul *quantum debeatur* rientrano poi tra le incertezze sul *quid debeatur* e non rendono possibile la compensazione: ma queste circostanze esigono uno studio particolare e dettagliato. Rispetto alla quantità dell'oggetto dovuto si presenta poi notevolissima la questione nel caso d'obbligazione facoltativa, in cui un solo oggetto si debba come oggetto diretto e proprio dell'obbligazione e l'altro soltanto si possa al primo sostituire agli effetti liberatorî del debitore della prestazione: per cui si dice che il primo oggetto è propriamente *in obligatione* e l'altro invece *in solutione* o *in facultate solutionis*. Da una obbligazione cosiffatta risulta nel debitore il diritto di scegliere per il pagamento l'uno o l'altro oggetto di prestazione come se l'obbligazione fosse alternativa a sua scelta; e quindi non basta che uno dei due oggetti offra i dati necessari per la compensazione perchè l'obbligazione possa ritenersi compensata, ma è d'uopo che sia intervenuto il concentramento dell'obbligazione stessa in uno dei due oggetti, in una delle due prestazioni. Da ciò deriva che non può la compensazione aver luogo all'infuori del fatto del debitore; poichè, fino a quando il debitore non ha effettuato la propria scelta, il debito non è certo e aspetta ancora il suo concentramento. Quando però il debito è soltanto di specie (art. 1248) e il debitore ha la scelta della qualità, esclusane però sempre la peggiore, in questo caso la prestazione ha quanto basta per assicurarsene la liquidità agli effetti della compensazione, non potendo ritenersi indeterminata o incerta quando n'è determinata la specie in modo certo.

39. La questione circa l'ammissibilità della compensazione si rende più seria a proposito dell'incertezza sulla quantità della prestazione dovuta e che si propone per contrapporre ad altra prestazione che serva di base all'azione. Potrebbe accadere infatti che il titolo da cui sorge l'obbligazione fosse certo sull'*an*, sul *quid* e sul *quale*, ma non determinasse con precisione la quantità della prestazione dovuta, sia questa una somma di denaro od una cosa diversa dal denaro. Ebbene, quando ciò si verifica, non si può esitare un solo istante a risolvere che dunque il debito non è liquido e non è ammissibile in compensazione: poichè sarebbe assurdo che quando *non liquet* (ossia non è fluido, non scorre liquido come ruscello dalla fonte) il debito opposto in compensazione, mancandone il dato quantitativo che racchiude in sè tutti gli altri (per modo che, conoscendosi il *quantum* della prestazione non può essere incerto l'*an*, il *quid*, il *quale*), convenisse discutere di nuovo i principî che sovrintendono alla compensazione *ipso iure* e che abbiamo a suo luogo dimostrato. La liquidità infatti, nella sua ultima conseguenza e in definitiva istanza, si traduce nè più nè meno che in dati quantitativi; appunto perchè, come abbiamo detto, la quantità comprende in sè la qualità e la specie dell'oggetto da prestare e fa supporre come preesistente e riconosciuta in antecedenza la certezza dell'esistenza del debito di prestazione. E se la liquidità si traduce nel quantitativo, qui è più che mai il caso di applicare con ogni rigore i principî generali che stanno a determinare quella liquidità e a fissarne gli estremi necessari perchè avvenga e sia dichiarata la compensazione. Ma purtroppo i pratici, sulle orme di Vinnio (4), ammisero anche la compensazione dell'illiquido purchè dedotto in principio di giudizio: anzi, una volta aperta la breccia sul principio della liquidità, si ammise anche il debito di prossima liquidazione (*debitum de proximo liquidandum*). Ora lasciamo stare la spiegazione tentata dal Giorgi (5), per giustificare questo indirizzo pratico di fronte alla giurisprudenza giustinianea: è certo ormai che la liquidità è un dato giuridico imprescindibile, tanto più che il codice civile lo esige in modo espresso e senza restrizione di sorta. Quindi è che, se manca la liquidazione, non si può ammettere la compensazione: però la liquidazione, se non formale, è sufficiente che sia mate-

(1) *Selectae iuris quaestiones;* lib. I, cap. 5°.

(2) Cassaz. Torino, 10 novembre 1882, *Battilana* c. *Molfino* (*Legge*, 1883, I, 481).

(3) Op. cit., vol. VIII, § 20.

(4) *Selectae quaestiones*, lib. I, cap. 50.

(5) Op. cit., vol. VIII, § 22.

riale. E vale la pena spiegarsi. Il Giorgi stesso (loc. cit.) adotta una misura intermedia, una decisione non punto assoluta nè ispirata ai principî generali così chiaramente dimostrati: infatti egli crede che, se la liquidazione è di pronta e facile applicazione, sia obbligato lo stesso giudice a dichiararla senza potersi trincerare dietro la pretesa illiquidità del debito. Ora noi notiamo che in questo caso liquidazione vi è in sostanza, perchè la liquidazione per questi effetti non è vincolata a una forma od a un modulo determinato, ma soltanto dev'essere materiale, ossia sostanziale: in altri termini, grazie agli elementi esistenti, non si debbono risolvere questioni di fatto nè compulsare prove per giungere a determinare con precisione e certezza l'ammontare del debito, perchè possa dirsi il debito stesso liquido. Ma, comunque s'arrivi a questa liquidità, sia pure che occorra perciò fare delle somme o sottrazioni od altre operazioni che il giudice possa eseguire da sè, purchè non vi sia da fare altro, non può dirsi che il debito sia perciò meno liquido di quello che sarebbe se il giudice trovasse già pronta l'indicazione precisa della somma costituente il debito contrapposto a quello che serve di base all'azione.

La necessità di dover fare qualche piccola operazione non altera lo stato materiale di liquidità giuridica del debito, il quale è perciò atto ad operare compensazione. Non si deve dire pertanto che in questo caso manchi la liquidità e che a questa mancanza di liquidità si ripari dal giudice secondo il suo prudente arbitrio; perchè, se veramente mancasse liquidità, il giudice non potrebbe far nulla senza ingolfarsi nell'esame di fatto e non gli sarebbe lecito d'interpretare la legge a suo modo, temperando con la giurisprudenza una disposizione che potrebbe sembrare forse troppo rigida, presa assolutamente e senza adattarla a considerazioni di pratica equità.

Non si affermi peraltro che, quando il titolo è certo, certa la specie e l'esistenza del debito, il giudice possa sempre, senza ricorrere all'opera di un perito liquidatore o senza adempiere da sè stesso le funzioni di liquidatore, applicare la compensazione ritenendo liquido il debito. Se occorre proprio la stima di un perito, la tassazione del giudice o di un pubblico ufficiale qualsiasi, la prestazione del giuramento estimatorio, una prova di fatto, allora certamente il debito deve considerarsi illiquido. Ma, se per accertarlo occorre un semplice calcolo di quantità su basi aritmetiche certe e che non possono condurre a risultati diversi, occorrono calcoli aritmetici non indaginosi nè tali da esigere una perizia speciale, allora non può dirsi che il debito sia illiquido e che come tale non possa ammettersi in compensazione: questo sarebbe un voler alterare la vera importanza dei calcoli, un voler creare delle difficoltà artificiali per isfuggire l'applicazione della compensazione. Non sarebbe un omaggio alla legge, ma sarebbe un denegare giustizia ai cittadini, un ledere la legge economica del minimo mezzo nei giudizi, un favorire il dolo dell'attore *qui petit quod redditurus est,* respingendo la proposta compensazione (1).

40. L'alinea dell'art. 1287 poi pone un'eccezione importantissima al principio dell'omogeneità delle prestazioni per le quali è ammessa la compensazione *ipso iure*. Le prestazioni non controverse di grani o di derrate (si legge in questo alinea), il cui valore è regolato dal prezzo dei pubblici mercati, possono compensarsi con somme liquide ed esigibili: mentre, stando alla prima parte di detto articolo, la compensazione non potrebbe intervenire se non tra debiti aventi egualmente per oggetto una somma di denaro o una determinata quantità di cose della stessa specie.

In questa disposizione si contiene un'eccezione di grave momento alla regola stabilita dalla prima parte dell'articolo stesso: qualunque derrata (e per derrata, quando altro non è detto per mezzo di aggettivo, s'intende prodotto alimentare, vale a dire prodotto vegetale o della terra) può essere oggetto di compensazione con somme di denaro liquide ed esigibili. La ragione di quest'eccezione non è certo giuridica, ma pratica e fondata sulle consuetudini della vita: poichè, essendo le derrate generi di prima necessità e di consumo giornaliero, il loro cambio col denaro si opera continuamente sul mercato. E questo cambio continuo fa sì che l'attore non pure non possa trovare alcuna difficoltà nel valutare a mezzo delle mercuriali del luogo l'equivalente pecuniario delle derrate oppostegli in compensazione, ma inoltre possa anche comprare molto agevolmente le derrate da lui dovute al convenuto e comprarle al prezzo stesso per cui si calcola la compensazione per offerirle al convenuto stesso. Ma la legge non gli dà facoltà di comprare le derrate e di sdebitarsi con queste consegnandole al convenuto: la legge l'obbliga a soffrire il computo di queste derrate in denaro ed a ritenere compensato un tal suo debito col credito pecuniario che ha verso il convenuto. Con questo procedimento si evita a lui il fastidio di andare al mercato, di comprare le derrate e di offrirle in pagamento al convenuto per evitare la compensazione; e si giova il convenuto, inquantochè questi è liberato in tutto o in parte da un pagamento pecuniario, per eseguire il quale dovrebbe vendere al mercato le derrate consegnategli dall'attore in soddisfazione del debito reciproco. Vero è che un tale ragionamento non si dovrebbe limitare alle derrate ma si dovrebbe estendere a tutti i valori od effetti pubblici quotati nei listini di borsa; poichè anche per questi valori od effetti il cambio col denaro o viceversa si può ottenere immediatamente, quasi a vista e senza difficoltà alcuna sulla piazza. Ma, in tutti i casi, anche data questa facilità di realizzare sul mercato il denaro corrispondente alle derrate o viceversa, colui che riceve o compensa denaro per derrate, volendo ricomprare con quel denaro le derrate che fino a quel momento contava di avere in natura, deve necessariamente sottoporsi a qualche lieve oscillazione

(1) Fu deciso (Cass. Torino, 10 nov. 1882, *Battilana* c. *Molfino: Legge*, 1883, I, 481) non essere certo nè esigibile il credito la cui esistenza sia condizionata alla prestazione del giuramento d'ufficio divenendo esso liquido ed esigibile soltanto dalla data della prestazione del giuramento medesimo e non pel tempo anteriore: il che già dimostrammo gravissimo errore giuridico. Lo stesso si disse per un'obbligazione alternativa finchè non intervenisse la scelta (Cass. Torino, 31 dic. 1887, *Quadri* c. *Ponteprino: Legge*, 1888, I, 514); per un credito non ancora giustificato sebbene dedotto in giudizio (Appello Bologna, 25 gennaio 1886, *Faccioli* c. *Zappa: Rivista giuridica,* 1888, p. 82); per un conto corrente aperto da un Istituto di credito a favore di un privato, che, divenendo debitore dell'Istituto per altro titolo, non può tuttavia eccepire la compensazione, non potendo il credito promesso considerarsi come debito certo e liquido dell'Istituto stesso (Cass. Torino, 21 luglio 1887, *Banca di Pavia* c. *Arigo: Legge*, 1887, II, 445). Del resto, se non si trattasse di un credito promesso ma di un credito veramente liquido, sarebbe ammessa senza dubbio la compensazione tra un debito civile e un debito commerciale (App. Bologna, 26 aprile 1884, *Giordani* c. *Magnani: Giurisprudenza Italiana*, 1884, II, 264), malgrado che l'uno sia necessariamente di natura diversa dall'altro.

di valore: non potendosi pretendere che lo stesso giorno in cui ha operato la compensazione del suo debito in denaro col suo credito in derrate egli vada immediatamente e quasi precipitosamente ad acquistare le derrate appunto per evitare ogni e qualsiasi danneggiamento ai propri interessi.

La disposizione di cui nel capoverso in oggetto è forse diretta allo scopo di facilitare e proteggere le prestanze di generi di prima necessità, rendendone più facile la restituzione? è forse destinata soprattutto ad agevolare i rapporti di credito agricolo, i conti correnti con monti frumentari e meccanismi o rapporti complessi di questo genere? Esemplifichiamo. Tizio è locatore di un fondo a Caio, il quale lo coltiva: e la locazione è stata pattuita per una data somma annua di denaro. Caio non paga perchè non ha potuto vendere od esitare comunque i raccolti all'epoca in cui scade il suo debito per la corrisposta del fitto. Tizio pertanto lo chiama in giudizio per avere questa corrisposta: ma Caio oppone la compensazione, pretendendo che Tizio debba scomputare dalla somma totale del proprio credito il valore di grano, granone, olio od altre derrate che quegli deve a lui restituire per averle avute da lui in prestito. Se questa compensazione non si ammettesse, anzi non s'imponesse dalla legge, potrebbe avvenire, tra le altre cose, che Tizio, allo scopo certamente non lodevole nè giusto di arricchirsi alle spalle di Caio, rimanga soddisfatto di tutta la somma di denaro che costituisce il suo credito e poi si renda insolvente e non vi sia modo di astringerlo efficacemente alla restituzione delle derrate che in momenti di vero bisogno ha avuto in prestito dalla commiserazione e dall'umanità del conduttore, il quale, per non essere scaduta la corrisposta dell'affitto, non ancora si trovava in mora di fronte al suo locatore. Che se il prestito del grano si concede dal conduttore al locatore, ciò, secondo gli usi e i costumi agricoli, accade quasi sempre non pattuendo espressamente ma sottointendendo lo scomputo dalla rata di fitto. Lo stesso dicasi presso a poco dei Monti frumentari, quando questi sono affittuari di fondi altrui e a loro volta si trovano richiesti di prestiti in natura dai loro locatori. Dunque, da questo punto di vista, la compensazione tra denaro e derrate risponde a concetti di utilità pratica, se non propriamente giuridica: tenuto conto anche del fatto che il valore delle derrate da compensarsi col denaro si desume dai prezzi di mercato del giorno in cui il debito della derrata stessa divenne giuridicamente perfetto e liquido, ossia del giorno in cui s'incorse nella mora di restituzione. Il debitore della prestazione di derrate, quindi, trovandosi in mora, ben sa che il suo debito entrerà a tempo opportuno in compensazione col debito del suo debitore, ragguagliandosi le derrate ai prezzi correnti del giorno in cui s'incorse nella detta mora, sia questa posteriore all'altro debito o anteriore ad esso. Infatti la liquidità e il montare del debito vuol riferirsi alla data di sua esistenza e non alla data in cui si verifica la compensazione, perchè il momento giuridico della compensazione trova il debito stesso giuridicamente preesistente e operante per ogni altro effetto: talchè il suo ragguaglio in denaro non è l'effetto della compensazione o di una transazione avvenuta dopo la mora, ma è l'effetto della sua stessa liquidità ed esigibilità, di cui le origini debbono certamente farsi risalire alla mora stessa. Il ragguaglio, in altri termini, non è forzato per dare efficacia alla compensazione soltanto, ma costituisce un equivalente sul quale debbono anche valutarsi gli interessi che sono decorsi fino a che la compensazione si rende operativa, per computare anche quelli a titolo liberatorio. E infatti, se la compensazione opera *ad instar solutionis*, è certo che, non altrimenti da quanto accadrebbe per il pagamento (sebbene pagamento non si ammetta per l'articolo 1245 mediante cosa diversa dalla dovuta), ogni calcolo deve partire dal momento in cui s'incorse nella *mora debendi*: e perchè il calcolo sia esatto, il ragguaglio delle derrate al denaro deve riferirsi al momento della incorsa mora. Se invece il ragguaglio si facesse al momento giuridico in cui opera la compensazione, il debito si sdoppierebbe in due periodi: dalla maturazione della mora al momento giuridico della compensazione sarebbe debito di derrate; al momento della compensazione diverrebbe debito di denaro. Questo sdoppiamento sarebbe antigiuridico e contrasterebbe con le regole del pagamento *ad instar* del quale, *mutatis mutandis*, opera la compensazione. Dunque la commutazione del debito da debito in derrate a debito pecuniario avviene sì per agevolare anzi per rendere possibile la compensazione, ma retroagisce sino al momento della mora riguardo alla prestazione delle derrate stesse e vi retroagisce per tutti gli eventuali effetti di legge, anche all'infuori della compensazione; perchè la liquidità ed esigibilità del debito si appalesa dal momento della incorsa mora.

41. Il Giorgi (1) non trova ragione per questa disposizione anormale, e neppure sa comprendere perchè la compensabilità delle derrate col denaro non si debba estendere a tutti i valori od effetti pubblici quotati in borsa.

Ma la ragione particolare da noi data, che, sovrattutto nei piccoli centri, trovandosi chiunque alla portata dei mercati annonari e usandosi provvedere per le famiglie le derrate direttamente al mercato per poi confezionarle o farle confezionare senza intermediari, le derrate stesse costituiscono un vero valore rappresentativo, un equivalente di fatto del denaro: questa ragione, ravvicinata agli usi e alle consuetudini dei paesi agricoli, non solo giustifica il movente della compensazione ma inoltre spiega anche il trattamento di favore fatto alle derrate in confronto degli altri valori o effetti pubblici quotati in borsa. Comprendiamo che qui si tratta d'una ragione di opportunità e non già di una vera e propria ragione giuridica (per lo che si potrebbe ritenere insufficiente come giustificazione legislativa); ma una ragione v'è perchè la disposizione non debba ritenersi priva di una certa utilità pratica specialmente per le campagne, ove per la vendita o l'acquisto di grano conviene percorrere distanze considerevoli e perdere non poco tempo al mercato. Perciò la compensazione rimedia a questi inconvenienti e rende possibile, senza danno di alcuna delle due parti, una tale combinazione d'interessi da tacitare esattamente le ragioni reciproche col minimo mezzo. Bene inteso peraltro che questa compensazione legale in tanto avviene *ipso iure* in quanto le parti stesse vi trovano il loro tornaconto: per cui, qualora le parti ritenessero più conveniente per loro di escludere il ragguaglio delle derrate al denaro, non solo esulerebbe ogni presunzione di dolo contro colui che non offre le derrate in compensazione col denaro stesso, ma neppure potrebbe ravvisarsi ostacolo serio nella violazione della legge procedurale del minimo mezzo, la quale in tanto è di ordine pubblico in quanto le parti non possano ragionevolmente opporvi un loro legittimo interesse. E quale interesse più legittimo di quello sancito, senza eccezioni, dalla legge stessa per il pagamento, nell'articolo 1245 dello stesso codice civile? Se le parti

(1) Op. cit., vol. VIII, § 11.

dunque tacitamente o espressamente, implicitamente od esplicitamente convennero l'esclusione della compensazione di derrate con denaro (e questo interviene sempre nella vendita delle derrate, il cui prezzo non può ritenersi compensato colle derrate stesse, talchè colui che deve consegnare il grano venduto si rifiuti alla conseguenza pretendendone la compensazione col prezzo di vendita a lui dovuto; poichè questa soluzione condurrebbe alla completa atonia dei contratti di cambio tra denaro e derrate), non si può pretendere che la compensazione avvenga all'infuori della loro volontà. E tanto più devesi questo curare, inquantochè la disposizione che ammette il compensarsi del denaro con le derrate è una disposizione tutt'affatto eccezionale rispetto alla disposizione generale poco sopra sancita: e quindi come disposizione eccezionale dev'essere interpretata ristrettivamente, appunto perchè per essa non ricorrono gli stessi motivi d'ordine generale e d'ordine pubblico che hanno inspirato la disposizione generica. Interpretata così ristrettivamente, la disposizione dell'articolo in esame non esclude una manifestazione di volontà contraria: manifestazione che non cozza con i principî generali di diritto e neppure con i principî speciali che regolano la materia.

Capo VII. — **Esigibilità.**

42. Ragione del requisito di esigibilità. — 43. La compensazione nei crediti a termine. — 44. Eccezioni perentorie. — 45. Carenza d'azione. — 46. Compensabilità delle obbligazioni naturali. — 47. Influenza delle dilazioni sulla compensabilità dei debiti. — 48. Ammissibilità per gli effetti della compensazione delle convenzioni dilatorie, comunque onerose. — 49. Divieto della compensazione nel caso di spoglio. — 50. Nel caso di deposito e comodato. — 51. Nel caso di alimenti non sequestrabili. — 52. Nel caso di rinunzia. — 53. Rinunzia posteriore. — 54. Non compensabilità dei debiti d'imposte e tasse. — 55. Effetti della rinunzia tra le parti e rispetto ai terzi.

42. L'articolo 1287 si occupa anche del requisito della esigibilità, di cui fa una condizione essenziale e assolutamente indispensabile alla compensazione.

Chiamate la dottrina e la giurisprudenza a fissare gli estremi e i caratteri della esigibilità, si vollero questi far consistere nell'azionabilità e nella ineccepibilità di entrambi i crediti messi di fronte per la compensazione. Infatti l'azione è il primo momento, il primo fattore giuridico necessario per realizzare il credito in via di fatto: l'azione come introduttiva di un giudizio, nel quale possono intervenire anche delle eccezioni. Ma, se le eccezioni intervengono, evidentemente l'azionabilità del credito può essere priva degli effetti pratici che possono ripromettersene in ordine all'esigibilità del credito stesso: come pure può accadere che, malgrado le eccezioni contrapposte all'azione, questa rimanga pienamente efficace e produttiva di esigibilità. Se le eccezioni sono poco serie, se sono futili, se sono affacciate al solo scopo di stornare gli effetti della compensazione, allora certamente il giudice non deve trovare in queste un ostacolo alla esigibilità del credito; ma se queste eccezioni sono serie, fondate, gravi talmente da intaccare l'efficace azionabilità del credito stesso, allora non può non esservi dubbio che il credito si presenti nello stato di perfetta esigibilità. Eccezione dilatoria non devesi dunque intendere come sovente è chiamata dai causidici e dai pratici un'eccezione che non ha altro scopo se non quello di allungare inutilmente il giudizio e di ritardare senza un sufficiente motivo la pronunzia della sentenza; ma devesi intendere quale un'eccezione che legalmente e giustamente ha per iscopo, in applicazione della legge e del contratto, di prorogare il pagamento o la soddisfazione di un debito oltre il termine preteso nell'azione o ad un termine di cui nell'azione stessa non si tiene affatto proposito e al quale non si allude in modo alcuno dall'attore. L'eccezione in un caso è dilatoria rispetto alla procedura (e un'eccezione di questo genere dev'essere costantemente guardata con occhio sfavorevole) e nell'altro caso è dilatoria rispetto al diritto: in un caso è un artifizio di chi ha la coscienza del proprio torto, nell'altro può essere un mezzo difensivo onestissimo allo scopo di pretendere la esecuzione del contratto o il rispetto della legge. Queste ultime toccano il credito direttamente; ma non già nella sua essenza (che può non essere punto revocata in dubbio) sibbene nella sua scadenza e nella esazione.

Da ciò consegue che il credito non è perfetto nè esigibile immediatamente, ma si renderà perfetto ed esigibile a suo tempo, quando saranno rimosse quelle circostanze che attualmente ne intralciano l'esigibilità. Nel caso di condizione sospensiva non si ha una vera e propria eccezione dilatoria, perchè la sospensione opera in modo che il rapporto giuridico deve ritenersi come insufficiente fino a che non si verifica l'evento il cui non verificarsi serve a tener viva la sospensione della obbligazione stessa (la quale perciò è incerta nella sua stessa esistenza ossia illiquida), ma non deve propriamente considerarsi come inesigibile. Però in tutti i casi, quando l'esistenza dell'obbligazione è certa quantunque non ancora sia giunto il tempo della sua maturità agli effetti del pagamento, si può e si deve dire che siamo in presenza di una vera eccezione dilatoria, di cui può addursi come esempio tipico e caratteristico il termine.

43. In ordine al termine, la materia della compensazione presenta un certo grado di difficoltà. Si domanda se il creditore a termine possa ripetere l'indebito pagamento fatto al suo debitore, di cui fu debitore a sua volta per altra causa, qualora, decorso utilmente il termine, il credito sia divenuto esigibile. Ora la questione sulla retrotrazione della compensazione (comunque ne pensi il Giorgi) (1) è qui perfettamente oziosa; perchè, quando il credito a termine, appunto per il decorso di questo, è divenuto esigibile, manca l'estremo essenziale della compensazione, ossia la contrapposizione materiale dei due debiti, essendo l'altro debito rimasto estinto per il pagamento fattone. Questa mancata situazione di fatto esclude ogni considerazione di retroattività: per cui, se la retroattività della compensazione si deve ammettere nel senso che gli effetti della compensazione dichiarata dal giudice debbano retrotrarsi *ipso iure* fino al momento della contrapposizione dei due debiti, questa stessa retroattività non vuole intendersi nel senso di creare un indebito quando il pagamento era dovuto e fu ben fatto.

Non è dunque una ragione di mera opportunità (cioè soltanto per evitare vani circuiti di pagamenti e di restituzioni) quella che esclude la tardiva applicazione d'una compensazione retroattiva in questo senso, ma è la vera e propria mancanza del requisito essenziale per ogni compensazione, vale a dire del requisito della materiale e giuridica contrapposizione dei due debiti. Se a questo si aggiunge anche il motivo che il termine dilatorio non produce mai effetto re-

(1) Op. cit., vol. VIII, § 16.

troattivo, si ha la più chiara ed evidente conferma che il debito posteriore non può addursi in compensazione del credito anteriore; perchè, quando ebbe luogo il pagamento di quest'ultimo, il primo era stato validamente estinto nè poteva avere più efficacia giuridica di sorta alcuna.

Vuolsi tuttavia, anche per gli effetti della compensazione, tener presente il disposto dell'art. 1176 cod. civ., che cioè il debitore non può più reclamare il benefizio del termine, se egli sia divenuto insolvente o se egli per fatto proprio ha diminuito le cautele date al creditore ovvero non gli ha dato le cautele promesse: nei quali casi il debito si considera esigibile immediatamente dal suo creditore senza bisogno di soffrire delle dilazioni, purchè (s'intende) il giudice abbia pronunciato questa decadenza e non soltanto agli effetti della liquidazione del passivo (come nella sentenza di apertura del fallimento), ma agli effetti ben diversi della esigibilità del debito per operare la compensazione.

Del resto, gli stessi effetti della decadenza dal beneficio del termine si debbono alla rinuncia a questo beneficio, fatta da chi ne ha il diritto, sia il debitore o il creditore della prestazione, siano entrambi: appena fatta la rinuncia, la compensazione si opererebbe *de iure*, per quanto provocata scientemente dal fatto dei rinunzianti o del rinunziante. Che se il termine è stato convenuto nell'interesse dei terzi, costoro soltanto hanno il diritto di rinunziarvi e di rendere così esigibile il debito per gli effetti della compensazione.

Questo per il termine: quanto all'*exceptio inadimpleti contractus* (una delle eccezioni dilatorie più frequenti ed usitate), essa è un impedimento fortissimo alla compensazione, quante volte ne derivi il diritto di non pagare il debito che potrebbe addursi in compensazione; come accade, a mo' d'esempio, per l'art. 1510 codice civile nel caso che il compratore tema di essere molestato per l'evizione.

44. Anche delle eccezioni perentorie si dice molto propriamente che tolgono al debito il suo carattere d'esigibilità e quindi la sua attitudine alla compensazione. Eccezioni perentorie o perpetue sono quelle che hanno sempre luogo nè si possono evitare: esse colpiscono le obbligazioni suscettive di annullamento o di rescissione a domanda di parte e le obbligazioni prescritte. Quanto alle prime, se l'interessato a farne dichiarare la nullità non se ne occupa, esse spiegano piena e intiera la loro efficacia anche per la compensazione, dovendosi pertanto considerare come esigibili senza ostacolo. Lo stesso certamente deve dirsi quanto alla prescrizione, la quale non può presentarsi efficace se non quando la parte interessata a farla valere si oppone nelle forme legali: poichè è certo che essa non opera se non a domanda di parte. Or dunque, se la prescrizione è dedotta ed ammessa prima che venga in giuoco la compensazione, nessuna difficoltà nel ritenere esclusa la possibilità che la compensazione stessa possa applicarsi; se invece la prescrizione è dedotta ed ammessa dopo applicata la compensazione, allora la prescrizione dichiarata retroagisce e fa rivivere intiero il diritto menomato o paralizzato dall'eccezione compensatoria o dalla compensazione dichiarata d'ufficio. Il regolamento poi dello stato intermedio tra la dichiarata efficacia della compensazione e la rivocazione di questa come effetto dell'ammessa prescrizione non fa che obbedire ai principî generali sulla materia.

45. Ma la compensazione può trovare un altro fortissimo ostacolo nella carenza d'azione del credito al quale corrisponde il debito che si vuol contrapporre in compensazione al credito sul quale si basa l'azione dell'altra parte. Infatti un credito non azionabile è come un credito sottoposto a condizione sospensiva e prima che la condizione si avveri: quest'ultimo non esiste giuridicamente e perciò non è azionabile, un altro può esistere e ciò malgrado trovarsi sprovvisto di azione. La causa della non azionabilità è diversa, ma la conseguenza è identica: il credito non è esigibile e quindi non può opporsi in compensazione. A questo punto torna in esame la questione sulle obbligazioni naturali, da noi punto trattata nella parte generale di questo studio, quando sui principî del diritto romano tentavamo gettar le basi della compensazione com'è ordinata nei codici moderni. Per verità, di fronte al famoso frammento di Ulpiano *etiam quod natura debetur venit in compensationem* (1), in diritto romano non è neppure proponibile la questione; poichè l'attitudine delle obbligazioni naturali ad essere opposte in compensazione è, più che evidente, certa. Varrebbe dunque la pena di discutere meglio il quesito in diritto nostro, senza fermarsi, come fanno alcuni autori, all'assoluta e dommatica affermazione che i debiti naturali non sono ammessi per la compensazione, oppure senza gridare contro il preteso paradosso del diritto romano e della scuola, di volere ammettere in compensazione obbligazioni sfornite di azione: poichè alle volte, specialmente quando vi è una tradizione giuridica radicata nella dottrina e nel fôro, anche le opinioni apparentemente più assurde meritano, anzi esigono, una confutazione piuttosto accurata. Altrimenti, non combattendo i principî nelle loro basi, essi, cacciati per un riguardo, ricompariscono e manifestano l'efficacia loro per un altro riguardo, quasi all'insaputa di quelli stessi che li combattono.

46. Dire soltanto che gli art. 1291 codice civile francese e 1287 codice italiano esigono per la compensazione l'esigibilità dei crediti, per escludere dalla compensazione le obbligazioni non civili, è troppo poco: come vincere o smuovere in qualche modo quella indubitata chiarezza della disposizione citata di diritto romano? Che cosa, quale cambiamento di principî ha potuto render vana in diritto nostro la celebrata equità di quella legge di Ulpiano? Se si volesse risalire ai principî generali sulla portata delle obbligazioni naturali, si andrebbe certamente molto più in là che non consenta lo scopo di questa modesta trattazione: conviene dunque limitarsi allo studio e alla critica di quel frammento ulpianeo. E ciò tanto più perchè la teoria fondamentale delle obbligazioni naturali è identica in diritto romano e in diritto nostro; e infatti, per lo meno, anche nel diritto romano si dice che le obbligazioni naturali (sebbene giuridicamente valide) non sono azionabili. Dunque non è l'azionabilità in diritto romano un requisito assoluto e imprescindibile perchè si ammetta la compensazione: e non ha neppure che fare con l'esigibilità in senso stretto, tanto vero che il Maynz (2), pure richiedendo l'esigibilità del debito agli effetti della compensazione, non si accorge punto che a questo requisito osti in qualche modo l'ammessa compensabilità delle obbligazioni naturali. Certamente, colui che non riduce il suo credito civile dell'ammontare del proprio credito naturale, non addimostra intenzioni dolose, perchè *non petit quod postea redditurus est;* e neppure contrav-

(1) Nel lib. XXX, *ad Sabinum,* ricevuto nel Dig. come fr. 6 al lib. 16, tit. 2°.

(2) Op. cit., vol. II, § 291.

viene alla legge procedurale del minimo mezzo, perchè il credito naturale, non essendo azionabile, non presenta la prospettiva di una eventuale futura realizzazione per via giudiziaria. Dunque, sebbene la non azionabilità del credito naturale non tocchi quell'esigibilità in senso stretto tecnico (quale era richiesta pure per diritto romano), tuttavia esclude l'applicazione di quei motivi giuridici generali i quali soltanto rendono giustificata la compensazione in linea di rigoroso *gius civile*. Non restano quindi che delle semplici considerazioni di equità, e queste radicate sulla teoria della *condictio indebiti* o della *repetitio indebiti:* considerazioni che esercitarono la loro influenza nel diritto romano, ma che non ne esercitano più in diritto moderno, per una interna trasformazione dell'istituto giuridico della compensazione, reso oggi come produttivo di efficacia *ex lege* assai più importante e valida che non fosse per diritto romano.

I romani, ch'erano assai pratici, probabilmente ragionavano così. Se il debitore, per un'obbligazione naturale lecita, ha pagato, non può più ripetere come indebito il denaro pagato, o, in genere, la prestazione eseguita, che costituiva per lui, se non un obbligo giuridico, certamente un obbligo di coscienza. Egli non ha fatto che adempiere ad un suo dovere morale; in altri termini, ha pagato od ha prestato bene, sebbene il creditore non avesse alcuna azione per costringerlo a pagare. Se non paga, il creditore non ha contro di lui azione alcuna: ma non si può certamente sostenere che il debitore stesso, non pagando, si comporti da galantuomo e sia degno di lode. Ora, nel caso della compensazione, avviene di peggio. Egli, il debitore, per obbligazione naturale, non solo non paga o non presta, ma ha pure la sfrontatezza e l'improntitudine massima di chiedere il pagamento di un debito civile, senza ricordarsi o piuttosto fingendo di non ricordarsi della propria obbligazione naturale. Ora questo suo contegno è biasimevole, e, se non può ritenersi doloso, restando abilmente dissimulato sotto la protezione della legge, poichè di lui non può dirsi (come osservammo sopra) che *petit quod redditurus est,* tuttavia produce gli stessi effetti del dolo per l'altra parte di cui viola gli interessi. Perchè dunque quest'altra parte deve risentire il danno causatole da tale biasimevole condotta dell'attore, non potendo a lui contrapporre la compensazione con quell'eccezione che le sarebbe accordata se l'obbligazione fosse civile e per conseguire lo stesso effetto che potrebbe raggiungere se l'attore si fosse mostrato o si mostrasse più onesto di quello che è di fatto? Il diritto non può mai proteggere l'altrui mala fede: e sebbene *reus in excipiendo fiat actor,* per quanto la carenza d'azione sia e costituisca una specie di penale per coloro che non ebbero cura di salvaguardare nelle debite forme giuridiche i loro impegni, tuttavia, quando una delle due parti per la seconda volta pretende di trarre profitto e di arricchirsi per la dabbenaggine dell'altra (e questa volta più disonestamente e più temerariamente perchè giunge fino al punto di voler realizzare per intiero un proprio credito civile), allora sembra che si debba arrestare la condiscendenza della legge. L'ordine morale, a questo punto, doppiamente violato, riprende il suo sopravvento: il convenuto, costretto a difendersi per non pagare o per non prestare, si trova in una condizione d'inferiorità verso l'attore; e, sebbene la legge lo metta in pari condizione di questo (*reus in excipiendo fit actor*), tuttavia non si può sconoscere che per essere in pari condizione dovrebbe poter valersi anche egli per via d'azione (il che non può, ostandovi la natura caratteristica dell'obbligazione naturale) del suo credito naturale. Ma, poichè il convenuto per un giudizio civile, oltrechè non potrebbe opporre la compensazione, non potrebbe certamente nemmeno proseguire il suo credito con azione giudiziaria; certo è che il creditore attore si trova, soltanto perchè ha pochi scrupoli, in una condizione migliore del convenuto. Se invece la condizione di entrambi fosse eguale, allora veramente il convenuto potrebbe difendersi con gli stessi mezzi procedurali e *in excipiendo fieret actor:* bisogna dunque metterlo in condizioni tali che veramente anche per lui possa aver pieno effetto questo principio di logica giudiziaria, tanto più che, se appunto si trova in siffatta condizione anormale, lo si deve in tutto alla poca delicatezza dell'attore, il quale fonda la propria azione su di un'obbligazione civile.

Questo ragionamento, che potrebbe sembrar poco chiaro a prima vista (e che è frutto delle nostre ricerche critiche, perchè non si trova svolto nelle fonti a giustificazione dell'opponibilità in compensazione delle obbligazioni naturali), si comprende agevolmente facendo l'esempio di due crediti per la stessa somma, l'uno naturale di Tizio verso Caio e l'altro civile di Caio verso Tizio: crediti e debiti tra loro reciproci, che in un dato punto si trovano storicamente e materialmente contrapposti l'uno all'altro, sebbene sorti in epoche diverse. Caio, forte del suo titolo civile, chiama in giudizio Tizio per il pagamento del suo credito. Se Tizio può a lui contrapporre il proprio credito naturale in via di diritto come è contrapposto in via di fatto, allora la compensazione ha luogo, e le due parti, senza punto ledere gli interessi reciproci, sono messe nella stessa posizione di riscuotere il loro credito e di pagare il loro debito, scambievolmente: posizione questa che è la più idealmente giusta che si possa immaginare. Se Tizio, invece, non può invocare la compensazione affacciando il proprio credito naturale, allora, per il solo fatto che il suo avversario non ha quella delicatezza che sarebbe desiderabile nei rapporti giuridici e contrattuali, si trova in modo sensibile danneggiato nei propri interessi. Ma non è giusto che gli interessi di Tizio siano alla mercè della dabbenaggine di un debitore naturale che paga spontaneamente e che non può quindi ripetere come indebito il pagato e della costui mala fede o per lo meno poca delicatezza che lo persuade a non riconoscere i propri impegni, di qualunque specie essi siano, sol perchè non sono sorti e non sono stati salvaguardati e consacrati nelle forme di legge. Tra la dabbenaggine dell'una e la mala fede o poca delicatezza dell'altra parte vi dev'essere un rimedio fornito dallo stesso legislatore: e questo rimedio dev'essere tale da confermare la spiegazione, che, se *reus in excipiendo fit actor*, perchè ciò avvenga, è d'uopo che attore e convenuto siano posti sullo stesso piede di difesa procedurale, che l'uno non abbia nulla a temere e nulla a sperare dalla condotta dell'altro, che per l'uno o per l'altro artifizio non siano peggiorate le condizioni dell'una parte di fronte all'altra o menomate le condizioni di difesa in colui ch'è chiamato a pagare quello che moralmente non deve, ma che giuridicamente deve pagare per intiero in modo conforme alla domanda dell'attore.

E poichè qui ci troviamo in una vera contraddizione tra la morale e il diritto, non è fuor di luogo attenersi all'equità, ch'è qualche cosa di mezzo, appunto, tra la morale e il diritto. E per attenersi all'equità non vi è altro da fare fuorchè supporre che l'attore abbia agito da galantuomo (il che non ha fatto), e come uomo dabbene abbia pagato il suo de-

bito naturale prima di chiedere il pagamento del suo credito civile, o che abbia limitato l'azione per questo credito civile alla differenza tra il credito e il debito, o che non abbia agito nel caso che il credito e il debito si bilancino perfettamente. In questo caso, il convenuto attuale avrebbe conseguito lo stesso vantaggio che ora gli viene concesso accordandogli la compensazione del proprio credito col proprio debito: ebbene, appunto per mantenere questo equilibrio e perchè questo equilibrio si esplichi anche nei riguardi procedurali, è d'uopo che si ammetta la compensabilità dell'obbligazione naturale, derogando al principio che un interesse non azionabile non può neanche servir di base ad una eccezione. Questo principio, infatti, applicato discretamente e ragionevolmente, deve restar fermo soltanto fino a che e quando lo stato di diritto da esso creato non deve attribuirsi ad un fatto unilaterale di una delle parti e ad un fatto che non può essere approvato nell'ordine morale: perchè altrimenti il convenuto, alla sua posizione di doversi difendere, dovrebbe aggiungere la difficoltà di essere costretto (sia pure per un altro titolo) a pagare. Tutti comprendono che è cosa diversa il non esigere un credito naturale dal pagare un debito civile: maggiore essendo certamente il disagio di dover pagare del disagio di non potere esigere. La legge, negando l'azionabilità, rifiutò l'esigibilità attiva positiva, ossia l'azione per esigere, ma non l'esigibilità passiva negativa, ossia l'eccezione per pagar di meno.

Ora, che vi siano state delle buone ragioni nei diritti moderni per seguire il *summum ius*, ritenendo non compensabili le obbligazioni naturali, specialmente di fronte alla aumentata importanza della compensazione legale ossia *ipso iure*, è possibile: ma non è perciò detto che in diritto romano non si richiedesse qui il requisito specifico e più tecnicamente inteso dell'esigibilità, nè che quella gloriosa giurisprudenza non applicasse a proposito i criteri di equità ma desse vita unicamente ad un paradosso, che la scuola e la pratica del diritto comune si sarebbero incaricate poi di rendere più mostruoso. Questo sarebbe un apprezzamento poco giusto, e, secondo noi, poco corretto. Come anche è poco esatto far derivare tale conseguenza della non compensabilità dell'obbligazione naturale, dalla non esigibilità del relativo debito o della relativa prestazione, mentre più rettamente si può far derivare dai principî generali di procedura giudiziaria; essendo mostruoso (per regola generale) che un diritto sfornito di azione possa indirettamente realizzarsi a mezzo di eccezione. La inciviltà di una conseguenza di questo genere dovrebbe bastare da sè, quando i riguardi di equità tacessero, a rendere sfornita di eccezione un'obbligazione od una prestazione sfornita anche di azione. Ma non è lecito in buona regola di confondere in una stessa categoria la carenza d'azione delle obbligazioni naturali con le eccezioni dilatorie e con le perentorie, le quali ultime anzi suppongono la preesistenza dell'azione relativa che si tratta di perimere o dilazionare; e confondere la non azionabilità con le eccezioni, sol perchè l'una e le altre debbono produrre il medesimo effetto, non tanto giusta le disposizioni del vigente codice (che in proposito poteva essere più chiaro, tanto più avendo di fronte una tradizione contraria di diritto romano e di diritto comune), quanto per le decisioni d'una giurisprudenza ormai indiscussa e accettata da tutti.

47. Occorreva disciplinar meglio il tema delle dilazioni: e questo è stato fatto nell'art. 1288, disponendosi che quelle concesse gratuitamente dal creditore non siano di ostacolo alla compensazione. Ciò si dice presto: ma la difficoltà non è indifferente nell'applicazione pratica, dovendosi giudicare volta per volta in linea di fatto se la dilazione sia gratuita o no. Si possono nondimeno fissare alcune linee generali, per distinguere se una tale dilazione vi sia, o se, essendovi dilazione, questa non sia invece piuttosto onerosa ossia dotata di corrispettivo. Il termine, così detto, di grazia, non costituisce un'eccezione dilatoria tale che possa ostacolare l'applicarsi della compensazione: la l. 16, Dig., 16, 2, e 31, Dig., 42, 1, l'art. 1292 codice civile francese e l'art. 1288 codice civile non lasciano alcun dubbio in proposito. Peraltro il nostro codice non riconosce termini di grazia originanti da dilazioni concesse *ex aequitate iudicis;* perchè l'art. 1288 parla soltanto di dilazioni concesse gratuitamente dal creditore e non fa alcuna allusione agli art. 1173 e 1827 (i quali del resto non portano termini di grazia, ma termini di rigore desunti dalla interpretazione della volontà delle parti e dalle necessità contrattuali pratiche). E nulla trovasi nel nostro codice che sia diretto a violentare la volontà delle parti o del creditore, per obbligare questo alla concessione o al riconoscimento di termini di grazia ch'egli non si senta di potere accordare: anzi, pur quando il termine deriva da una convenzione tra le parti, si tratta d'interpretare la costoro volontà, per giudicare se il termine deve considerarsi o meno come termine di grazia. Può dirsi peraltro in via generale che, quando la dilazione ha un corrispettivo, essa non è più un termine di grazia, ma un vero termine di rigore che opera rispetto alla compensazione come se fosse stato opposto all'obbligazione primitiva ed opera nel senso di ostacolare la compensazione durante la sua pendenza ossia prima che (scadendo) maturi il debito o la prestazione. Può anche ritenersi che la dilazione concessa a titolo oneroso debba parificarsi a quella concessa per contratto: essendo indubitato che, quando la causa della dilazione è onerosa, il debitore, anche se non è intervenuto un vero e proprio contratto, ha acquistato il diritto a valersi del prolungamento di termine e lo ha acquistato mercè il corrispettivo da lui corrisposto appunto in cambio della ricevuta agevolazione. Nel caso nostro dunque non siamo in presenza di una dilazione graziosa, ma di una vera e propria dilazione che ha il suo corrispettivo e che il creditore ha concesso perchè vi trovava il suo proprio interesse: laonde non può il creditore stesso pretendere esigibile il proprio credito anche prima che scada il nuovo termine, ossia la dilazione da lui accordata nel suo stesso e nell'interesse del debitore. Nella proroga o dilazione accordata dal creditore al debitore si deve infatti riscontrare o una novazione vera e propria (cioè una nuova obbligazione che si sostituisce all'antica), oppure un patto aggiunto, una convenzione accessoria alla convenzione principale: la quale convenzione accessoria dev'essere osservata come la principale, talchè la proroga diventa una sola cosa col termine primitivo, vale a dire la concessione di un termine *ex novo* si ritiene come posta fin dapprincipio alla obbligazione che originariamente non avesse avuto termine di sorta.

Può dubitarsi sulla natura del termine prefisso dall'Autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 1165 codice civile, nel caso che una delle parti non soddisfaccia agli assunti impegni; per lo che il contratto non si ritiene sciolto di diritto agli effetti della condizione risolutiva sottintesa, ma la parte verso cui non fu eseguita l'obbligazione può domandare lo scioglimento del contratto e il giudice può subordinare questo scioglimento ad una dilazione secondo le circostanze, e,

in deroga al principio generale : *dies interpellat pro homine.* Ora, questa concessione di proroga al termine, che il giudice può di sua autorità concedere al convenuto in giudizio di scioglimento, anche all'infuori, anzi contro la volontà dell'attore, è desso un termine di grazia rimesso al buon arbitrio del giudice, od è invece un termine di rigore che ostacoli l'efficacia della compensazione? La questione è stata assai bene accennata dal Giorgi (1) in poche parole, osservando che questa proroga che il giudice può concedere è un prolungamento grazioso o d'indulgenza: e infatti è tanto un prolungamento d'indulgenza, che il giudice può anche rifiutarlo, se crede, come può concederlo anche malgrado la parte attrice. Se non fosse un prolungamento d'indulgenza, la parte attrice dovrebbe avervi il suo interesse, e per avervi il suo interesse dovrebbe ricevere un corrispettivo e fare una convenzione speciale coll'altra parte a questo riguardo; talchè egli a sua volta sia giuridicamente impegnato a mantenere questa specie di tregua nella realizzazione dei propri diritti. E questa tregua convenzionale vuol essere rispettata con ogni scrupolo anche agli effetti della compensazione; ma, quando invece la tregua è imposta dal giudice in forza del suo prudente arbitrio qui eccezionalmente contrapposto al principio giuridico *dies interpellat pro homine*, allora evidentemente la parte (trattandosi soprattutto anche d'una disposizione eccezionale che va intesa ristrettivamente) non può essere pregiudicata oltre di quanto esiga la legge, non vuol'esser turbata nella sua difesa di parte convenuta in giudizio, di parte che è costretta a tutti i mezzi leciti per non pagare. Dunque, nel caso di condizione risolutiva, noi abbiamo un termine di grazia che non impedisce la compensabilità del relativo credito cui quel termine si applica.

48. La ragione e il motivo ispiratore dell'art. 1288 sono dunque evidenti. Il creditore, accordando di suo beneplacito una dilazione al proprio convenuto, non intendeva di danneggiare siffattamente il suo patrimonio, da precludersi la via a opporre in compensazione il credito per il cui pagamento egli ebbe ad accordare dilazione. Non è infatti presumibile che egli fosse disposto a fare agevolazioni all'altro, per poi trovarsi a suo tempo nelle strette: *nemo liberalis nisi liberatus.* Questa è una ragione assolutamente giuridica, non di equità: e perciò è una regola fissa e obbligatoria pel giudice, dal cui prudente arbitrio non dipende l'applicare o meno la disposizione dell'art. 1288, la quale non ha altra missione da quella infuori d'interpretare la presumibile volontà del creditore, acciocchè alle dilazioni da esso accordate e a quelle ad esso imposte non si debba attribuire un significato diverso da quanto risulta e può dedursi dalla di lui intenzione suffragata dal suo interesse e a questo logicamente subordinata. Dunque l'esame della probabilità di questa o di altra intenzione da parte del creditore deve essere diretta appunto dalla ricerca dell'interesse del creditore stesso: talchè, se questi intese accordare la dilazione come corrispettivo di un altro vantaggio a lui recato, e se questo corrispettivo era atto a bilanciare il suo interesse patrimoniale, allora si deve ritenere la dilazione onerosa, la dilazione contrattuale, sottoposta necessariamente al divieto della compensazione. Se invece la dilazione stessa fu accordata senza corrispettivo, se fu una donazione, una beneficenza del creditore, o se a costui fu imposta dalla legge per ragioni di alta equità senza dargli un compenso per questo suo pregiudizio, allora indubbiamente si tratta di una dilazione graziosa o per volontà del creditore stesso o per volontà di legge; e, trattandosi di dilazione graziosa, il credito dilazionato rimane sempre atto alla compensazione e opponibile a liberazione totale o parziale di un debito, per cui dal beneficato mercè la dilazione sia stata messa in moto azione giudiziaria. Questi criteri, in teoria, sono di una semplicità straordinaria: in pratica non presentano difficoltà, purchè si fissino bene i fatti sui quali i criteri stessi debbonsi applicare, poichè certamente, se i fatti sono travisati o se si trascurano circostanze essenziali per correr dietro ad accessori privi di significato decisivo nella nostra questione, si corre rischio di prendere una risoluzione contraria al buon senso e ai sani principî giuridici, i quali per questo riguardo (come abbiamo visto) si concentrano tutti nella massima ragionevolissima che non si può esser largo del proprio come non siasi adempiuto ai propri impegni contrattuali.

E qui non sarebbe del tutto inopportuna la domanda se sia lecita e ammessa la convenzione, per la quale il creditore, pure accordando una dilazione onerosa, si riserba il diritto di opporre in compensazione al proprio debitore il credito ch'è oggetto della dilazione, prima che questa venga a scadere; e se sia ammessa, a parte la convenzione bilaterale, una semplice promessa del creditore stesso condizionata in questo senso. Quanto ad una convenzione in cui la dilazione sia tra le parti subordinata alla piena e completa riserva del diritto di opporre in compensazione il credito dilazionato, è chiaro che in questo caso la riserva della compensazione, sola o unita ad altri beneficî, costituisce evidentemente un corrispettivo della proroga stessa: e questo corrispettivo non farebbe che consolidare viemmeglio il principio della esigibilità cui l'art. 1288 ha voluto fare una ristrettissima eccezione. Liberissime dunque le parti di consentire in questo senso. Che se il solo creditore ha promesso di *motu proprio* la dilazione, purchè a questa dilazione sia dato, solo o unito ad altri vantaggi, il corrispettivo di conservare il diritto alla compensazione, allora effetto pratico ne sarà che l'azione del debitore contro il creditore per un credito di natura diversa sarà ritardata per timore che il creditore, chiamato dal suo debitore in giudizio per la soddisfazione di una prestazione da lui dovuta, abbia a servirsi della compensazione. E anche allora la misura e la temibilità delle ragioni reciproche potrà essere la guida alla soluzione degli interessi contrapposti, nel senso che primo agirà quegli che farà un maggiore assegnamento sulla liquidità e sulla entità del suo credito, e, dopo, l'altro che non potrà contarvi se non in proporzioni minori. Anzi più spesso accadrà che il creditore di somma minore, quante volte sia sicuro di trovar solvibile il suo debitore e sia deciso di usare tutti i mezzi per non pagare alla sua volta, agirà senza aspettare che gli sia dato di contrapporre il suo credito in via di compensazione: nel qual caso una dilazione onerosa o gratuita non gli gioverebbe per nulla, e, accordatagli graziosamente, potrebbe anche essere da lui disprezzata, per non dar tempo al controcredito di maturarsi e di essergli quindi ritorto in compensazione.

A sua volta, il creditore di somma maggiore, se garantito sufficientemente, non accorderà dilazioni per non sottoporsi oltre alla dilazione necessaria dell'art. 1165 ad un'altra dilazione che nessuno gl'impone: a meno che un considerevole corrispettivo non lo compensi della temporanea perdita

(1) Op. cit., vol. VIII, § 17.

vuoi dell'azione vuoi dell'eccezione. Quindi è che in ogni caso il giudice deve esser prevenuto contro le dilazioni apparentemente graziose, le quali, sebbene a prima vista sembrino fatte a scopo e a titolo gratuito, tuttavolta non di rado possono racchiudere un corrispettivo oneroso, magari mercè un contratto distinto e un'apposita separata convenzione; poichè in questo caso, riuscendo abilmente a dissimulare il corrispettivo, colui che finge di concedere gratuitamente la dilazione non solo si varrebbe del corrispettivo stesso, ma anche conserverebbe il diritto di opporre il suo credito in compensazione. Allora l'altra parte cui si vuole contrapporre dal convenuto la compensazione potrà presentare il suo titolo, il suo documento per provare che effettivamente la dilazione fu onerosa e che quindi non è il caso d'invocare l'art. 1288 codice civile e di chiedere l'applicazione della compensazione sotto colore che la dilazione stessa abbia avuto luogo gratuitamente.

49. Ma è tempo di esaminare la portata della compensazione riguardo alla causa: e vi provvide l'art. 1289 con una regola generale e con quattro eccezioni. La regola generale è che la compensazione ha luogo qualunque siano le cause dell'uno o dell'altro debito.

Prescindendo dall'illustrazione del principio generale dell'ammissibilità nei diritti moderni della compensazione *ex omnibus causis, etiam disparibus*, qui non ci rimane di occuparci che delle eccezioni.

Quando si tratta della domanda per la restituzione della cosa di cui il proprietario fu ingiustamente spogliato, non è ammissibile la compensazione, per la nota massima di diritto che: *spoliatus ante omnia restituendus*. Questa massima, di alta morale giuridica, si sovrappone e trionfa sulla considerazione del dolo e sulle preoccupazioni relative all'economia de' giudizi e alla legge del minimo mezzo applicata nei rapporti procedurali. Ma, appunto perchè nel caso delle azioni di spoglio, di cui è parola nel n. 1° dell'articolo 1289, e nel caso delle azioni per la restituzione del deposito e del comodàto di cui nel n. 2° del detto articolo, i principî generali sulla compensabilità dei debiti omogenei e sulla non compensabilità dei debiti di corpo certo e determinato sarebbero bastati di per sè a fermar l'eccezione senza bisogno di apposite disposizioni; il Giorgi (1) censura come superfluo quanto all'oggetto espressamente fu disposto nella legge 10, § 2, Dig., 16, 2, nell'art. 1293 codice napoleonico e 1289 codice nostro. Per verità, il fr. citato del Digesto non solo non eccettua dalla compensazione le *actiones ex maleficio* ed *ex causa furtiva* e le *conditiones* per la causa stessa, nonchè le azioni *ex causa noxali*, ma per l'opposto le ammette compensabili espressamente.

Quanto poi all'azione di deposito, il § 30, Instit., lib. IV, tit. VI, eccettua con queste parole l'azione di deposito dalla compensazione: *excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur*. Dunque la sola azione di deposito era eccettuata per diritto romano dalla compensazione, non già l'azione di spoglio e di restituzione della cosa tolta allo spogliato; poichè in questo caso non si teneva fermo il principio *spoliatus ante omnia restituendus*, ma vi si derogava per ragioni che, quantunque noi possiamo andare in contrario avviso, i giureconsulti romani evidentemente ritennero sufficienti e plausibili. Di fronte pertanto ad una giurisprudenza romana che non escludeva l'azione di spoglio e di restituzione dalla compensabilità, sembra a noi che molto opportunamente, a scanso d'equivoci e per non generare una vana logomachia di principî generali, il legislatore francese e il nostro abbiano voluto espressamente consacrare in una speciale disposizione l'eccezione relativa all'azione di spoglio e di restituzione. Probabile spiegazione di questo cambiamento di legislazione può domandarsi al diverso sistema penale e alla perfezione del concetto della imputabilità su cui il diritto penale moderno si basa, a differenza dell'antico; per lo che, essendo il furto e lo spoglio doloso oggi un reato di azione pubblica, il diritto privato esso stesso, nel sistema delle restituzioni, doveva risentire di questo nuovo indirizzo nell'interesse della pubblica moralità e dell'ordine pubblico.

50. Resta a parlare dell'opportunità, o meno, dell'eccezione relativa al deposito e contenuta nel n. 2 dell'articolo in esame, a perfetta imitazione di quanto si trova nel loc. cit. delle Instit. giustinianee. Ma fortunatamente qui le difficoltà sono minori: poichè, se si tratta di deposito, può sorgere potentissimo il dubbio sulla compensabilità della cosa depositata con una cosa omogenea. Il depositario di denaro infatti può a sua volta esser creditore di denaro verso il deponente; il depositario di grano può esser creditore di grano, e così via dicendo per le altre derrate e per tutte le cose che sono suscettibili di deposito. È dunque veramente sbalorditorio che si voglia mettere in dubbio l'opportunità di escludere espressamente la compensazione quanto al deposito; tanto che, se non si fosse fatta espressamente questa esclusione, vuoi in diritto romano, vuoi in diritto nostro, si sarebbero avuti non uno ma mille e mille casi frequentissimi di compensazione tra la cosa depositata e una cosa omogenea alla depositata, liquida ed esigibile anche da suo canto. Chi ha detto che nel caso di deposito debba venir meno sempre, necessariamente, il requisito della omogeneità, quando il depositario è ad un tempo creditore della identica specie di cose? Ben dunque fecero le Istituzioni giustinianee a insistere su questo punto motivando anche la ragione della eccezione nella empietà (*satis impium esse credidimus*, che con una terminologia più giuridica potrebbe suonare invece *satis incivile esse credidimus*) di un pretesto inteso a defraudare il depositante dell'azione per la restituzione di cose sue.

Il n. 2° dell'art. 1287 codice civile eccettua dalla compensazione anche la cosa formante oggetto del comodato. Il comodato o prestito ad uso (dice l'art. 1805 codice civile) è un contratto per cui una delle parti consegna all'altra una cosa, affinchè se ne serva per un tempo od uso determinato, coll'obbligo di restituire la cosa stessa ricevuta. Ora, dato quest'obbligo di restituire la cosa stessa ricevuta, a voler interpretare la legge letteralmente, l'eccezione della cosa comodata dalle cose opponibili in compensazione risulterebbe di una chiarezza evidente. Ma anche l'art. 1848 dispone, quanto al depositario, ch'egli debba restituire l'identica cosa che ha ricevuta (salvi i depositi in denaro per cui è tenuto soltanto nell'identità della specie); e pur tuttavia noi non vi abbiamo trovato un ostacolo per la compensabilità, nè ve lo trovarono i compilatori delle Istituzioni, i quali per negare la compensazione ricorsero a ben altro motivo, come si è detto. Infatti basta risalire alla ragione di queste disposizioni che concernono l'identità della cosa, per persua-

(1) Op. cit., vol. VIII, § 440.

dersi che esse non intendono stabilire per la causa del deposito o del comodato un privilegio qualsiasi di fronte alla compensazione, poichè tendono unicamente a salvaguardare i legittimi interessi del proprietario della cosa deposta o comodata di fronte al dolo eventuale del depositario o del comodatario, i quali non debbono sotto alcun pretesto rifiutarsi alla restituzione della cosa detenuta o posseduta, per la nota massima che *nemo causam possessionis sibi immutare potest*. Il possessore dunque o detentore a titolo di deposito o di comodato non può in un bel momento lusingarsi di avere comunque o possedere la cosa a titolo di proprietà; egli commetterebbe una vera appropriazione indebita, poichè sulla cosa datagli unicamente a custodire o ad usare egli verrebbe ad arrogarsi l'*ius utendi fruendi* come se ne fosse il proprietario, con danno e scapito del vero proprietario. Questa è la nota comune del deposito e del comodato: che il deponente o il comodante non perdono la proprietà della cosa comodata, nè il depositario o il comodatario quella proprietà acquistano. Vero è bene che tra deposito e comodato vi è una differenza sostanziale: il deposito cioè è fatto nell'interesse del deponente, il comodato nell'interesse diretto del comodatario. Ma ciò appunto prova che, se il dubbio sull'ammissibilità in compensazione era possibile per la cosa depositata, tantochè senza la disposizione apposita dell'art. 1289 i principî generali di diritto non sarebbero sufficienti a risolvere la questione, molto più doveva esserlo ancora per la cosa comodata, inquantochè i contratto di comodato è fatto soprattutto e direttamente (come dicemmo) in vantaggio del comodatario, almeno per quanto riguarda l'uso della cosa che del comodato stesso forma l'oggetto. Ed essendovi nel comodato un vantaggio pel comodatario quale non v'è nel depositario pel deposito, ragion vuole che le agevolazioni fatte al comodatario stesso siano minori di quelle fatte al depositario; o che, per lo meno e di fronte alla compensazione, il depositario dal suo canto non si trovi in condizioni migliori del comodatario. Se il depositario dunque non compensa tra la cosa depositata e il suo credito personale verso il depositante, *a fortiori* il comodatario non può e non deve compensare tra la cosa comodata e il suo credito personale verso il comodante: altrimenti non vi sarebbe logica, non vi sarebbe buon senso.

Però si domanda: le difficoltà desunte dagli art. 1805 e 1848, i quali impongono la restituzione della stessa cosa che fu depositata o comodata, sono desse tali e talmente invincibili da escludere che si possa parlare di compensazione? Se si deve restituire la stessa identica cosa, non se ne può evidentemente restituire una diversa: e qui non vi è dubbio di sorta. Conviene piuttosto vedere se per la compensazione si restituisca qualche cosa; e se, restituendosi qualche cosa, la cosa restituita sia diversa dalla depositata o dalla comodata. Non concorrendo entrambe queste condizioni si dovrebbe ritenere senz'altro l'esclusione dalla compensazione del deposito e del comodato senza bisogno d'una disposizione apposita, ma come semplice conseguenza della natura e del modo di funzionare di quegli istituti. Verificandosi entrambe le condizioni, invece, è chiaro che mancano gli estremi elementari per la compensazione e che non vi sarebbe d'uopo quindi d'una disposizione apposita per escludere dalla compensazione il deposito e il comodato. Or dunque, a nostro modo di vedere, la compensazione non può dirsi una vera e propria restituzione, perchè restituzione significa consegna della stessa cosa avuta alla stessa persona che prima possedette la cosa stessa. Ed è evidente inoltre che, quando bastano i requisiti di specie e non si richiedono i requisiti d'identità, non si può parlare menomamente di restituzione. Che del resto nella compensazione non si domandino requisiti d'identità tra le cose compensate non v'è duopo dimostrarlo, perchè la duplicità degli oggetti della compensazione stessa n'è la prova più naturale. Il dubbio potrebbe sorgere sdoppiando, come noi abbiamo proposto, la compensazione in due confusioni: l'una nella persona dell'attore e l'altra nella persona del convenuto. Ma questo sdoppiamento fu da noi proposto non perchè l'istituto unico della compensazione veramente sia suscettibile in pratica di presentarsi a questo modo, ma per dimostrare che tra confusione e compensazione non vi è poi un abisso, specialmente di fronte all'istituto come fu disciplinato nel nostro codice civile. Che però si debba l'istituto della compensazione considerare come una duplice confusione non solo per i suoi effetti e pel suo funzionamento, ma anche di fronte all'oggetto, non sembra nè esatto nè ammissibile: l'oggetto non ne può essere difatti che unico, sebbene costituito da due cose congiunte tra loro in un dato rapporto giuridico. Ma poi, o che si prenda la compensazione, o che si prenda la confusione, manca assolutamente il fatto e il diritto della restituzione: quel concetto che domina sovrano invece nel mutuo e nel comodato. Nella restituzione non si compensa, nella compensazione non si restituisce: la restituzione è figlia di un diritto unilaterale cui si contrappone un obbligo pure unilaterale; la compensazione è figlia di due diritti e di due obblighi reciproci che si contrappongono per virtù di legge con reciproci effetti estintivi. Dunque non è affatto il caso d'impaurirsi per il linguaggio degli art. 1808 e 1848 cod. civ., i quali non possono applicarsi al caso della compensazione.

Nè la cosa depositata o comodata è talmente vincolata alla restituzione da non potersi opporre in compensazione, quando concorrano i prescritti requisiti di specie: perocchè la restituzione è ordinata allo scopo di far rientrare nel patrimonio del depositante o comodante la cosa stessa acciocchè quel patrimonio non abbia a risentire altra diminuzione o altro svantaggio da quello infuori della temporanea privazione del possesso e dell'uso della cosa stessa depositata o comodata. Orbene, per la compensazione questo scopo non sarebbe certamente frustrato; poichè il patrimonio del depositante o comodante sarebbe reintegrato della temporanea indisponibilità di cosa appartenentegli con la liberazione di altrettanta quantità della stessa cosa ch'egli deve avere dal depositario o comodatario.

E, poichè la compensazione è una specie di liberazione o di estinzione delle obbligazioni, è chiaro che questo effetto liberatorio, nel patrimonio del depositante o del comodante, corrisponde perfettamente a una vera e propria restituzione operata in esso: poichè un patrimonio ha lo stesso valore, o che sia liberato da un debito liquido ed esigibile, o che sia ingrossato di una somma corrispondente a quel debito il quale rimanga tuttavia inestinto. Dunque, a pari liquidità ed esigibilità tanto del debito soddisfatto quanto del credito introitato, finanziariamente ed economicamente un patrimonio resta sempre aumentato di quella data somma, dato che la somma dell'esito liberatorio sia eguale a quella dell'introito lucrativo. Poichè dunque l'operazione della compensazione produrrebbe gli stessi effetti patrimoniali della effettuata restituzione della cosa depositata o comodata, non si vede il motivo per cui possa ritenersi o dubitarsi che la cosa depositata o comodata, senza un'espressa e speciale disposizione proibitiva della legge, non dovesse essere suscet

tibile di compensazione, e non dovesse esserla per la natura stessa del contratto di deposito o di comodato e per la restituzione, resa obbligatoria, della cosa depositata o comodata. Noi non vi troveremmo nessuna incompatibilità nè contraddizione giuridica.

51. Il n. 3° dell'art. 1289 eccettua dalla compensazione i debiti alimentari non soggetti a sequestro. Evidentemente, le stesse ragioni che hanno consigliato di sottrarre questi debiti al sequestro valgono anche per sottrarli alla compensazione: e queste ragioni si riassumono tutte in uno speciale riguardo all'urgenza e necessità della causa alimentare, per cui non è ammissibile che atti di procedimento intralcino la realizzazione di un credito avente per oggetto di provvedere al proprio sostentamento. Il creditore per causa non alimentare, prima di entrare col suo debitore nel rapporto onde poi originò il credito, deve pensare ai possibili impegni per causa di alimenti, ai quali egli per l'avvenire può eventualmente trovarsi esposto verso il suo contraente, dappoichè la massima *curiosus esse debet conditionis eius cum quo contrahit* deve riferirsi non pure allo stato patrimoniale attuale, ossia allo stato dei diritti, debiti e crediti di lui al momento in cui interviene il contratto, ma anche allo stato patrimoniale futuro in cui può il suo contraente trovarsi da un giorno all'altro per effetto di circostanze probabili, tanto più se da queste circostanze e da quello stato possano sorgere un giorno rapporti reciproci di prestazioni alimentari. La legge non prepara tranelli nè insidie: quando si contratta con un parente che abbia diritto agli alimenti, bisogna esser preparati anche a ciò, che un giorno a questo parente non si possa trattenere la prestazione alimentare per compensare un debito ch'egli ha verso di noi. La legge intende e giustamente (nè sofisma possibile basta a sviare da questo punto la ragione della legge) a favorire la causa degli alimenti, perchè le regole dell'umanità e della filantropia lo esigono, perchè è necessario che tra parenti si stabilisca un obbligo reciproco di alimenti, acciocchè la voce del sangue trovi un'eco necessaria quante volte non parli spontanea nel petto degli uomini. Quando le agiatezze non fossero rivolte al sostentamento dei propri parenti bisognosi, se ne potrebbe fare un uso soltanto peggiore: e poi il diritto del sangue, bandito nei rapporti *inter vivos,* non avrebbe ragione di manifestarsi nei rapporti *mortis causa.* Affermato una volta questo diritto del sangue, non si può respingere tra' vivi nè si può menomare oltre i limiti dello stretto necessario, quando la legge lo afferma e lo tutela solennemente.

Il divieto della compensazione di un debito alimentare è dunque soggetto alle stesse regole che disciplinano il sequestro e il pignoramento (art. 930 e 592 codice procedura civile), in quanto l'uno e l'altro non sono ammessi per gli alimenti in genere, e per i crediti alimentari in ispecie sono ammessi solo col permesso dell'Autorità giudiziaria e nei limiti da essa fissati. Nè si potrebbe seguire in proposito una linea di condotta diversa da quella fissata dal n. 3 dell'art. 1289; poichè il legislatore senza dubbio, col dire che sono eccettuati dalla compensazione quei debiti che derivino da alimenti dichiarati non soggetti a sequestro (e perciò a pignoramento) ha inteso senza dubbio non parlare già *demonstrationis gratia* e quasi per paragonare il divieto di compensabilità col divieto di sequestro; ma ha inteso proprio determinare una norma fissa, disciplinando appunto il divieto eccezionale della compensazione pei crediti alimentari in modo analogo al divieto del sequestro e regolare l'uno e l'altro divieto colle stesse identiche norme di diritto e di fatto. Tuttociò si dice peraltro soltanto relativamente ai debiti alimentari, perchè a questi e non ad altri si riferisce l'eccezione espressamente sanzionata nel n. 3 dell'art. 1289. Il dire invece che tutte le cose non pignorabili e quindi non sequestrabili non possono essere sottoposte neppure a compensazione è un voler dire più di quanto la legge ha voluto sanzionare nell'articolo in oggetto: poichè la legge, ponendo delle eccezioni (da interpretarsi, s'intende, in modo assolutamente ristrettivo), poteva porre l'eccezione generale consistente nel dichiarare non compensabili tutti i debiti non pignorabili. Invece ha parlato soltanto dei debiti per alimenti, intendendo di restringere a questi e non di estendere a tutti i casi della non pignorabilità l'eccezione alla regola generale dei crediti contrapposti, della stessa specie. Non si può dire che un'estensione di questo genere dal caso degli alimenti a tutti i casi di debiti non sequestrabili sia effetto d'interpretazione sana e rispondente ai veri criteri del legislatore nel porre l'eccezione per gli alimenti soltanto. Non si tratterebbe di ragione identica, di regola maggiore comprensiva della regola minore, d'identità mera e di semplice motivo giuridico: ma si tratterebbe più propriamente d'interpretazione estensiva, là dove le sane regole d'ermeneutica consigliano anzi impongono un'interpretazione ristrettiva, come sempre in materia di eccezioni ad una regola generale. Nè vale il dire che la compensazione essendo una specie di pagamento coattivo, tutte le volte che è vietato il pagamento, debba anche essere vietata la compensazione: poichè, a proposito di quest'analogia, noi abbiamo ripetutamente fissato che la compensazione non è già una specie di pagamento, ma soltanto è fatta *ad instar solutionis,* pur conservando la sua fisionomia autonoma e distinta d'istituto giuridico a sè stante, avente un organismo speciale ed autonomo ed obbediente a leggi speciali d'indole e d'applicazione tutta propria. Tra la compensazione e il pagamento vi sono invece delle differenze sostanziali, e tra queste ve n'ha una d'indole essenzialmente pratica: che cioè la compensazione, ordinata soprattutto per le leggi economiche dei giudizi e per impedire che una delle parti si faccia prima pagare per defraudare poi l'altra di quanto a questa deve, risparmia all'una e all'altra delle parti il disagio materiale di trovare del danaro e di effettuare manualmente il pagamento. Invece diversa è la cosa quando un debito o un credito si compensa con l'altro debito o con l'altro credito: in tal caso nessuna delle parti si prende il fastidio di operare materialmente il pagamento nelle mani dell'altra, ma entrambe le parti stesse restano egualmente liberate dal debito rispettivo e si soddisfano egualmente entrambe del credito corrispondente, col minimo disagio per i loro patrimoni e col minimo mezzo giudiziario, ossia risparmiando il più possibilmente nella procedura giudiziaria. Ora queste ragioni che hanno persuaso il legislatore a introdurre la compensazione possono condurre anche a rendere compensabili i debiti non pignorabili, tolti quelli per alimenti in considerazione delle speciali ragioni umanitarie di cui sopra si è tenuto discorso e sulle quali è superfluo diffondersi.

52. Il n. 4° dell'art. 1289 eccettua dalla compensazione il debito quando il debitore ha preventivamente rinunziato alla compensazione. E per vero, se non altro, la rinunzia all'invocazione della compensazione può considerarsi come un atto di donazione: per la qual cosa non vi è contrarietà alcuna, essendo lecito a tutti di donare la cosa propria. Certamente, quando il debitore rinunzia ad opporre la compen-

sazione di un proprio debito, egli deve avere un corrispettivo per questa sua donazione o rinunzia: ed egli stesso curerà senza dubbio di farsi comunque rivalere per questa sua diminuzione di patrimonio, giacchè evidentemente un debito sfornito di attitudine ad essere contrapposto in compensazione è un debito depreziato nel mercato. E la rinunzia, come donazione, può tanto precedere come susseguire il momento in cui il debito vale a spiegare i suoi effetti legittimamente per la compensazione; poichè in un senso piuttostochè nell'altro non vi è prescrizione alcuna nella legge. Resta però a vedere quando la rinunzia si possa indurre come sottintesa dalle parti, le quali indirettamente e con altri mezzi abbiano potuto dimostrare a chiare note l'intenzione loro di non volersi giovare delle facoltà di compensare che esse altrimenti (se non avessero cioè rinunziato) avrebbero certamente avuto: poichè fuor d'ogni dubbio non è ammissibile rinunziare alla compensazione se non quando il debito è compensabile, altrimenti si rinunzierebbe ad una facoltà che non si ha, si avrebbe una rinunzia insignificante e del tutto priva di effetto. I casi nei quali si può ritenere che la parte interessata abbia manifestato la chiara volontà di rinunziare possono essere infiniti: il Giorgi tuttavia (1) ne cita taluni di maggiore importanza.

Così prima della resa e dell'approvazione del conto non vi è nè debito, nè credito dell'amministratore verso l'amministrato, e perciò l'amministratore rinunzia a compensare le partite del dare con quelle dell'avere fino alla resa del conto. Lo stesso accade nel conto corrente sino alla liquidazione definitiva di esso, ossia fino a che non ne scade la durata. Coloro che sottoscrivono cambiali o titoli all'ordine, ovvero emettono titoli al portatore, rinunziano implicitamente alla compensazione dei crediti proprî verso tutti coloro i quali non siano gli ultimi possessori dei titoli, e anche verso di questi non possono compensare comunque, ma sono soggetti a certe restrizioni speciali determinate dalla legge (articolo 324, alinea, codice di commercio), quando si tratta di opporre in compensazione un debito personale. L'art. 324 del vigente codice di commercio, infatti, dice che nei giudizi cambiari, ancorchè promossi mediante citazione, il debitore non può opporre che le eccezioni riguardanti la forma del titolo o la mancanza delle condizioni necessarie all'esercizio dell'azione e le eccezioni personali a colui che quest'azione cambiaria esercita. In altri termini, il debitore può opporre le eccezioni personali di cui è fornito colui che esercita l'azione cambiaria: e tra queste eccezioni personali vi è anche indubbiamente l'eccezione di compensazione, che il debitore può opporre soltanto se questa eccezione concerne un debito personale che abbia l'attore verso colui che è chiamato da lui in giudizio cambiario. Ciò significa appunto che nei giudizi cambiari, come nei giudizi civili, resta ferma sempre la regola generale fissata dall'art. 1285 codice civile; che cioè la compensazione sia ammissibile soltanto quando due sono debitori l'uno dell'altro: essendo evidente che, se l'attore e il convenuto anche nello speciale giudizio cambiario non siano debitori l'uno dell'altro, la compensazione non può operare nei loro rapporti sol perchè si alleghi un debito dei giranti che precedono l'ultimo di essi convenuto dal creditore in giudizio di pagamento. Il Giorgi ritiene che, trattandosi di titoli al portatore, sia impegnato verso il creditore l'ultimo girante e il girante appunto, sottoponendosi alle eventualità della girata, implicitamente debba essere preparato ad accettare ogni eccezione personale e quindi anche l'eccezione di compensazione per un debito proprio, che da quest'ultimo girante venga a lui contrapposta nel giudizio di pagamento: ma che nel tempo stesso abbia diritto di respingere qualsiasi eccezione di compensazione come qualsiasi azione personale che dal convenuto stesso gli venga contrapposta mutuandola quasi dai precedenti giranti della cambiale. Altrimenti, la compensazione non avrebbe per oggetto un debito personale a chi la oppone ma un debito, quantunque originato dalla stessa causa, tuttavia non personale a chi lo oppone.

Il Vidari (2) propone i due quesiti, se la eccezione di compensazione possa essere opposta anche dal trattario che non abbia accettato, e se la compensazione di diritto possa operarsi tra un debito civile e un debito commerciale. Quanto a quest'ultimo quesito, noi abbiamo osservato che il codice civile non esige che i debiti siano entrambi di natura civile o entrambi di natura commerciale; e lo stesso ritiene il Vidari, quantunque per l'ammissione d'una compensazione siffatta rimanga più avvantaggiato il debitore civile di fronte al debitore commerciale. Sul primo quesito vi è ragione di decidere che non avendosi un debito reciproco tra il trattario e il possessore della cambiale, non è ammessa la compensazione tra l'uno e l'altro debito e il possessore ha sempre diritto di protestare la cambiale stessa e di agire in regresso contro gli altri condebitori cambiari, anche se il trattario invochi la compensazione. Questa risoluzione non è punto contrastata dal diritto che si dà al trattario di pagare quando vuole la cambiale tratta su di lui, malgrado il rifiuto di accettazione: nè dall'obbligo che al possessore stesso della cambiale è fatto di interpellare esso trattario perchè paghi alla scadenza, allo scopo di conservarsi impregiudicato il diritto di regresso per il caso di mancato pagamento. Questo diritto e questo obbligo sono infatti effetto necessario del contratto cambiario, poichè rendono possibili ed agevolano i rapporti cambiari nell'interesse del commercio, ma non si può dire che conducano implicitamente all'attuarsi della compensazione contro le norme precise fissate dal codice civile; le quali debbono restar ferme quando direttamente o indirettamente, per volontà di parti o per virtù di legge, non vi sia derogato. È dunque giusto ritenere che in questo caso non possa attuarsi la compensazione: nè può dolersene il possessore o il trattario non accettante, i quali, entrando in rapporti cambiari tra loro, avevano dovuto senza dubbio riflettere che si sarebbero potuti trovare in tale eventualità, da non potere tra di essi dar vita ad un rapporto compensativo, ostandovi i principî sanciti in via generale dal codice civile vigente e non ripudiati punto dal codice di commercio.

Tra gli esempi di rinunzia a valersi della compensazione il Giorgi (loc. cit.) adduce anche quello del trattario di una lettera di cambio, il quale, accettando una provvista di fondi per pagarla, rinunzia a compensarne il debito con altri crediti verso il traente; e così quello di chi entra in società con obbligo di conferirvi un certo contributo (poichè il contributo si deve effettivamente versare quantunque più tardi e prima del totale versamento del contributo stesso sorgano

(1) Op. cit., vol. VIII, § 47.
(2) *Corso di diritto commerciale*, 3ª ed., vol. VII, §§ 7368 e 7369; Milano, Hoepli, 1892.

dei rapporti di credito fra il socio contribuente e la società), e quello altresì di chi contrae un debito col suo debitore, quando già esisteva un credito da compensare. Colui infatti che entrando in una società si obbliga ad un versamento per la causa sociale, deve versare e nell'interesse della società (che è diverso dal suo interesse) e nell'interesse del pubblico in genere e del commercio in ispecie, acciocchè siano garantite le operazioni che la società va ad assumere nei rapporti suoi coi terzi in genere e coi terzi commercianti in ispecie. Ma di questo argomento si è trattato ad esuberanza nel commento all'art. 1285. Però vuolsi notare che tutti questi esempi (tranne quello di debito contratto col proprio debitore quando esisteva già un credito atto alla compensazione e opponibile in compensazione al debito che si contrae e di cui ci si dichiara responsabili verso il debitore stesso) possono interpretarsi non come rinunzie preventive, ma come casi nei quali non si verificano le condizioni essenziali di reciprocità o di esigibilità volute dalla legge. Infatti, secondo le buone regole di diritto, non potrebbe essere ammessa la rinunzia se non a un diritto che si ha e che è entrato veramente nel nostro patrimonio: mentre e nel caso di amministrazione degli affari altrui, e nel contratto di conto corrente, e nel contratto cambiario, e nel contratto sociale il diritto a opporre la compensazione non è mai sorto e non può sorgere per difetto di compensabilità: e, non potendo sorgere nè sorgendo il diritto, non si dovrebbe ritenere potervisi in qualche modo rinunziare. Il concetto della rinunzia si presenta dunque, in pratica, nè più nè meno che come traduzione del concetto di carenza d'azione: ma è una traduzione che non rende bene, anzi falsa e guasta la natura caratteristica degli istituti ai quali si riferisce. Però, quando la legge espressamente (al n. 4 dell'art. 1289) consacra questa espressione inesatta della rinunzia preventiva, non è lecito all'interprete di dubitare sulla possibilità di dare e riconoscere gli effetti della rinunzia anche all'ipotesi, in cui, giusta i sani principî del diritto, non di rinunzia si potrebbe propriamente parlare ma d'inesistenza delle condizioni necessarie ad opporre la compensazione.

53. Quanto alla vera rinunzia, ossia alla rinunzia posteriore, anch'essa, quando non è espressa, può dedursi da circostanze o fatti, i quali, caso per caso, contribuiscano ad ingenerare la convinzione che chi poteva opporre la compensazione vi rinunziò o gratuitamente od onerosamente, cioè verso un corrispettivo. La concessione d'una proroga, il silenzio nel momento decisivo in cui sarebbe il caso di valersi della compensazione, il pagamento e l'accettazione della cessione: questi tutti sono fatti importantissimi, positivi e negativi, atti a dimostrare la rinunzia a compensare.

D'altra parte la domanda del pagamento di un credito non implica rinunzia alla compensazione di un debito; anzi può tendere al riconoscimento di quel credito per poterlo opporre più agevolmente in compensazione del debito stesso. Così il pagamento parziale di un debito non porta rinunzia alla compensazione del debito residuale; nè il ricevere passivamente la notifica di un proprio debito già compensato *ope legis* con un credito verso il cedente significa rinunziare ad opporre eventualmente una tale compensazione al cessionario. Questi fatti non hanno il potere di far supporre una rinuncia, per la semplice ragione che non hanno univocità di significato per l'interprete, almeno quando non concorrano degli amminnicoli validi per darvi una spiegazione piuttostochè un'altra: talchè volta per volta è necessario esaminare le circostanze tutte del fatto e i varî dati giuridici che da queste circostanze possono desumersi. Restano sempre però la concessione di proroga, il silenzio, il pagamento e l'accettazione della cessione. La concessione di una proroga, reciprocamente, tra creditore e debitore dimostra che le parti non ritennero nè totalmente nè parzialmente i debiti estinti; altrimenti per essi o per la parte di essi da considerarsi come estinta non si potrebbe accordare una proroga: ciò che non esiste non produce effetti nè immediati nè a scadenza protratta. E poichè le parti non ritennero estinti i loro rapporti obbligatori reciproci, evidentemente esse non credettero di poter applicare tra di loro la compensazione, la quale vedemmo essere per certo un mezzo estintivo delle obbligazioni.

Però, siccome la compensazione è avvenuta per ministero di legge all'infuori della volontà dell'uomo, deve ritenersi che quella sia avvenuta, ma che le parti abbiano rinunziato a valersi degli effetti della medesima. La soluzione in questo caso della proroga è evidentissima: meno evidente, anzi difficilissima, è nel caso del silenzio, il quale talora può essere significativo di rinunzia, tale altra può essere indifferente; dappoichè la compensazione si può opporre in qualsiasi stadio e grado della causa, anche *in executivis*.

Prima dunque del periodo esecutivo non è lecito interpretare il silenzio della parte interessata a opporre la compensazione come rinunzia implicita a valersene; appunto perchè la compensazione, essendo *ad instar solutionis*, può essere dedotta allo scopo di eseguire una sentenza di condanna e non già di sottrarvisi, come può anche dedursi dalla l. 2, Cod., 4, 31 e dalla l. 16, Dig., 16, 2.

Il silenzio *in executivis* però s'identifica col fatto positivo del pagare, come ritiene il Giorgi? A noi sembra che questo silenzio, sebbene confini col pagamento e cessi al verificarsi di questo, mantenga sempre il suo carattere di fatto negativo che può interpretarsi come rinunzia implicita alla compensazione. La legge esige che non si possano compensare se non debiti liquidi ed esigibili; ma, una volta che i due debiti sono divenuti tali, è ammessa la compensazione tra di loro fino a che essi sussistono, fino a che hanno vita giuridicamente, non essendovi alcun termine fissato agli interessati per opporre la compensazione. Come dunque questa si può opporre in un punto, in un momento qualsiasi del periodo che corre dalla contrapposizione giuridica dei due debiti alla effettiva estinzione di uno di essi, così in un momento qualsiasi dello stesso periodo può l'interessato rinunziarvi con un silenzio eloquente. Estinto uno dei due debiti per mezzo di pagamento, senza dubbio sarebbe assurdo evocare una compensazione operatasi *ope legis*, ma alla quale si è implicitamente rinunziato; nè, per essersi fatto un pagamento che poteva non farsi, è lecito ripetere come indebito il pagato, agli effetti della compensazione. Ma questo silenzio dev'essere un silenzio illuminato, un silenzio cosciente, perchè non sia ammesso tornare sopra il pagamento fatto, chiedere la restituzione del mal pagato, e ricorrere quindi alla compensazione del debito erroneamente pagato con un credito contrapposto già a quello di cui si operò il pagamento, ossia con un credito che già per virtù di legge produsse compensazione. Se il silenzio dipendesse da ignoranza del controcredito (talchè, non conoscendo l'esistenza di esso, non si abbia avuto alcuna intenzione di rinunziare col silenzio a contrapporlo), non sarebbe un silenzio cosciente, un silenzio illuminato: esso dipenderebbe dall'ignoranza del fatto della esistenza dello stesso contro-

credito, ossia da un' ignoranza di fatto che può essere invocata efficacemente come scusa giuridica. È dunque difficilissimo, nell'applicare la legge, desumere dalle circostanze del fatto se il silenzio fu ispirato all' intenzione di rinunziare scientemente e coscientemente alla compensazione: bene inteso, peraltro, che il giudice può convincersi di questa intenzione; ma, una volta convinto, deve respingere la domanda di restituzione (*condictio quasi indebito soluto*) fatta da colui che finge artifiziosamente quanto tardivamente di non avere avuto notizia del debito contrapposto e produttivo di compensazione *ope legis*. Le più volte, quando non concorrano elementi di prova fortissimi in senso contrario, si può e si deve supporre che colui il quale assistette impassibile al pignoramento, al precetto, o in genere ad un atto del procedimento esecutivo contro di lui sperimentato, ed anche soprattutto ad un atto inoltrato di questo procedimento, abbia avuto interesse per non invocare l'eccezione di compensazione neppure in via di protesta o di opposizione da inserirsi nei verbali dell'uffiziale giudiziario procedente; e questo interesse abbia desunto o da un corrispettivo diretto o dalle difficoltà di vedersi respinta l'eccezione e dalla conseguente probabilità di essere condannato nelle spese causate dalla sua eccezione od opposizione. Il pagamento volontario invece non lascia ombra di dubbio: e non lascia pure ombra di dubbio l'accettazione della cessione del proprio debito fatta dal creditore ad una terza persona. Il pagamento volontario è infatti qualche cosa di più del pagamento forzato; esso costituisce un riconoscimento spontaneo della liquidità ed esigibilità del proprio debito in favore del creditore soddisfatto e una convinzione piena e completa di non potere opporre ad un'eventuale azione di questo creditore eccezione di sorta valida e produttiva di effetti giuridici. Circa poi la cessione accettata, come la compensazione è *ad instar solutionis*, così essa dev'essere *ad instar novationis:* ed essendo *ad instar novationis*, deve come il pagamento e qualsiasi altro mezzo estintivo operare l'estinzione della primitiva obbligazione e nel tempo stesso la creazione d'una obbligazione novella, cambiando la persona del creditore e rassegnandosi a non contrapporre a questo nuovo creditore le eccezioni che sono personali rispetto al primo.

54. Tra le eccezioni alla compensazione, contemplate nell'art. 1289 codice civile, non è espressamente indicata quella relativa alle imposte e tasse: talchè sembrerebbe a prima vista che i debiti d'imposte e tasse possano essere compensabili con altri debiti che abbia lo Stato verso il debitore d'imposte o tasse, ovvero che la provincia o il Comune o la Camera di commercio siano tenuti a pagare verso un loro debitore per questa stessa causa.

Per il debito d'imposte o tasse verso lo Stato, la Provincia o il Comune non può sorgere dubbio: queste contribuzioni servono per provvedere ai servigi pubblici, e perciò non possono ritardarsi o sospendersi o rifiutarsi per qualsivoglia titolo, anche se si contesta il debito nella sua radice: dappoichè il sistema delle imposte o tasse è tale, che il contribuente deve pagare in seguito alle fattegli ingiunzioni, salvo a ripeter poi l'indebito pagamento. Nè l'imposta che si deve allo Stato, sebbene destinata a servizi pubblici diversi da quelli per il mantenimento dei quali si devono imposte alle provincie od ai Comuni, può e deve avere per questo effetto una considerazione maggiore di quella pagata ad una di queste due ultime categorie di enti amministrativi: il servizio, sia d'indole politica nel senso proprio, sia d'indole amministrativa, è sempre un servizio pubblico e come tale richiede dei mezzi indilazionabili, di pronta realizzazione, urgentissimi, quali le imposte.

Il diritto pubblico dunque, nella sua riconosciuta e innegabile superiorità sul diritto privato, estrinseca qui una prevalenza che corrisponde alla prevalenza del pubblico sul privato interesse: poichè dalle stesse disposizioni preliminari al codice civile si rileva che nessun atto dei privati può (comunque e per qualsiasi ragione e con qualsivoglia giustificazione) recare offesa o contrastare alle norme e alle leggi del pubblico diritto, sia parlando generalmente, sia parlando in materia tributaria specialmente. Anzi per questa materia si hanno i precedenti di diritto romano: però oggi vi è una eccezione che conferma l'applicazione delle regole generali sull'applicabilità della compensazione; eccezione la quale non era ammessa in diritto romano e concerne il pagamento di talune imposte mercè titoli creditori verso lo Stato. In questo caso (ed è il caso, per esempio, dei debiti per dazio) si ha non un vero e proprio pagamento del debito daziario, ma si ha un'estinzione di quel debito *ad instar solutionis*, e precisamente mediante compensazione e per effetto dei ricordati principî generali che rivivono qui in tutto il loro impero.

Però il quesito si presenta nuovo e difficile per le Camere di commercio, ossia per le imposte camerali in genere. Sono queste imposte passibili di compensazione? Esse, non v'è dubbio, sono vere e proprie imposte, si esigono coi privilegi delle imposte, sono provviste del *solve et repete*. E perchè allora non dovrebbero, come quelle che si pagano allo Stato, alla provincia, al Comune, essere anche privilegiate di fronte alla compensazione? Se queste imposte non sono destinate ad alimentare servizi pubblici, non devono esser privilegiate in alcun modo nè parificate sotto alcun riguardo a quelle pagate allo Stato, alla provincia o al Comune: ma se sono destinate a questo scopo e perciò godono dei privilegi per l'esazione, non possono essere esposte alla compensazione e devono essere privilegiate in tutto, per quanto i relativi servigi ai quali debbono sopperire siano d'indole meramente commerciale. Gli interessi del commercio sono del resto interessi in gran parte anche d'ordine pubblico e sempre d'indole generale.

55. A proposito delle eccezioni contenute nell'art. 1289 e relative alla compensabilità dei crediti contrapposti, molto si discusse sugli effetti della rinunzia alla compensazione, vuoi tra le parti vuoi rispetto ai terzi; quando peraltro si tratta di vera rinunzia, cioè di rinunzia posteriore alla compensazione verificatasi *ope legis* e che può urtare contro diritti perfetti e quesiti dei terzi stessi. E, prima di tutto, circa agli effetti della compensazione tra le parti, si domanda quale azione potesse sperimentare il rinunziante per la realizzazione del credito non contrapposto in compensazione ad un debito proprio, dato che la rinunzia alla compensazione si presentasse come una semplice rinunzia a questo mezzo estintivo e non già come una rinunzia al credito da farsi valere e da realizzarsi sotto qualsiasi forma e con qualsivoglia mezzo giudiziario; poichè in questo caso si avrebbe una vera e propria donazione da parte di chi rinunzia alla compensazione in favore della parte contro la quale potrebbe la compensazione stessa eccepirsi. Se la compensazione interviene *ope legis* (potrebbe osservarsi), malgrado che essa non venga applicata dal giudice, l'estinzione del debito al quale si riferisce diventa un fatto compiuto e irrevocabile: talchè l'azione relativa alla realizzazione del credito relativo non può più

rivivere. Ma nel tempo stesso sarebbe ingiusto che, mentre il debitore, che è ad un tempo creditore, ha rinunziato soltanto a contrapporre il suo credito in compensazione, ma non ha punto inteso di rinunziare a realizzare altrimenti il credito medesimo, egli non avesse alcun altro mezzo per ottenere la soddisfazione del proprio credito: perocchè allora l'altra parte riuscirebbe ad arricchirsi ingiustamente e con iattura di colui che rinunziò soltanto alla compensazione. Come potrebbero allora salvarsi i principî generali di diritto, qual mezzo concedere al rinunziante per non perdere irremissibilmente il proprio credito? L'azione d'indebito arricchimento sembrerebbe dunque l'unico scampo riservato al creditore rinunziante alla compensazione: ma dalla dizione dell'art. 1295 « quegli che ha pagato un debito il quale di diritto era estinto in forza della compensazione e poi propone il credito per cui non ha opposto la compensazione » chiaramente risulta che il credito rimane sempre proponibile, ossia munito della sua propria speciale azione da cui era protetto prima che si rinunziasse alla compensazione. Questa soluzione è pure adottata dal codice francese ed è suffragata dalla l. 7, § 1, Dig., 16, 2, che si è trovato modo di conciliare con l. 10, § 1, Dig. *eod.*, richiamando gli estremi della *condictio indebiti* altrove fissati e tra i quali è compreso l'errore. Ma quelli stessi che ammettono questa soluzione e la confortano col detto frammento di Ulpiano (*salva manet petitio)* non possono d'altra parte escludere che una soluzione siffatta si presenti più equa che logica.

Quanto ai diritti dei terzi, dessi sono quesiti ai terzi stessi per effetto della compensazione *ipso iure* e dal momento che questa si avvera *ope legis*: e, acquistati una volta *ipso iure* e per ministero di legge, non può certamente colui che rinunzia alla compensazione violarli od offenderli per volontà propria, a meno che i terzi non siano intervenuti per questo effetto nella rinunzia compiuta posteriormente alla contrapposizione giuridica dei due debiti. Questi diritti dunque restano salvi e sempre azionabili anche dopo e di fronte ad una tale rinunzia emessa dal creditore.

Capo VIII. — Posizione del fideiussore.

56. Diritti del fideiussore circa la compensazione operata tra creditore e debitore principale. — 57. La compensazione opponibile dal fideiussore non lo è dal debitore principale. — 58. La compensazione come eccezione meramente personale: raffronti tra l'art. 1290 e l'art. 1295 cod. civ.

56. Dispone l'art. 1290 codice civile che il fideiussore possa opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al debitore principale; ma che il debitore principale non possa opporre la compensazione di ciò che il creditore deve al fideiussore. Aggiunge poi che il debitore in solido non può invocare la compensazione di quanto dal creditore è dovuto al suo condebitore, se non sino alla concorrenza della parte dello stesso condebitore. Queste disposizioni sono informate senz'alcun dubbio ai più sani principî di logica giuridica. L'impegno del fideiussore infatti è soltanto secondario ed accessorio di fronte a quello del debitore principale; egli è obbligato, si può dire, sussidiariamente a questi: dappoichè (l. 4 e 5, Dig., 16, 2), come si domanda male chiedendo l'intero al debitore che ha qualche credito da contrapporre in compensazione, così non si può nella stessa ipotesi domandar bene chiedendo l'intiero al fideiussore, il quale non può assolutamente esser costretto a pagare più di quanto pagherebbe il debitore principale per la sua liberazione, nel mentre anzi è in sua facoltà di aggiungere alle eccezioni personali del debitore principale anche le eccezioni personali a lui fideiussore per contrapporle tutte insieme alla domanda del creditore attore. Se si abbracciasse una soluzione contraria, cioè se si ritenesse che il fideiussore non potesse, oltre alla compensazione per un credito proprio (e questo è indiscutibile, poichè a niuno è mai venuto in mente che il fideiussore per il solo fatto della prestata fideiussione rinunzi al diritto di far valere le proprie eccezioni personali contro il creditore) non potesse opporre anche la compensazione per un credito del debitore principale, si verrebbe a questo, che il debitore principale rimarrebbe liberato con minore sforzo del proprio fideiussore; quasi che l'obbligazione accessoria non dovesse subire la stessa sorte dell'obbligazione principale.

Questo sarebbe un assurdo, una vera e propria enormità giuridica, della quale difficilmente potrebbe in tutto il diritto trovarsene una eguale: ed anche praticamente ripugnerebbe che uno il quale non ha interesse diretto e immediato nell'obbligazione, nel mentre si presta, o senza corrispettivo o con un corrispettivo inadeguato, a garantire la esecuzione di quella obbligazione, sia poi per questa sua più o meno graziosa intromissione ridotto in una condizione d'inferiorità riguardo al debitore principale, al quale e al creditore insieme ha inteso recar beneficio. E notisi che la logica di questi ragionamenti porta non solo ad ammettere che il fideiussore possa giovarsi delle eccezioni inerenti al titolo o alla natura del debito e relative alla liquidità, esigibilità e a tutte le altre circostanze che entrano nella considerazione del debito in sè indipendentemente dalle persone che vi possono essere interessate o come debitrici o come creditrici; ma che possa anche giovarsi delle eccezioni personali al debitore principale, in sussidio del quale egli è obbligato. Se così non fosse, la discussione sarebbe superflua e la conclusione vana: poichè non può assolutamente revocarsi in dubbio che colui il quale si è obbligato a pagare un debito non abbia i mezzi per difendersi dalle domande del creditore o perchè non ancora giunto il termine, o perchè la persona che agisce non è quella che ha diritto al pagamento, o per varie altre ragioni le quali non sono legate alla persona del debitore principale piuttostochè a quella del fideiussore, ma che dipendono dalla natura e dalla posizione giuridica del rapporto contrattuale, destinato a funzionare nei modi determinati dalla legge e dai principî generali del diritto.

57. Ma il debitore principale non può a sua volta chiedere la compensazione di ciò che il creditore deve al fideiussore. Infatti l'obbligo del debitore principale di soddisfare in tutto e per tutto il suo creditore non è per nulla menomato dall'obbligo del fideiussore, il quale accede all'obbligazione principale non per comodo del debitore principale, ma per comodo del creditore, il quale vuol essere più sicuro intorno alla soddisfazione delle proprie ragioni, di quello che sarebbe qualora non si trovasse un altro debitore da surrogarsi eventualmente al suo debitore primitivo. L'interesse a che il fideiussore acceda sarà, certamente, anche del debitore principale, poichè questi, se non avesse un garante, forse non potrebbe entrare nelle desiderate relazioni obbligatorie con un creditore o con quel dato creditore: ma il comodo, ossia il vantaggio definitivo della fideiussione è dello stesso creditore, il quale è più sicuro di essere soddisfatto del proprio credito. Se dunque l'obbligo del debitore principale non è menomato dalle eccezioni personali che il fideiussore potrebbe contrap-

porre all'azione del creditore, è ragionevole che quegli non possa in modo alcuno valersi di un sistema di difesa personale al fideiussore e di cui il fideiussore potrebbe servirsi quante volte fosse molestato per la soddisfazione dell'impegno assunto in via principale ma non soddisfatto dalla persona ch'egli garanti.

Diversa cosa è quando il creditore, esistendo il fideiussore dopo di essersi inutilmente rivolto contro il debitore principale, si vede opposte delle eccezioni personali al debitore stesso ma che hanno per effetto (come la compensazione) di estinguere in tutto o in parte il debito: poichè in questa ipotesi il debitore principale, se molestato in seguito, può sempre opporre l'avvenuta compensazione del debito, sia pure come effetto di rapporti obbligatori personali tra il fideiussore e il creditore. Infatti, comunque e per qualunque mezzo, il debito si è totalmente o parzialmente estinto ed essendosi legalmente estinto, non può rivivere tra le parti contraenti: allo stesso modo che, se un terzo paga il creditore, il debitore non può essere molestato per il debito soddisfatto dal terzo, sebbene questo terzo non abbia avuto parte alcuna, nè principale nè accessoria, nell'obbligazione. E che ciò sia, si argomenta facilmente al solo tener presente la posizione giuridica del creditore, il quale, purchè sia soddisfatto, aumenta il patrimonio proprio come lo aumenterebbe se fosse direttamente soddisfatto dal suo debitore principale: nè, quando il pagamento gli è stato fatto come liberatorio di un determinato debito, egli può dissimulare e ritenere il pagamento fatto per altra causa o diretto ad altro scopo. D'altra parte, l'equità e la giustizia vieterebbero in modo assoluto che il creditore, per una totalità o per una parte del suo credito, ricevesse una doppia soddisfazione, si vedesse il suo credito doppiamente estinto: una volta dal fideiussore o dal terzo, e un' altra volta dal debitore principale. La seconda volta, senza dubbio, il creditore riceverebbe indebitamente, anzi domanderebbe e riceverebbe dolosamente: non essendo ammissibile che colui, il quale una volta si ebbe la piena o parziale soddisfazione del proprio credito, agisca per avere una seconda volta la stessa soddisfazione, parziale o totale, del credito stesso, senza avere coscienza e intenzione di far cosa contraria alla legge e lesiva dell'interesse di colui col quale si era stretto in rapporti obbligatori prima e liberatori poi — sebbene la liberazione per pagamento o per compensazione si dovesse ad altra provenienza.

58. Più enorme ancora sarebbe il pretendere che, quando più sono i fideiussori, uno di essi possa, rispondendo alla azione del creditore, opporre ad esso la compensazione per un debito personale che il creditore abbia verso uno qualunque degli altri confideiussori, il quale sia proprio personalmente creditore verso di quello, all'infuori di qualsiasi rapporto coll'altro confideiussore. Tra fideiussori infatti, quantunque d'un medesimo debito principale, non vi ha altro vincolo da quello infuori che dipende dall'avere essi tutti garantito un medesimo debito: dimodochè il pagamento o la compensazione operata da uno dei fideiussori giovi anche agli altri, avendo prodotto l'estinzione dell'obbligazione. Ma, all'infuori di questo rapporto liberatorio reciproco tra fideiussori in ordine al debito principale, essi non hanno alcun nesso reciproco, per cui un fideiussore possa giovarsi dell'eccezione di compensazione spettante all'altro fideiussore, come potrebbe giovarsi della compensazione opponibile dal debitore principale alle cui obbligazioni accede in forma accessoria la compensazione, per un suo proprio e speciale credito contro il creditore. Ripetiamo, peraltro, che per le stesse ragioni per le quali, una volta estinto il credito sia pure per effetto di compensazione opposta dal fideiussore, il debito non sussiste più neppure di fronte al debitore principale, esso resta estinto anche di fronte a tutti gli altri fideiussori quando uno tra questi lo abbia giuridicamente compensato e di questa compensazione abbia ottenuto riconoscimento in giudizio, contrapponendolo all'azione del creditore.

Il Borsari, esaminando (1) questo art. 1290, si studia di ravvisarvi un nesso coll'art. 1927, che cioè il fideiussore possa opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale e che sono inerenti al debito, ma non quelle che sono puramente personali al debitore. Ora, per giungere a formar questo nesso, converrebbe ritenere che l'eccezione di compensazione non fosse una eccezione puramente personale al debitore, ma fosse piuttosto inerente al debito. Il Duranton appunto (2) viene alla conclusione che la compensazione non sia un'eccezione meramente personale; poichè altrimenti non si troverebbe spiegazione per l'art. 1290 codice civile francese (corrispondente al nostro art. 1295), per cui chi pagò un debito già compensato può bensì proporre il credito, ma non può in pregiudizio dei terzi valersi dei privilegi, ipoteche e cauzioni annesse al suo credito, a meno che non avesse avuto un giusto motivo di ignorare l'esistenza di un credito da compensarsi col proprio debito. Questo significherebbe dunque che il debitore, non servendosi del proprio credito in via di compensazione, ha perduto le garanzie reali del suo credito stesso (garanzie reali le quali potevano benissimo da lui essere a suo tempo invocate anche a proposito e in occasione della compensazione stessa); mentre, se si trattasse di un' eccezione meramente personale, essa non dovrebbe produrre per il non uso la decadenza altresì dalle garanzie reali. L'eccezione personale cadrebbe, ma le garanzie reali resterebbero; invece l'estinzione delle garanzie reali significherebbe che l'eccezione non era meramente personale ma aveva in sè anche qualche cosa di reale, tradotto appunto e concentrato in queste ipoteche. Un tale ragionamento però non ci sembra calzar troppo, malgrado che per la sua esposizione apparisca a tutta prima di una straordinaria semplicità: dato che esso veramente rispecchi l'animo del Borsari.

Il legislatore nell'art. 1290 ha inteso soprattutto e principalmente allo scopo di salvaguardare l'interesse dei terzi, in quanto ha ritenuto che questi terzi, essendo venuti comunque a cognizione che il convenuto pagò senza opporre la compensazione (come ne avrebbe avuto il diritto), abbiano potuto rettamente presumere che il convenuto stesso non vantasse più il credito che avrebbe potuto contrapporre e non contrappose. Di fronte dunque a questa giustificata presunzione del terzo sarebbe cosa poco equa far sopravvivere le garanzie reali, con pregiudizio del terzo stesso, il quale aveva sperato e logicamente sperato di non trovarsi più tra i piedi l'ostacolo di prima e di poter procedere più efficacemente contro il comune debitore per la propria soddisfazione. Riviva pure nei rapporti tra le parti direttamente obbligate quel rapporto obbligatorio che dapprima sembrava estinto; ma non si pretenda che questa risurrezione e la postuma tardiva azione colpiscano le speranze e gli interessi del terzo,

(1) *Commentario al cod. civ. it.*, vol. III, p. 2ª; Torino 1871.

(2) Op. cit., vol. VII, n. 429.

il quale intanto può da questo suo miglioramento nelle ragioni creditorie aver tolta l'occasione per qualche contrattazione con altri terzi. Se il convenuto avesse del suo credito formato l'oggetto dell'eccezione per compensazione, allora certamente non gli si sarebbe potuto vietare di servirsi delle sue garanzie reali; altrimenti queste garanzie sarebbero rimaste per lui inoperose ed inefficaci, mentre invece sono accessorie e devono seguire la sorte e l'azionabilità del debito principale, fino a che non danneggino diritti acquisiti dai terzi. Nè allora il terzo, danneggiato per la concorrenza di queste garanzie reali, avrebbe potuto muover lagnanza giuridicamente della sfavorevole situazione a lui fatta: perciocchè, se egli contrattò col debitore prima che colui il quale aveva la compensazione potesse sperimentarla o acquistasse il diritto da contrapporre, le sue garanzie, per quanto reali, prendono grado posteriormente a quelle del suo competitore; se invece egli entrò in rapporto col debitore comune dopo sorte queste garanzie reali, di nulla può lamentarsi per la eventuale incapienza dei suoi crediti, poichè egli avrebbe dovuto sapere che le garanzie reali dell'altro precedevano ogni eventuale garanzia reale propria. Ciò posto, il diritto di colui che vuole opporre la compensazione, con tutte le garanzie che lo circondano, è perfettamente eccepibile nè può essere intralciato da opposizioni di terzi: ma, quando colui che poteva eccepire la compensazione, nol fece, mostrò poco meno che di rinunziare al suo credito. Anzi, di fronte ai terzi questa sua omissione rappresenta una vera e propria rinunzia; talchè quelle garanzie che potevano far concorrenza e collidere colle garanzie dei terzi (il che accade per le garanzie *in rem*) cadono quasi *ipso iure*, e tanto più cadono per le ragioni di equità sopra esposte. Invece, nei rapporti tra debitore e creditore le cose si passano diversamente: quando non vi sono atti direttamente impegnativi che dimostrino chiaramente la rinunzia del debitore non solo all'eccezione di compensazione ma benanche allo stesso credito che potrebbe compensare verso e contro il suo creditore, egli è sempre libero di sperimentare in sede separata il proprio credito, nè il suo debitore può eccepire la rinunzia; questa presunzione *hominis* che invocata dal debitore apparisce soltanto come un espediente dilatorio o come un mezzo doloso per sottrarsi all'adempimento dei propri impegni. E qui si potrebbe richiamare in vigore la massima *dolo facit qui petit quod redditurus est;* essendo risaputo che ciò che apparisce e che si presenta come atto facoltativo libero da parte di un terzo può invece presentarsi come atto illecito non facoltativo nel debitore, il quale non sempre può opporre quelle eccezioni che sono accordate al terzo estraneo alla convenzione la quale costituirebbe la causa della compensazione.

Resta dunque del tutto giustificata la disposizione dello art. 1295, in quanto fa cadere le garanzie reali di un credito non contrapposto in compensazione, malgrado che l'eccezione di compensazione sia e debba ritenersi per mille e mille ragioni l'una più evidente dell'altra un'eccezione, di sua indole, personale: e per conseguenza si può affermare che, in forza della prima parte dell'art. 1290 codice civile, siasi instituita una vera e propria eccezione al posteriore art. 1927, abilitando il fideiussore ad opporre contro il creditore anche la compensazione spettante al debitore principale, sebbene non inerente al debito e sebbene puramente personale al debitore. Se, infatti, l'art. 1290 non costituisse un'eccezione all'articolo 1927, sarebbe stato inutile (almeno per questa prima parte del primo comma) ripetere in un caso speciale una disposizione applicata generalmente a tutti i casi. La semplice omissione di ogni disposizione in proposito avrebbe implicitamente e necessariamente rimandato a questa disposizione generale, alla cui applicazione non avrebbe recato ostacolo nessun principio generale poziore e più valido. Ogni tentativo di accordo pertanto tra l'art. 1290 e l'art. 1927 è impossibile; la legge qui ha inteso di creare un diritto eccezionale a favore del fideiussore, appunto per impedire che il creditore e il debitore arricchisca *cum aliena iactura:* e iattura veramente sarebbe se il debitore potesse mantenere il proprio credito e salvarsi dalla compensazione rovesciando tutto il debito sul fideiussore, come se il creditore potesse riscuotere tutto e intiero il credito dal fideiussore mentre non potrebbe riscuoterne che una parte dal debitore principale. Nessuno poi, o con leggi o con patti speciali, potrebbe suggerire mezzi adatti per garantire il fideiussore dalle collusioni tra il debitore e il creditore; poichè costoro, dissimulando e fingendo d'ignorare l'esistenza della compensazione non solo, ma allontanandone abilmente dal giudice ogni sospetto, potrebbero concertarsi per caricare tutto il debito sulle spalle di un fideiussore di buona fede. E questo concerto potrebbe datare anche dal momento stesso in cui si contrasse l'obbligazione che dà vita al debito al quale non si è contrapposta la compensazione e al quale poi si vorrebbe che il fideiussore non contrapponesse la compensazione sotto pretesto che questa sia, come eccezione meramente personale al debitore principale, non trasmissibile menomamente al fideiussore stesso, neppure se considerato in ciò come avente causa dal suo garantito. Del resto, se al fideiussore è concesso d'invocare una compensazione originante da un credito del debitore principale, non si danneggia nè il debitore nè il creditore: poichè, se *qui iure suo utitur neminem ledit,* non ne consegue perciò che sempre *qui iure alieno utitur aliquem ledat.* La ragione dei contrari non corre.

Capo IX. — Dei debitori solidali e fideiussori solidali.

59. Limiti entro i quali il debitore solidale è favorito dalla compensazione. — 60. Ragioni dell'eccezione alla regola generale sulle obbligazioni solidali. — 61. Il fideiussore solidale e la compensazione. — 62. Differenze teorico-pratiche tra debitore solidale e fideiussore solidale in ordine alla compensazione. — 63. Surroga del fideiussore nei diritti del debitore principale, per effetto del pagamento.

59. L'alinea dell'art. 1290 dispone che il debitore in solido non possa invocare la compensazione di quanto dal creditore è dovuto al suo condebitore se non sino alla concorrenza della parte dello stesso condebitore. Qui conviene richiamare i principî generali sulle obbligazioni solidali: poichè quella disposizione non deve prendersi così ciecamente e letteralmente senza degnarla di un lungo e adeguato commento.

L'obbligazione è in solido (così l'articolo 1186 cod. civ.) per parte dei debitori, quando sono obbligati ad una medesima cosa, in maniera che ciascuno possa essere costretto al pagamento per la totalità, e il pagamento eseguito da uno solo liberi gli altri verso il creditore. Ma il debitore in solido (art. 1193) non può opporre al creditore le eccezioni che sono personali soltanto ad uno degli altri condebitori. D'altra parte, l'obbligazione contratta in solido verso il creditore si divide di diritto fra i debitori (art. 1198).

Applicando queste massime al caso della compensazione, si dovrebbe venire alla conseguenza che, poichè il pagamento

eseguito da uno dei debitori solidali libera anche gli altri, pur la compensazione, la quale ha luogo *ad instar solutionis*, operando per uno dei coobbligati solidali, possa servire di liberazione anche agli altri e dagli altri possa come liberazione invocarsi. Ma se la compensazione è un'eccezione meramente personale al condebitore solidale, non potrebbe giovare agli altri condebitori. Però la giurisprudenza, applicando questo articolo, volle restringere e ridurre le azioni personali di cui qui si tratta alle sole azioni dipendenti dalla qualità personale dell'altro debitore (p. e., l'incapacità dipendente dalla minore età, dalla incapacità, ecc.) e credette non vi si potesse comprendere la compensazione operata tra il debito solidale ed un credito del condebitore contro il creditore comune. Si può consultare in proposito la giurisprudenza prevalente (1), la quale appunto, agli effetti dell'articolo in esame, tende a distinguere chiaramente tra eccezione personale in senso lato (*exceptio quae ad personam pertinet* in contrapposto ad *exceptio quae pertinet ad rem*) ed eccezione personale in senso stretto, ossia nel senso di eccezione fondata sullo stato e qualità personale di chi la contrappone. Che del resto l'obbligazione solidale si divida di diritto tra i debitori sussiste soltanto nei rapporti solidali reciproci di debitore a debitore e non nei rapporti tra il debitore e il creditore; perchè altrimenti l'art. 1186 cod. civ. rimarrebbe lettera morta e si troverebbe in piena contraddizione coll'art. 1198.

Applicando questi principî del pagamento alla compensazione che opera *ad instar solutionis*, ne dovrebbe dunque conseguire che la compensazione cagionata da uno dei condebitori solidali e liberatoria in suo favore operi anche e si mostri ugualmente liberatoria in favore degli altri senza restrizione, senza riduzione ad una data concorrenza subordinatamente ad un concetto di relazione da condebitore a condebitore. Ne dovrebbe conseguire che gli effetti liberatorî della compensazione siano divisibili soltanto nei rapporti tra condebitori, ma che operino per l'intiero ammontare della compensazione stessa di fronte al creditore comune. Ma invece lo art. 1290 non lascia alcun dubbio in proposito: il debitore in solido non può invocare la compensazione di quanto dal creditore è dovuto al proprio condebitore solidale se non fino alla concorrenza della di lui parte. Perchè il condebitore solidale può invocare la compensazione solo fino alla concorrenza della parte del suo condebitore creditore del credito compensabile e non per l'intiero come unico e plenario effetto di liberazione? La risposta è facile, e dimostra che non v'è affatto contraddizione tra i principî generali sul debito solidale e l'applicazione di questi stessi principî alla compensazione. Il dire infatti che il condebitore solidale non possa invocare la compensazione se non fino alla concorrenza della parte di debito dell'altro condebitore non toglie che la compensazione stessa invocata da uno per suo conto e come sua eccezione personale agisca anche in senso liberatorio quanto agli altri. Ma l'essere egli (il debitore che prende come a prestito la compensazione propria del suo condebitore solidale) liberato della parte di debito solidale corrispondente alla parte dell'altro, significa che il suo debito solidale, anche in rapporto al creditore comune, possa nel caso della compensazione ragguagliarsi ad una parte e computarsi non per l'intiero, quasichè e perchè egli non sia più obbligato nella totalità? In altri termini, il condebitore solidale è talmente favorito dalla compensazione accordata al suo condebitore solidale per effetto di un credito da costui vantato verso il suo creditore, che, mentre all'infuori di questa compensazione egli sarebbe obbligato per l'intiero debito, opponendo invece la compensazione accordata al suo condebitore, e fatto il computo e il ragguaglio della parte di costui, non resti obbligato se non per la residua parte di debito? Non è questa la conseguenza delle premesse poste dall'art. 1290. L'articolo 1290 non intende al certo, quando sussista un credito compensabile del condebitore solidale, limitare la responsabilità di un altro qualsiasi dei condebitori solidali alla sola sua parte virile, mentre senza l'intervento della compensazione la responsabilità del medesimo sarebbe intiera: ma intende conservarla intiera in entrambi i casi. Soltanto, operando la compensazione nei riguardi del debitore solidale non creditore del debito compensabile non altrimenti che come liberazione per lui della quota-parte di debito dell'altro, sopravvive e sussiste tuttavia, perchè non liberata dalla compensazione, la residua parte del debito intiero, sottrattone quanto ne viene estinto in ragione della quota virile assegnata o accollata al condebitore solidale creditore del debito compensabile.

Dunque il debito che fa capo al debitore solidale non è meno per l'intiero sol perchè egli può fare parziale appello alla compensazione del debito che il creditore comune ha verso il suo condebitore solidale: ma è estinto solo parzialmente e seguita a sussistere per la differenza. La ragione di ciò sta in questo, che, siccome la compensazione è una causa estintiva soltanto personale ad uno dei condebitori solidali, essa deve essere ragguagliata all'obbligazione personale che il debitore solidale dotato del credito da compensare ha verso il suo condebitore solidale ch'è creditore del debito contrapposto in compensazione: così si rimane sempre nel tema delle eccezioni personali che operano personalmente nei rapporti tra condebitori solidali e che non si ripercuotono sul creditore perchè non hanno attinenza diretta al credito comune.

60. Spieghiamoci più chiaramente. La compensazione è un beneficio personale, accordato non già alla natura del rapporto tra condebitori solidali e creditore comune, ma bensì ad un rapporto speciale che uno dei condebitori solidali ha per suo conto verso il creditore. Gli altri condebitori solidali, di fronte al creditore comune, non entrano per nulla in questo rapporto; quindi, se qualche vantaggio in linea di equità è dato ad essi ritrarne, pur senza che colui il quale dalla compensazione sarebbe direttamente favorito abbia avuto agio di valersene in giudizio, questo vantaggio non può commisurarsi all'intiero ammontare del debito e contrapporsi per intiero al creditore comune, ma in tanto è a questo opponibile, in quanto può avere efficacia nei rapporti reciproci tra condebitori solidali. Il condebitore solidale, non favorito di compensazione per diritto proprio personale, al creditore comune che chiama lui in giudizio per il pagamento dell'intiero può allora far osservare: voi creditore, escutendo me, sareste in mala fede se credeste di ritrarre perciò maggiore vantaggio di quanto ne ritrarreste escutendo l'altro mio condebitore solidale, il quale può direttamente contrapporvi intiera quella compensazione che voi tentate di sfuggire. D'altra parte, il mio condebitore solidale, se escusso direttamente, potrebbe anche non contrapporvi il suo debito in compensazione oppure rinunziarvi anche in modo espresso: nel qual caso voi ricevereste il

(1) Corte d'app. di Casale, 4 luglio 1885, *Villavecchia* c *Testore* (*Giurisp. It.*, 1885, II, 582).

pagamento effettivo per l'intiero vostro credito. Però il mio condebitore deve rispettare i miei interessi e non può aggravare la mia posizione, rendendomi responsabile per più di quanto, nella nostra reciproca liquidazione di conti tra condebitori solidali, io dovrei sostenere per la mia quota di debito secondo i principî che regolano l'obbligazione solidale nei rapporti tra i condebitori. Se egli non si servisse o impedisse a me di servirmi della compensazione, anche soltanto di servirmene per una parte, io dovrei pagar l'intiero e rifarmi poi contro di lui per la sua virile, mentre egli (tolto il caso di una rinunzia implicita od esplicita, che potrebbe fruttargli anche un corrispettivo) può sempre perseguire in giudizio quel credito che non si è curato di opporre in compensazione e perseguirlo a mia insaputa, dopo cioè che io, liquidati i nostri rapporti reciproci di condebitori solidali, ho perduto di mira la sua condotta ed il suo patrimonio. Dunque, per evitare questi postumi e irreparabili inconvenienti, e per salvar me, condebitore non favorito di compensazione, dalle probabili eventuali collusioni tra il debitore solidale favorito di compensazione e il creditore comune, conviene per lo meno salvarmi i miei diritti di ripartizione equa dei carichi con' i miei condebitori: in altri termini, le mie perdite definitive non possono essere maggiori nei nostri rapporti di condebitori solidali e anche prima della nostra reciproca liquidazione finale, di quella porzione o quota virile che la legge chiaramente mi addossa e che sarà conteggiata nella liquidazione stessa.

Ma, per giungere a questo risultato, potrebbero esservi tre mezzi: o concedere tutta e intiera al condebitore solidale non favorito da compensazione l'eccezione che è accordata al proprio condebitore, o concedergliela proporzionatamente alla parte di esso condebitore fornito di compensazione derivante da altra causa, o concedergliela invece in proporzione della parte assegnata all'altro dei condebitori che della compensazione medesima di cui si parla avrebbe il pieno ed intiero esercizio.

Discutendo ad una ad una queste tre soluzioni proponibili, ci accorgeremo che l'ultima è migliore delle altre due. Infatti, se si risolvesse di accordare al condebitore solidale tutta quanta e intiera l'eccezione di compensazione accordata ad uno dei suoi condebitori, si considererebbe come creditore di un credito che non ha: e, dato che questa eccezione superasse l'ammontare della sua quota virile di debito verso il creditore comune, se l'altro condebitore solidale fosse obbligato a riconoscere questa compensazione per intiero, si potrebbe trovare danneggiato ne' suoi interessi, perchè anche l'impegno finale di esso condebitore favorito di compensazione non può eccedere, nei rapporti tra condebitori, la sua quota virile di responsabilità. Contrapponendo invece al creditore comune tutto quanto il credito in compensazione, questi avrebbe diritto a non essere più molestato per quel debito dal condebitore solidale ch'è ad un tempo creditore particolare di lui creditore comune: e così il condebitore solidale verrebbe a subire una perdita e a contrarre un'esposizione personale di debito in quantità superiore alla quota virile che gli toccherebbe nel reparto di liquidazione finale con gli altri suoi condebitori solidali. Dunque tale soluzione, mentre non è nell'interesse del creditore comune (al quale invece deve tornar cosa gradita che la compensazione non siagli opposta per il suo intiero debito, ma bensì per una parte soltanto di esso), lede i rapporti di ripartizione tra condebitori solidali: e però, come lesiva, deve assolutamente respingersi

Resta soltanto a scegliere tra la compensazione commisurata alla quota di reparto del debito comune che tocca al debitore il quale la oppone, sebbene non a lui personale, e la compensazione commisurata alla quota che spetta al debitore cui spetta personalmente quell'eccezione e che non se ne vuole o non se ne può valere; reparto, s'intende, da calcolarsi nei rapporti dei condebitori solidali tra di loro. Se al condebitore solidale si desse la facoltà di contrapporre al creditore comune l'eccezione di compensazione per il credito di un suo condebitore solidale contro il creditore comune, nella misura dell'impegno al quale egli trovasi esposto co' suoi condebitori per effetto della solidarietà, avverrebbe che il debito intiero si troverebbe compensato, di fronte a tutti i condebitori solidali e quindi anche di fronte al creditore del credito contrapposto, per una quota che può essere maggiore o minore della virile spettante allo stesso condebitore solidale titolare del credito per cui si affaccia compensazione. Ora, se questa liberazione ha per oggetto una quota di debito inferiore a quella spettante *pro virili* al condebitore solidale creditore del credito contrapposto, una tal liberazione parziale del debito fa sì che nel riparto definitivo degli oneri il condebitore creditore del credito in parte compensato deve addossarsi per la sua quota virile ancora un residuo del debito comune, corrispondente alla differenza tra il debito costituente la sua quota stessa e il debito costituente la quota del suo condebitore che ha opposto la compensazione: senza che gli altri condebitori solidali a lui o al creditore comune possano chieder conto dell'uso fatto o imporre un uso da fare della parte del credito contrapposto in compensazione, che resta dopo avere operato questa compensazione parziale.

E qui ritorna in campo il sospetto delle collusioni dolose tra il creditore ch'è ad un tempo condebitore solidale e il comune creditore, a scapito degli altri suoi condebitori solidali, e non più per l'intiero ammontare, ma per una parte residua del credito compensabile. Queste collusioni sono invece escluse dall'ipotesi di una soluzione che ammetta in tal caso la compensazione solo fino alla concorrenza della quota di debito che ai termini dell'art. 1198 codice civile si ripartisce di diritto tra il condebitore solidale creditore particolare del creditore comune e il creditore comune stesso. Anzi per tal guisa restano salvi anche i principî generali di diritto che per altra via possono applicarsi alla materia dell'obbligazione solidale, di cui si ha per le mani un'applicazione. Il condebitore solidale, di regola, è tenuto verso il creditore comune per l'intiero: e questo suo pieno ed assoluto impegno non può soffrire delle limitazioni se non in via eccezionale.

Studiamo ora le conseguenze che di fronte a questo pieno impegno del condebitore solidale possono derivare da un credito di un altro condebitore. Da un canto potrebbe osservarsi che, la compensazione avendo e producendo *ipso iure* effetti liberatori *ad instar solutionis,* il condebitore solidale potesse invocarla per intiero, come potrebbe invocare per intiero un pagamento fatto dal suo condebitore solidale per una somma eguale a quella del credito, che *ope legis* ha liberato per una somma corrispondente il debito solidale. Ma questo ragionamento sarebbe erroneo. Il condebitore solidale è bensì tenuto per l'intiero verso del creditore comune, ma è tenuto per l'intiero precisamente nell'interesse del creditore comune, il quale ha libera la scelta tra i varî condebitori solidali e può rivolgersi a suo piacere contro di colui che ritiene più solvibile o più denaroso e rivolgersi contro costui per essere pienamente, non parzialmente, sod-

disfatto. Or, se si rivolge contro uno solo di questi condebitori solidali, gli altri condebitori solidali di fronte al creditore comune scompaiono, ed è come se non esistessero più durante lo sperimento dell'azione e nel corso del giudizio; nè dal convenuto possono essere chiamati per intervenire in giudizio al solo scopo di condividere (in parte o in tutto) le sorti del loro condebitore convenuto. Il condebitore chiamato in giudizio resta dunque debitore unico e principale di fronte al creditore comune che lo ha preso di mira; durante il giudizio stesso e in questo periodo accade come un concentramento dell'obbligazione solidale in uno solo dei coobbligati, a scelta del creditore comune, perchè questo è l'effetto e la portata della solidarietà obbligatoria. Ma al creditore si potrebbe far carico di aver preferito questo condebitore solidale all'altro ch'è ad un tempo proprio creditore particolare, e di averlo preferito non per altro scopo se non per isfuggire agli effetti della compensazione: tanto più che questa biasimata preferenza o scelta del creditore comune, per sopravvenienti dolose o non dolose insolvenze, può turbare i conguagli e le ripartizioni per quota virile del debito solidale tra condebitori solidali, giunto che sia il momento della liquidazione definitiva dei loro rapporti reciproci. Conviene quindi conciliare i due interessi, perchè tutti e due sono espressamente consacrati nella legge e meritano eguale protezione: essendo indispensabile che non siano offesi nè i diritti dei condebitori tra loro, nè i diritti del creditore comune contro uno qualsiasi dei condebitori solidali da lui prescelto per la propria soddisfazione. D'altra parte, il condebitore solidale, che non ha di proprio l'eccezione per compensazione e che non può come propria perciò contrapporla al creditore solidale (poichè, o che il credito compensabile sia sorto prima o che sia sorto dopo l'obbligazione solidale, il condebitore stesso, che non ha questo credito compensabile nel suo patrimonio, non può frustrare l'obbligo fatto dai principî generali sulla solidarietà a lui per l'ammontare dell'intiero debito; e non può frustrarlo sol perchè uno dei suoi condebitori ha a sua volta contro il creditore comune un credito compensabile), considerando la compensazione operatasi *ipso iure* come un pagamento, può obbiettare di non essere tenuto a pagare un debito che in tutto o in parte si è estinto, nei limiti dell'avveratasi compensazione. Ma a sua volta il condebitore, che non ha potuto o voluto compensare per sue ragioni particolari il proprio credito verso il creditore comune col debito solidale verso costui, può meravigliarsi che quanto egli non ha potuto o non ha voluto fare a suo profitto possa esser fatto dal proprio condebitore solidale, che, alla fin dei conti, non può annoverare nel suo patrimonio il credito contrapposto in compensazione. Allora si dovrebbe verificare questo inconveniente, che cioè il condebitore non proprietario del credito realizzerebbe, e di fronte al creditore comune e di fronte a tutti gli altri condebitori solidali, un vantaggio maggiore di quello realizzato dal condebitore che questo credito ha, e che talora una compensazione di questa natura e in queste circostanze di diritto e di fatto potrebbe riuscire liberatoria o quasi liberatoria per lui, sussistendo tuttavia nella sua interezza l'impegno di quota virile a carico del condebitore provvisto di quel credito nei rapporti degli altri condebitori solidali. Allora il condebitore solidale, ch'è ad un tempo creditore particolare del creditore comune, non solo non potrebbe comunque, direttamente o indirettamente, realizzare questo suo credito speciale dal debitore suo personale e creditore comune, perchè costui lo avrebbe già soddisfatto e se ne sarebbe completamente liberato per effetto di compensazione, ma resterebbe anche per virtù di legge esposto verso i suoi condebitori solidali della sua quota virile di debito solidale.

Allora, che significato, che valore avrebbe in pratica la responsabilità e l'esposizione degli altri condebitori solidali? Resterebbe del tutto lettera morta: l'obbligazione, in ultima analisi, graverebbe tutta su quello dei condebitori solidali, il quale ha la sfortuna di possedere un credito verso il creditore comune. A questa conseguenza enorme osterebbe il fatto che il condebitore non creditore abuserebbe di un credito non suo. E perchè l'uso non trascenda in abuso, conviene accordare anche a questo condebitore solidale il beneficio di contrapporre la compensazione al creditore comune, ma appunto di contrapporla ad esso nei limiti dell'impegno legale del proprio condebitore possessore del credito speciale, in rapporto cogli altri condebitori solidali, ossia nei limiti della quota che su quel condebitore ad un tempo creditore del creditore comune grava per effetto di legge.

61. Ma, dopo aver letto l'art. 1290, sorge spontanea la domanda; quale disposizione deve applicarsi al fideiussore solidale? come deve disciplinarsi la di costui responsabilità di fronte al creditore comune in ordine alla compensazione del credito che il suo debitor principale vanta appunto contro quel creditore?

L'articolo 1907 del codice civile, trattando degli effetti della fideiussione tra il creditore e il fideiussore, dispone che questi non è tenuto a pagare il creditore se non in mancanza del debitore principale, il quale deve preventivamente essere escusso; eccetto che il fideiussore stesso abbia rinunziato al beneficio dell'escussione in solido col debitore. In questo caso (prosegue l'articolo) l'effetto della sua obbligazione si regola con gli stessi principii stabiliti riguardo ai debiti in solido. La giurisprudenza poi ammonì che una tale parificazione della fideiussione solidale col debito solidale si deve intendere discretamente, ragionevolmente; che però non è completa e non si estende a tutti i rapporti giuridici; poichè in caso diverso l'istituto della fideiussione solidale si renderebbe un nome vano, non avrebbe senso, non corrisponderebbe a speciali determinati effetti giuridici, come deve avverarsi in ogni istituto giuridico a sè stante e dotato di vita autonoma. E così si volle insistere sull'indole accessoria della fideiussione rispetto all'obbligazione principale (indole accessoria persistente e sussistente anche nel caso del vincolo di solidarietà); sebbene la fideiussione solidale, limitatamente al diritto del creditore di chiamare in giudizio il fideiussore come se fosse l'unico suo debitore, a questa obbligazione principale sia del tutto parificata per effetto di un'interpretazione che limpida discende dall'art. 1189. Ma a questa parificazione tra il debitore e il fideiussore solidale nell'ordine di escussione non fanno corona altre parificazioni. Così l'art. 1928, che dispone la liberazione del fideiussore anche solidale, allorchè per fatto del creditore non può aver luogo a favore di esso la surrogazione nelle ragioni, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore, non soffre interpretazione estensiva al condebitore solidale. Il beneficio *cedendarum actionum* infatti è frutto di una disposizione eccezionale, che nè la logica nè lo spirito della legge fa ritenere applicabile al debitore solidale, poichè la surrogazione ch'è propria del fideiussore nelle ragioni del creditore non è propria logicamente del debitore principale: ed è naturale sol che si consideri potere il fideiussore (il quale nell'obbligazione accede solo in sussidio del debitore principale) rivalersi contro questo di quanto per lui pagò e non

potere il debitore principale rivalersi contro il fideiussore suo di quanto egli (debitore principale) pagò per sè e non per il proprio garante. Si stabilì inoltre che il fideiussore, anche solidale, non è rappresentato in giudizio dal debitore principale, e quindi una sentenza resa contro quest'ultimo non si può invocare contro il suo fideiussore: e questa risoluzione si fece risalire fino alla distinzione bartolista tra chi garantisce un contratto e chi garantisce gli effetti di un giudicato, ammettendo esecutiva di pien diritto contro il fideiussore la sentenza resa contro il debitore principale ed escludendo una tale esecutività nel primo caso in cui occorrerebbe un nuovo giudicato contro il fideiussore.

62. Da quanto si è detto finora risulta dunque fino all'evidenza che, come il condebitore solidale può opporre al creditore comune solo quella parte del debito compensabile che appartiene ad un altro suo condebitore solidale fino alla concorrenza della quota del costui debito *pro virili* nei rapporti con gli altri condebitori, così il fideiussore solidale non può al creditore comune contrapporre se non quella parte del debito compensabile che corrisponde appunto a quella quota virile. E perciò al fideiussore solidale è applicabile non la prima ma la seconda parte dell'art. 1290 cod. civ., poichè, quanto all'ordine di escussione e a tutto ciò che riguarda l'escussione stessa nelle sue ultime conseguenze, il fideiussore solidale si distacca dalla categoria de' fideiussori semplici e rientra in quella dei condebitori solidali, ai quali per questo effetto resta completamente assimilato. Diciamo che è applicabile la seconda parte dell'articolo 1290, ma soltanto quando il proprio debitore garantito è a sua volta condebitore solidale con altri condebitori verso un medesimo creditore.

Quid iuris, peraltro, allorquando il debitore garantito dalla fideiussione solidale è unico debitore e non ha per suo sollievo altri condebitori? Allora non può dirsi che il condebitore solidale trasmetta al proprio fideiussore solidale le proprie ragioni a valersi per quota virile della compensazione accordata ad altro dei condebitori solidali. Allora il fideiussore solidale si trova solo a rispondere in proprio di fronte al creditore.

Il Giorgi (1) osserva che, poichè di fronte al fideiussore solidale la quota del debitore principale consiste nel debito intero, ne consegue che la compensazione in capo del debitor principale giova legalmente anche al fideiussore in solido ed estingue il debito a profitto del fideiussore, il quale può sempre a questo effetto servirsi del credito del debitore principale come se fosse suo proprio.

E sta benissimo. Anzi questa soluzione prova mirabilmente, secondo i principî che governano la materia, quale enorme differenza esista tra il fideiussore solidale e il debitore solidale: il che si vedrà meglio ora esemplificando. Per un debito solidale di lire 10,000 si hanno cinque debitori solidali, uno dei quali ha un credito verso il creditore comune per lire 5,000, fornito di tutti i requisiti necessari per la compensazione. Il creditore comune escute per sue ragioni particolari non già quello dei debitori solidali ch'è ad un tempo suo creditore speciale, ma uno qualunque degli altri quattro condebitori solidali: talchè il debitore solidale escusso non può opporgli la compensazione se non per lire 1,000 e deve rassegnarsi a pagare in contanti le residue lire 9,000. Facciamo invece il caso che per lo stesso debito solidale di lire 10,000 si abbiano quattro condebitori solidali ed un fideiussore solidale di uno di questi condebitori solidali: e che appunto uno di questi condebitori solidali abbia verso il creditore comune un credito compensabile di lire 5,000. Ora, se il fideiussore solidale ha garantito l'obbligazione di quel condebitore solidale al quale appartiene il credito compensabile, egli al creditore comune che lo escuta può opporre in compensazione tutte le lire 5,000 costituenti il credito del suo garantito, perchè ne ha gli stessi diritti e gli stessi obblighi, pagando in contanti (per liberarsi del tutto) le residuali lire 5,000. E il condebitore solidale da lui garantito, agli effetti dell'art. 1199, può ripetere in questo caso da ciascuno degli altri tre condebitori solidali la somma di lire 2,500 caduno: con che egli si trova di avere sborsato, pur compensando l'intero debito col creditore comune per tramite del proprio fideiussore solidale, nè più nè meno della propria quota virile dell'intero debito, senza intaccare il diritto del creditore comune di escutere a suo piacimento l'uno anzichè l'altro dei coobbligati solidali. Nell'ipotesi precedente dei cinque condebitori solidali, invece, ciascuno, compensazione a parte, doveva, in ultima analisi, contribuire di proprio per lire 2,000 a colui che era stato prescelto dal creditore comune in propria soddisfazione. Esaminiamo ora l'ultimo caso. Supponiamo che il debito solidale sia sempre di lire 10,000, che si abbiano quattro condebitori solidali ed un fideiussore solidale; ma che il fideiusssore solidale non garantisca il debito di quello tra i condebitori solidali che ha un credito proprio di lire 5,000 da compensare col credito del creditore comune. Supponiamo che il creditore comune creda conveniente di escuter lui, fideiussore solidale. Egli, il fideiussore solidale, pur dovendo rispondere dell'intiero debito solidale di lire 10,000, potrà invocare in compensazione quelle stesse lire 1,250 che potrebbe invocare il proprio debitore principale, quale condebitore solidale partecipante *pro virili* alla compensazione del credito di lire 5,000: e, invocando in compensazione lire 1,250, dovrà sborsare in contanti lire 8,750: salvo sempre a rivalersene contro il proprio debitore principale e a mutuare le costui ragioni derivanti dall'art. 1199 contro gli altri condebitori solidali. Infatti il proprio debitore principale potrà farsi rimborsare nell'interesse del fideiussore (come avrebbe potuto farsi rimborsare nel suo interesse se avesse pagato egli direttamente) lire 2,500 da ciascuno degli altri tre condebitori solidali, giungendo alle stesse conseguenze di reparto come nel caso precedente.

Lo stesso computo e le stesse proporzioni poi debbonsi mantenere diminuendo il numero dei condebitori solidali, anche se di altrettanto aumenti quello dei fideiussori solidali di uno solo o di più dei detti condebitori. Il fideiussore, dunque, non conta affatto pel reparto di cui all'art. 1199, perchè egli non è conosciuto direttamente dai condebitori solidali che alleviano il condebitore solidale per lui garantito dal peso dell'intiera obbligazione, se non di fronte al creditore comune, almeno nella finale liquidazione tra condebitori solidali. Quindi, mentre se fosse un condebitore solidale avrebbe diritto ad un rimborso diretto di lire 2,500 da ciascuno degli altri condebitori solidali, direttamente; essendo invece un fideiussore solidale di uno dei condebitori solidali, pur coll'onere di pagare l'intiero debito, non ha diritto che ad un rimborso di lire 1,250 da ciascuno dei condebitori solidali da lui non garantiti: e questo diritto ha solo indirettamente, in quanto può surrogarsi per legge nelle ragioni di colui ch'egli ebbe a garantire, non perchè gli sia lecito mettersi di fronte ai condebitori solidali da lui

(1) Op. cit., vol. VIII, § 28.

non garantiti e che non lo conoscono punto e molto meno di sperimentare contro di essi una qualsiasi azione diretta, *de iure proprio*.

63. Da qual disposizione di legge è conferito al fideiussore che pagò per il suo debitore principale il diritto di surrogarsi in tutte le costui legittime pretese, di chiamare il condebitore o i condebitori solidali a contributo, giusta l'articolo 1199, per la loro quota virile dell'intiero debito solidale?

Basterebbero i principî generali di diritto, per cui, non potendo nè il creditore nè i coobbligati solidali sottrarsi ai propri impegni e arricchirsi, magari d'accordo con uno degli altri condebitori solidali, ai danni del fideiussore solidale di quest'ultimo, il fideiussore solidale, giustificando una tal sua posizione giuridica, potrebbe direttamente farsi innanzi e direttamente affrontare, mutuate le ragioni dell'una volta suo garantito ed ora suo debitore, i condebitori solidali di esso per il pagamento della quota virile di riparto. È risaputo infatti che colui, il quale ha pagato per un altro ch'era obbligato al pagamento può derivare da costui, diventato suo debitore (a meno che il pagamento fatto per conto d'un altro non rivesta l'indole giuridica di una donazione), può derivare le ragioni dello stesso suo debitore e queste ragioni contrapporre come ed a chi del caso. Infatti un creditore ha pieno diritto su tutto quanto il patrimonio del suo debitore, o che consista in danaro o che consista in azioni o in crediti: e, se ha questo diritto, se se ne può servire contro i terzi, deve avere anche le azioni e le eccezioni che sono atte a farle valere; altrimenti il diritto stesso resterebbe inoperoso e privo di efficacia.

La cosa è tanto evidente, di fronte ai principî generali del diritto, che il nostro codice non ha neppure creduto necessario di sancirla con apposita disposizione; mentre all'articolo 1251 e seguenti consacrava la surrogazione nei diritti del creditore a favore di un terzo che paga, e nell'articolo 1915 e seguenti disciplinava il regresso del fideiussore che ha pagato contro il debitore principale quasi come attuazione della surroga legale stessa di chi ha pagato per chi avrebbe dovuto pagare. Anzi, per vero dire, vi sarebbe l'art. 1253, n. 3°, riguardante la surrogazione *de iure* a vantaggio di colui che, essendo obbligato con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo e lo soddisfece: e questa surrogazione potrebbe benissimo applicarsi al fideiussore solidale che pagò e per aver pagato rimase legalmente surrogato ai crediti di rivalsa spettanti al debitore solidale, da lui garantito, contro i suoi condebitori solidali all'effetto della ripartizione per quote virili del debito comune soddisfatto da esso condebitore solidale garantito, o per lui dal suo garante e fideiussore solidale. Come non vi è difficoltà di applicare quest'articolo al condebitore solidale, così non deve esservi difficoltà di applicarlo al fideiussore solidale, il quale è perfettamente parificato al primo vuoi per la escussione quale di lui può fare il creditore a preferenza che sugli altri, vuoi senza dubbio per le conseguenze che da una tale escussione possono derivare. Nè a questo ragionamento osta l'art. 1130 cod. civ., giusta il quale i contratti non hanno effetto che tra le parti contraenti, nè pregiudicano o giovano ai terzi fuorchè nei casi stabiliti dalla legge; poichè i creditori non sono già terzi, ma sono aventi causa, allorchè, per tutelare i loro diritti o per ottenerne soddisfazione, sperimentano le azioni che il loro debitore ha contro i terzi (1). Dunque il fideiussore può agire per la ripartizione in quote virili tra i condebitori solidali del debito comune da lui pagato per intiero, solo mutuando le ragioni del suo garantito e non per diritto proprio: laonde le osservazioni da noi fatte sopra, per distinguere gli effetti che la compensazione contrapposta al creditore comune può produrre in favore di un condebitore solidale, dagli effetti che la compensazione stessa può produrre a favore di un fideiussore solidale, reggono nè possono essere infirmate per verun riguardo da serie obbiezioni.

CAPO X. — Dei debitori ceduti.

64. L'accettazione della cessione in rapporto con la compensazione. — 65. Richiamo dei principî generali sulla cessione. — 66. Necessità della notificazione della cessione al debitore ceduto, per gli effetti della compensazione.

64. L'art. 1291 considera la compensazione in rapporto con la cessione, e dispone che il debitore, il quale senza condizione o riserva ha consentito alla cessione che il creditore ha fatto delle sue ragioni ad un terzo, non può opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente prima dell'accettazione o se non avesse accettato. L'accettazione della cessione è dunque una specie di rinunzia implicita ad opporre la compensazione, inquantochè si suppone che il debitore ceduto si accontenti di perdere il vecchio creditore e di acquistare il nuovo.

Questa accettazione può anche essere tacita? Per verità nè dallo spirito nè dalla lettera dell'art. 1291 o di altre disposizioni risulta che la medesima debba essere espressa per avere piena validità ai sensi di legge: e però, in mancanza di una disposizione apposita la quale prescriva che la detta accettazione debba rivestire certe forme esteriori e neppure una forma esteriore ad espressione elementare, si vogliono applicare i principî generali di diritto che disciplinano la materia delle accettazioni. Si devono tener presenti tutte le circostanze di fatto e i dati di diritto che accompagnano la cessione stessa da parte del debitore ceduto. Se questi rimase completamente inerte e passivo di fronte alla cessione; se questa sua inerzia non può attribuirsi ad altra causa, fuorchè alla volontà ferma e cosciente di rassegnarsi al nuovo creditore; se egli poteva ritenere e mostrò ritenere essere del suo interesse o non pregiudicare il suo interesse questo passaggio: in tali casi non può dubitarsi ch'egli abbia tacitamente assentito alla propria cessione e che assentendo abbia rinunziato alla compensazione verso il nuovo creditore per un credito ch'egli vantava soltanto verso il creditore precedente. Se invece si potesse interpretare il suo silenzio come dovuto ad altra causa qualsivoglia diversa dalla rinuncia, allora certamente si dovrebbe preferire la spiegazione che non risponde alla rinuncia stessa: poichè le rinuncie non si presumono mai di preferenza ad altre presunzioni che bastino a spiegare un fatto od una omissione, la quale di per sè non offra dati sufficienti di chiarezza. Si tratta dunque di vedere quale sia la vera e sana interpretazione del silenzio; se questo silenzio non ammetta altra spiegazione fuorchè l'accettazione della cessione, o se invece possa ascriversi ad altra causa determinante la volontà del debitore ceduto di tacere e di non muovere opposizione alla cessione del proprio debito. E anche in questo incontro conviene far uso assai moderatamente delle presunzioni, specie delle presunzioni *hominis*: poichè

(1) Cass. Roma, 11 marzo 1887, *Pediconi* c. *Relassi* (*Legge*, 1887, I, 577).

in genere non si può ricorrere ad esse se non quando siavi stretta necessità di farlo e a quelle dell'uomo in modo speciale poi non si deve fare appello se non quando la legge tace oppure quando la legge le autorizza, appunto in vista della necessità di dare a fatti negativi una spiegazione giuridica soddisfacente e plausibile.

65. Ma qui non basta contentarsi d'interpretare l'art. 1291, 1ª parte; è d'uopo inoltre, a maggior chiarimento della materia, richiamare le discipline generali sulla cessione dei crediti o di altri diritti, e soprattutto l'art. 1539.

Quest'articolo dispone che il cessionario non ha diritto verso i terzi se non dopo fatta l'intimazione al debitore della seguita cessione, ovvero quando il debitore abbia accettato la cessione con atto autentico. Su quest'articolo varia e discordante si svolse la giurisprudenza. Parve che, facendo la legge espresso riferimento all'intimazione, rispetto al debitore ceduto dessa non ammettesse altra scienza che quella derivante dall'atto formale di notificazione, al quale non possa supplirsi per via di equipollenti, foss'anche con un atto protestativo (1). E questa sembra infatti la soluzione più logica e più giusta: poichè, se il legislatore avesse voluto dar luogo agli equipollenti, non avrebbe parlato d'intimazione dell'avvenuta cessione o di accettazione della cessione stessa per atto autentico: egli si sarebbe limitato a dire semplicemente che il diritto del cessionario sorge dopo la notizia che ha il debitore della fatta cessione. Ma provvidamente la legge ha richiesto l'intimazione o l'atto autentico, perchè, dovendosi determinare i diritti del cessionario verso i terzi, era necessario che a costoro potesse mostrarsi e contrapporsi una notificazione o un atto pubblico, per ingenerare in loro una persuasione immediata, senza che fosse mestieri di mettere a parte questi terzi di un ordine complicato d'idee e di prove, delle quali essi stessi sono naturalmente portati a diffidare sospettando tranelli. Invece il terzo, quando gli è mostrato l'atto intimato al debitore ceduto, ovvero l'atto autentico dell'accettazione fatta dal debitore stesso, non può dubitare un sol momento della veridicità delle affermazioni del cessionario e deve fare omaggio all'evidenza delle prove; imperciocchè, data l'intimazione, il debitore ceduto non può ignorare la cessione, e, data l'accettazione, è lo stesso ceduto il quale direttamente interviene (fors'anche per un corrispettivo) a fare atto di riconoscimento verso il nuovo creditore. Tolta dunque di mezzo la ricerca e la prova assai indaginosa sulla scienza o meno che per vie più o meno dirette il debitore ceduto possa avere acquistato dell'avvenuta cessione, resta una prova più semplice, circondata dalle garanzie della intimazione per mezzo d'usciere oppure dell'autenticità dell'atto: per lo che, in omaggio alla legge del minimo mezzo, si raggiunge lo stesso scopo di far constare la scienza del debitore ceduto evitando difficoltà d'ogni genere nella prova della scienza. Bene dunque e provvidamente la legge, esigendo una data specie e forma di prove, ha implicitamente escluso ogni altra specie e forma, ogni presunzione, ogni ricerca indiretta; sempre, peraltro, nei rapporti tra il cessionario e i terzi e non tra il cessionario e il ceduto, le cui relazioni possono essere regolate anche da prove indirette o da presunzioni, a seconda dei casi.

Infatti, quanto al rapporto o ai rapporti tra cessionario e ceduto, la legge non ha nulla da aggiungere o da togliere a quello che trovasi stabilito nella teoria generale delle prove; se non quanto è detto nell'art. 1540, che cioè il debitore ceduto è validamente liberato se ha pagato al cedente, prima che questi o il cessionario gli abbia notificato la cessione. Tutto ciò che si è stabilito per il pagamento deve ritenersi applicabile anche alla compensazione, la quale opera *ad instar solutionis:* e però si dirà che il debitore ceduto è validamente liberato se ed in quanto ha compensato col cedente, prima che questi o il cessionario gli abbia notificato la cessione. Il cessionario dunque, come deve rispettare il pagamento anteriore, così deve rispettare la compensazione anteriore, senza che il cessionario possa opporre la mancanza di data certa alla quietanza comprovante il pagamento: potendo la prova stessa del pagamento risultare anche da atti posteriori alla notificazione, purchè questi provino chiaramente che il pagamento ebbe luogo prima di essa. Ciò significa, in altri termini, che la cessione non notificata al ceduto si fa a tutto rischio e pericolo del cessionario anche nei rapporti tra ceduto, cedente e cessionario all'infuori dei terzi; se ed in quanto però il pagamento può rappresentare un mezzo liberatario pel debitore.

Ma non tutti i rapporti tra un debitore e un creditore si concentrano nel pagamento: poichè non solo vi sono delle cause liberatorie diverse dal pagamento, ma oltre al rapporto liberatorio tra debitore e creditore posson sorgere i rapporti conservativi del debito stesso, tendenti ad assicurare e mantenere le garanzie del credito, a difenderlo dagli assalti degli estranei, a valersene ove occorra come eccezione. Quindi non è escluso che il cessionario, anche quando la cessione non è stata notificata al debitore ceduto, possa contrapporre ad esso in compensazione il credito, senza che il cedente o il ceduto possano efficacemente opporvisi, a meno che il debitore non abbia pagato al cedente prima della cessione. Così, malgrado la mancanza di notificazione della cessione, può il cessionario far rinnovare l'iscrizione ipotecaria assunta una prima volta dal cedente: poichè, in questo caso, non si tratta nè di discutere sulla liberazione o meno del debitore, nè di pretendere dei diritti contro terzi.

Si può domandare peraltro: se un terzo dopo rinnovata l'ipoteca dal cessionario, il quale abbia trascurato la intimazione della cessione al debitore ceduto o la costui accettazione della cessione stessa, inscrive un'altra ipoteca sullo stesso stabile, ha egli diritto di esigere che gli sia accordato un grado anteriore a quello della ipoteca rinnovata dal cessionario nel proprio interesse in ordine alla ricevuta cessione? È risaputo che la rinnovazione dell'ipoteca (articolo 2001 cod. civ.) non produce nuovi effetti in confronto della iscrizione primitiva, ma conserva gli effetti precedenti, rimanendo l'iscrizione, sebbene rinnovata, sempre una sola e identica per ogni effetto di legge. Dunque, se la iscrizione resta qual'era, deve conservare benanche il grado che aveva quando sorse per la prima volta: nè i terzi, una volta fattane la rinnovazione, possono pretendere di abbassarla ad un grado inferiore. Ma il conservatore potrà rifiutarsi, invocando l'art. 1539 cod. civ., alla rinnovazione della ipoteca, quando non gli resulti che il debitore ceduto sia stato regolarmente intimato od abbia accettato la cessione?

(1) La Cass. di Napoli (6 nov. 1885, *Carpinelli* c. *Meriglia: Giurispr. It.*, 1886, 48), quella di Torino (17 agosto 1886, *Massel* c. *Rolfo: Giurispr. Ital.*, 1886, 598), quella di Roma (30 novembre 1881, *Galisai* c. *Angioi: Legge*, 1882, I, 547) si pronunciarono appunto per la necessità della notificazione, escludendo ogni uso di equipollenti: tanto sembrò ad esse imperativa e categorica la parola della legge.

No: poichè non solo non vi è disposizione precisa di legge o regolamento che obblighi a questo il conservatore (che anzi per l'art. 1994 il cessionario, come la persona surrogata, come il creditore che ha in pegno il credito inscritto, può sempre e senza provare l'intimazione nè l'accettazione fare annotare in margine o in calce dell'iscrizione presa dal suo autore la cessione, solo consegnando al conservatore l'atto relativo), ma neppure l'art. 1539 produce difficoltà di sorta. Infatti senza dubbio rinnovare un'iscrizione ipotecaria per un credito risultante da cessione non significa acquistare od esercitare diritti verso o contro i terzi, ma significa conservare il diritto acquistato dal primo autore, il cedente, contro il debitore, sia pure in concorso eventuale con i terzi; i quali ultimi ad ogni modo non avrebbero già da sottostare ad un nuovo concorso, ma soltanto non sarebbero liberati dal concorso antico.

66. Resta dunque stabilito che, se il debitore ceduto ha compensato col creditore cedente prima che questi o il cessionario gli abbia notificato la cessione, egli è validamente liberato anche di fronte al cessionario; ma resta pure stabilito che il cessionario non ha diritto di compensare il proprio credito verso il ceduto con un credito che questi abbia verso di lui se non dopo fatta ad esso l'intimazione della seguita cessione oppure quando il debitore abbia accettata la cessione con atto autentico. Noi respingiamo pertanto la opinione di coloro che ritengono non necessaria la notificazione letterale dell'atto di cessione rispetto al debitore ceduto; e specialmente poi l'opinione che all'intimazione possa supplire la scienza avuta per altri mezzi dal debitore ceduto (quando non sia però una notizia generica ed indiretta, ma indubitata e specifica, da potersi equiparare all'intimazione ed all'accettazione) e che per le cessioni verbali possa anche una semplice circolare tener luogo d'intimazione. Queste opinioni sono addirittura arbitrarie e destituite di fondamento nella legge, la quale ha voluto esigere in modo formale ed assoluto l'intimazione o l'accettazione per atto pubblico, appunto perchè il cessionario, nell'agire contro i terzi, possa mostrare ad essi (che non possono del resto esser tratti a bada per un giudizio lungo e indaginoso) o la notifica ricevuta per mano d'usciere o l'atto autentico dal quale consti della di lui accettazione. Allora il terzo non solo non potrà sollevare eccezioni dilatorie, ma non potrà neppure concepir dubbî o timori sulla validità di un eventuale pagamento fatto nelle mani del cessionario, il quale si presenta a lui munito di documenti così irrefragabili e per i quali il terzo stesso è garantito da ogni eventuale molestia.

Ora l'art. 1291 cod. civ., anche nella seconda parte (in cui si dispone che la cessione non accettata dal debitore, ma che gli fu notificata, non impedisce la compensazione fuorchè dei crediti posteriori alla notificazione), disciplinando i rapporti del debitore ceduto col creditore cessionario in ordine ad una compensazione che il debitore stesso avrebbe potuto opporre prima dell'accettazione al creditore cedente, non contrasta coll'art. 1539, che concerne il diritto del cessionario verso i terzi, nè coll'art. 1540, che regola la liberazione del debitore il quale abbia pagato al cedente prima che questi o il cessionario abbia a lui notificata la cessione. Anzi l'alinea dell'art. 1291, disponendo per l'appunto che la cessione non accettata dal debitore ma a lui notificata non impedisca la compensazione fuorchè dei crediti posteriori alla notificazione, non fa che confermare la regola dell'articolo 1540, che cioè il debitore sia validamente liberato se ha pagato al cedente (o se ha compensato col cedente stesso) prima che questi o il cessionario gli abbia notificato la cessione, e non se ha pagato dopo. Evidentemente, l'art. 1540 non ha considerato il caso dell'accettazione, non perchè il debitore possa ritenersi validamente liberato se ha compensato col cedente, dopo di avere comunque accettato la cessione; ma perchè, bastando la semplice notificazione per diffidare il debitore ceduto da qualsiasi postuma compensazione col cedente, l'accettazione è molto di più di una semplice notificazione e perciò vincola a maggior ragione (senza necessità di apposita diffida e più di qualsiasi diffida) il debitore ceduto. E questa maggiore efficacia di vincolo trova appunto la sua traduzione nella prima parte dell'art. 1291, per la quale il debitore non può opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente prima dell'accettazione, operando questa come rinunzia anche alla compensazione già verificatasi *ipso iure*, ma non ancora opposta dal debitore ceduto nè applicata dal giudice *ope legis*, in forza del potere a ciò attribuitogli.

Capo XI. — Computazione delle spese e danni.

67. Inutilità dell'estremo dell'identità topografica. — 68. Valutazione delle spese di trasporto. — 69. Valutazione del *quod interest*.

67. Il fatto che due debiti non siano pagabili nello stesso luogo non ostacola la compensazione dei debiti stessi, quando essi riuniscano tutti i requisiti di reciprocità, di omogeneità, di liquidità, di esigibilità voluti e determinati dai principî generali sulla compensazione. Se si ritenesse il contrario, si guasterebbe lo spirito e la lettera della legge e si creerebbe per la compensabilità un requisito che la legge non ha punto richiesto. Peraltro è ben naturale che, se per effettuare il pagamento dei debiti si debbono incontrare spese le quali cederebbero in aumento o in diminuzione dei debiti stessi isolatamente considerati, delle spese stesse si debba tener conto anche allorchè, per la contrapposizione giuridica dei due debiti, anzichè due pagamenti diversi e separati, interviene la compensazione *ad instar solutionis*. Poichè la compensazione non può operare in modo diverso dal pagamento: e, se nel pagamento si doveva computare una spesa necessaria, la stessa spesa necessaria vuole anche essere computata agli effetti della compensazione, non potendosi ammettere che una liberazione per mezzo di compensazione operi in modo diverso da una liberazione per mezzo di pagamento. Per farsi quindi un concetto esatto delle spese che possono e di quelle che non debbono entrare nel computo della compensazione, conviene ricorrere senza meno all'analogia col pagamento: ed anche l'analogia col pagamento potrà fornire una regola atta a chiarire a carico di quale delle due parti compensanti debbano computarsi le spese stesse nel calcolo della compensazione e quali spese di questo genere e in quale misura debbano per avventura addossarsi ad un tempo all'una ed all'altra delle due parti compensanti.

Le spese del pagamento sono a carico del debitore, dispone l'art. 1250 codice civile: s'intende, naturalmente, le spese necessarie all'effettuazione del pagamento stesso, poichè le spese che s'incontrano per fatto del creditore o del debitore e che sono indipendenti dal pagamento, sebbene in occasione di esso, non entrano naturalmente nel calcolo di quest'articolo La ragione della disposizione che le spese del pagamento sono poste a carico del debitore sta in ciò, che, essendo il pagamento stesso un mezzo liberatorio dell'ob-

bligazione alla quale si riferisce, esso avviene soprattutto nell'interesse di chi deve liberarsi dalla responsabilità e dai fastidi di un giudizio le cui spese sarebbero a di lui carico. Acquistata che abbia il debitore la prova del fatto pagamento, egli ha la prova di aver soddisfatto ai propri impegni: e, se vuole mettersi in tal condizione da poter contrapporre il fatto pagamento, deve evidentemente sostener le spese del pagamento stesso. Con un documento di quietanza egli si prepara un'eccezione in un eventuale giudizio che il creditore per avventura possa contro di lui promuovere; e perciò questo documento il debitore stesso deve procurarselo a sue spese ed a sua cura, per quanto è suo interesse di procurarsi un mezzo di difesa in un eventuale giudizio. Quindi nessun dubbio che tutte le spese preparatorie ed esecutive del pagamento, e molto più il documento liberatorio, ossia la quietanza, debbano essere a carico del debitore: e tra queste spese sta senza dubbio quella del trasporto al luogo del pagamento, come ve ne sono anche delle altre di cui non si parla affatto nell'art. 1292.

68. A questo punto sorge spontanea la domanda perchè il legislatore non abbia pensato e disposto se non intorno alle spese di trasporto. La risposta sembra agevole. Facciamo l'ipotesi che si tratti del pagamento di cosa e non di denaro, perchè il pagamento di denaro ai giorni nostri da luogo a luogo dello Stato si compie o senza spese o con una spesa minima, essendo la rimessa dei fondi raccomandata di solito ad un servizio di cassa gratuito per i centri commerciali di maggiore importanza. Le spese possono invece essere considerevoli, quando il pagamento sia di una determinata specie o manifattura che non si possa avere se non in un luogo determinato da una determinata fabbrica, oppure di una cosa individuale comodata e che si deve restituire dopo il fattone uso al comodante. Io vi do a comodato uno strumento musicale e voi me lo dovete restituire, anzi pagare (lo dice il capoverso dell'art. 1240 cod. civ.) portandolo al luogo fissato per la restituzione, ossia per il pagamento. Voi vi siete obbligato a consegnarmi in luogo e tempo determinati una partita di vernaccia di Sardegna, proveniente da un fondo determinato e da un determinato stabilimento di produzione vinicola; e dovete portarmela nel continente navigandola con una spesa non indifferente. Queste spese di trasporto possono raggiungere una somma considerevole per sè, anche se in confronto del valore della cosa trasportata sono di poca entità: ebbene voi, debitore della cosa, se non vi è stato patto contrario, dovete provvedere alle spese del trasporto, nè potete pretendere che io creditore le sopporti per intero o solo vi concorra in parte. Ma questa spiegazione del perchè il legislatore non abbia fatta menzione che delle spese di trasporto, riflettendoci bene sopra, noi troviamo che non è completa, che manca di qualche cosa: la lacuna che vi ravvisiamo è evidente, notevolissima.

Prendiamo invece il corrispondente articolo 1296 del codice civile francese, là ove con l'espressione *frais de la remise*, si trovano indicate quelle spese delle quali ha voluto con imperfetta traduzione tener proposito il legislatore nostro nell'art. 1292 codice civile. È ben vero che il codice francese in questo modo ha mostrato di tener conto soltanto del corso dei cambi da piazza a piazza senza occuparsi della variazione nei prezzi delle derrate o delle merci da una piazza all'altra: ma un'illuminata dottrina, facendo appello più che alle regole di analogia a quelle d'identità sostanziale fra un caso e l'altro, si è vista quasi costretta a supplire in questo senso alle lacune della legge. Quanto al nostro codice, il legislatore, disponendo per la compensazione, ha avuto in mente non la compensazione ma il pagamento; o, almeno, ha fatto come se non per la compensazione ma per il pagamento egli avesse dovuto provvedere. E valga il vero. Tizio deve a Caio mille ettolitri di grano reatino a Caserta e Caio ne deve a lui novecento a Bari. Dalla compensazione, secondo l'art. 1292, non dovrebbe risultare una differenza di cento da pagarsi a Caserta da Caio a Tizio, ma una differenza minore; poichè, essendo maggiore la spesa di trasporto dall'agro reatino a Bari che non a Caserta, un ettolitro di grano reatino trasportato a Bari deve necessariamente costare di più di un ettolitro dello stesso grano trasportato a Caserta. Questo conguaglio o ragguaglio di quantità disuguali di una sola e medesima specie (che in fondo può tradursi in ultima analisi nella diversità dei prezzi di mercato del grano reatino a Caserta e a Bari, rispettivamente) procede dall'ipotesi che la compensazione si scinda in due pagamenti. Niente, del resto, di più corretto che quest'applicazione della massima: *compensatio est ad instar solutionis;* perchè qui si fa proprio il calcolo dell'uno e dell'altro pagamento prima di conteggiare la compensazione, e questo calcolo si compie forse in un modo molto primitivo e poco commerciale, ma certo più esatto e più giusto di quanto potrebbe farsi ricorrendo ai corsi del cambio o alle mercuriali.

Certo è senza dubbio che, dovendosi per effetto dell'articolo 1292 tener conto delle spese di trasporto, si viene, più o meno, a derogare alla regola generale della liquidità dei crediti da contrapporsi in compensazione. Il giudice è costretto a fare un calcolo che non sempre può essere dei più semplici. Una parte affermerà, l'altra negherà; si porteranno delle prove, il giudice dovrà vagliarle. Nè si tratterà per fermo di questioni di diritto, ma di vere e proprie questioni di fatto. Perciò qui non si avranno crediti o debiti nello stato di liquidità, ma crediti o debiti, i quali, anche se in istato di facile liquidazione, dovranno esser liquidati dal giudice.

Che dire poi se il prodotto da liquidarsi non sia un genere di mercato nel luogo dove dovrebbe farsene il pagamento, se in questo luogo non fosse di smercio facile e usuale? Allora si dovrebbero fare i computi con le tariffe del trasporto ferroviario a velocità ordinaria o a quella velocità che nel caso speciale le circostanze di tempo avrebbero reso necessaria. Anzi questo sarebbe un sistema più ossequente alla lettera della legge; purchè, s'intende, nelle spese del trasporto si comprendano anche tutti gli accessori del trasporto stesso, quale (p. e.) il dazio d'introduzione. E il giudice farebbe sempre cosa ottima, se preferisse l'applicazione delle tariffe ferroviarie e del dazio al computo di mercuriali più o meno esatte e che potrebbero tra le parti essere oggetto d'infinite contestazioni; non solo, ma così renderebbe il debito anche meno illiquido di quello che è effettivamente, poichè i prezzi per i trasporti ferroviari non variano da un giorno all'altro e il costo del prodotto all'atto della produzione difficilmente si altera.

69. Quello che potrebbe forse essere oggetto di maggiori preoccupazioni, dal punto di vista dei principi, sarebbe la deroga alle norme generali sull'*id quod interest,* che il Giorgi (1) ravvisa nell'essersi limitate alle sole spese di trasporto quelle spese che possono e debbono entrare nel computo della compensazione: poichè egli ritiene che, secondo i prin-

(1) Op. cit., vol. VIII, § 23.

cipi generali, la legge avrebbe dovuto comprendere l'intera indennità per le perdite e per i mancati lucri a cui trovasi esposto il creditore ricevendo il pagamento fuori del luogo designato.

Se riesaminiamo il caso da noi fatto sopra di compensazione tra due debiti, entrambi egualmente di grano reatino, l'uno pagabile a Caserta e l'altro a Bari; nell'ipotesi che tra questi due pagamenti la compensazione intervenga, non v'è bisogno di trasporto tranne che per la parte residua dopo fatta la compensazione stessa, ma nel calcolo di essa deve entrare (come vedemmo) il ragguaglio per le spese di trasporto. Ora quel di Caserta potrebbe dimostrare che, se avesse avuto realmente in Caserta la rimessa dei mille ettolitri di grano reatino, egli avrebbe potuto fare su quella piazza un affare molto superiore a quello dei negoziati correnti nel locale foro annonario, poichè ricchi proprietari in quell'epoca facevano privatamente incetta non fraudolenta di reatino per semenza dei campi casertani. Quel di Bari potrebbe dimostrare che i novecento ettolitri di reatino, se gli fossero giunti a Bari in natura anzichè essergli computati in compensazione, avrebbero potuto dare occasione a lui di fare un buon'affare e di realizzare lucri considerevoli. Oppure uno solo dei due debitori che compensano, sia Tizio o Caio, può dimostrare che ha ricevuto un danno per il fatto di non aver potuto ricevere il pagamento dall'altra parte nel luogo stabilito, dal momento che invece ha avuto luogo la compensazione. E allora *quid iuris?*

Giavoleno, ricevuto alla l. 15, Dig., 16, 2, dispone appunto che una delle parti può pretendere che nella compensazione sia bensì computata una somma del suo credito proporzionata alla somma del suo debito, ma vi sia computata *cum sua causa, id est, ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit, eo loco quo convenerit pecuniam dari.* Ma una disposizione analoga non si trova nel nostro codice: e l'art. 1292, mentre fa espressa allusione alle spese del trasporto prescrivendo che queste spese siano computate nella compensazione, non esige che si tenga conto altresì del *quanti interest* per una delle parti a che il pagamento delle cose cadute in compensazione gli sia fatto nel luogo designato dal contratto. Ma noi non crediamo che sol perchè l'art. 1292 cod. civ. si occupa del caso speciale che i due debiti non siano pagabili nello stesso luogo, voglia escludere l'applicazione dei principî generali sul *quanti interest* anche per il caso che si possa dimostrare l'interesse a che uno dei due crediti caduti in compensazione anzichè compensarsi, si pagasse nel luogo pattuito.

Capo XII. — Concorso di più debiti.

70. Concorso di più debiti compensabili. — 71. Convenzione contraria delle parti e suoi effetti.

70. Che dire quando la medesima persona abbia più debiti compensabili? In questo caso l'art. 1293 dispone che si osservino per la compensazione le stesse regole che sono stabilite per l'imputazione dei pagamenti nell'art. 1258, vale a dire che il pagamento debba essere imputato al debito che a quel tempo il debitore aveva maggiore interesse di estinguere, tra quelli che erano parimenti scaduti; e in caso diverso al debito scaduto, quantunque non meno gravoso di quelli non peranco scaduti. Che se i debiti fossero di egual natura, non esprimendo neppure in questo caso la quitanza imputazione alcuna, l'imputazione si deve fare al più antico e proporzionalmente in parità di cose.

Questo che si dispose per l'imputazione dei pagamenti avendosi più debiti della stessa specie, si deve applicare anche all'imputazione dei pagamenti, quando la medesima persona abbia più debiti compensabili: e si applica questa regola, perchè, essendo la compensazione appunto *ad instar solutionis*, non si potrebbe trovare una disposizione più adatta al caso. Ben notò questa necessità di ricorrere al sistema dell'imputazione sul debito, che si aveva il maggiore interesse di estinguere, il Pothier (1); e a questa necessità volle giustamente ispirarsi il legislatore francese nell'articolo 1297 codice civile, da cui è tratto il nostro. Coll'ammettere di preferenza in compensazione quello tra i vari debiti che il debitore ha maggiore interesse di estinguere, evidentemente si fa cosa giovevole al debitore e si presume logicamente la di lui volontà, non si reca danno alcuno nè al creditore nè ai terzi.

Però l'applicazione di quest'articolo deve armonizzare coi principî elementari sulla compensazione e soprattutto non può far compensare se non uno dei vari crediti anteriori alla nascita del debito per cui chi allega la compensazione è chiamato in giudizio e non uno dei crediti posteriori alla nascita del debito stesso. Infatti, operando la compensazione *ipso iure*, quando nasce il debito, già si trova consumata, *ope legis*, al momento della nascita del debito stesso, la compensazione tra questo debito ed uno dei crediti anteriori: talchè i crediti posteriori non possono entrare nel calcolo della compensazione, quando questa abbia esaurito tutto l'ammontare del debito stesso. Esemplifichiamo. Tizio, debitore già di Caio di lire 2,000 per una causa, di lire 3,000 per altra causa e di lire 4,000 per una terza causa, diventa creditore di Caio per lire 6,000 e poi ancora debitore di esso per lire 1,000. È chiaro che quest'ultimo debito non può per nulla entrare nella compensazione, perchè la forza compensativa del credito di Tizio verso Caio non basta neppure a estinguere tutti i debiti anteriori alla nascita di quel credito: per cui per la compensazione di quei debiti anteriori si applica il disposto dell'art. 1293, ossia il sistema stesso della imputazione legale. Qualora invece per il debito o per i debiti posteriori al credito di Tizio verso Caio vi fosse margine alla compensazione (il che avrebbe luogo, se il debito o debiti anteriori al credito stesso, presi insieme, non raggiungessero la somma di lire 6,000), in questo caso anche per i debiti posteriori la compensazione avrebbe luogo secondo dispone l'art. 1293, per la parte residua dopo operata la compensazione stessa con i debiti anteriori.

L'art. 1293 pertanto non viola la regola sulla priorità del debito compensabile sorto prima che nascesse il credito col quale si compensa e sulla posteriorità del debito compensabile sorto dopo la nascita del credito stesso: e quindi, come ben nota il Pothier (loc. cit.), sebbene il debitore di un debito anteriore e di un debito posteriore alla nascita del credito abbia maggiore interesse di estinguere questo secondo anzichè il primo, tuttavia si deve compensare anzitutto il primo e la compensaziane del secondo può aver luogo solo se vi resta un margine sufficiente. Nè deve recar meraviglia che la compensazione, operando *ope legis,* debba di preferenza regolarsi sulle norme fissate dalla legge stessa, anzichè sulla scelta o sull'interesse di una o di entrambe le parti compensanti: poichè, quando la legge determina che tra due norme sia data la preferenza ad una, l'altra deve cedere in caso di collisione.

(1) *Oeuvres annotées*, par Bugnet, vol. IV, pag. 638; Paris 1861.

71. Che dire nell'ipotesi che le parti, per apposita convenzione, abbiano derogato a questa disposizione di legge ed abbiano pattuito direttamente, o indirettamente risoluto coi fatti, che la compensazione avvenga tra il credito e un debito posteriore, sebbene il credito stesso fosse preceduto da altri debiti compensabili?

Evidentemente, non trattandosi qui di una disposizione relativa al pubblico interesse, possono le parti decamparvi quando lo credano: e, siccome vi sono sempre le condizioni e i termini per la compensazione, la compensazione interviene egualmente e si compie senza difficoltà. Ma si può obbiettare la compensazione essersi già consumata *ipso iure* ed *ope legis* al momento della coesistenza del debito anteriore col credito posteriore; talchè, al giungere dei debiti posteriori, la compensazione essere già un fatto compiuto e non poter rivivere. Ne conseguirebbe che questo patto speciale di compensare il credito con un debito posteriore rimarrebbe improduttivo di effetti quando vi fossero dei debiti anteriori già compensati *ope legis* con quel credito, e al più potrebbe valere come una rinunzia pura e semplice a quella compensazione fatta e consumata *ope legis*, e non già come deroga ai principî generali sulla compensazione.

Questo discorso non è privo, lo confessiamo, di una certa speciosa apparenza. Però non è esatto, nè completo. Per convincersene, è d'uopo ritornare ai principî che disciplinano la compensazione *ipso iure*. È bensì vero infatti che la compensazione opera all'infuori di qualsiasi fatto dell'uomo, ma non ha valore se non perchè ed in quanto o la parte interessata la deduce in giudizio o il giudice stesso l'applica spontaneamente. Ma, quando nessun giudizio è stato introdotto, oppure, introdotto il giudizio, nè il giudice nè l'interessato la sollevano, la sua energia *ipso iure* resta in certo modo paralizzata e sempre allo stato di potenzialità a produrre certi effetti, senza che questi effetti ne conseguano. Allora perde questa sua potenzialità in modo assoluto, quando l'interessato (implicitamente od esplicitamente, tacitamente o in modo espresso) vi rinunzia. Ma qui si tratta sempre di quella data compensazione che sorse *ipso iure*; talchè ogni rinunzia alla compensazione di quel debito ch'è rimasto contrapposto *ipso iure* e che per un certo tempo fu atto a produrre effetti giuridici tra le parti non pregiudicherebbe le altre eventuali compensazioni coi crediti posteriori. A questo modo, allorchè arriva il patto di compensare un debito posteriore anzichè uno anteriore al credito contrapposto, questo patto porta una rinunzia alla compensazione legale, ossia a quella compensazione determinata, la quale poteva verificarsi *ipso iure* coi debiti o con uno dei debiti anteriori al credito e porta la sostituzione a questa rinunziata compensazione legale di una compensazione tutt'affatto convenzionale.

Dunque non vi è più compensazione *ipso iure;* e perciò non è punto necessario venire alla conseguenza che le parti abbiano voluto e potuto fare una deroga ai principî generali sulla compensazione, ma bensì alla conseguenza che le parti hanno rinunziato alla compensazione legale (il che era in loro potere), ma hanno nel tempo stesso dato vita ad una compensazione convenzionale all'ombra dei principî generali che disciplinano questa materia. Viceversa però, quando le parti convengono per determinare quale dei debiti anteriori al credito debba con questo compensarsi, la compensazione resta sempre legale; perchè lo aver le parti scelto un debito anzichè un altro (come quando il debitore stesso con atto unilaterale avesse presentato questa scelta) non ha altro effetto che di risparmiare al giudice la ricerca sul debito che il debitore avesse maggiore interesse di estinguere, ai sensi dell'articolo 1258 codice civile, dovendosi ritenere che il credito sul quale cade il patto sia appunto quello che il debitore ha maggiore interesse di compensare. Ma qui la compensazione resta sempre legale; e quel poco che v'ha di convenzionale riguarda soltanto l'imputazione, anzi il credito da imputarsi nella compensazione stessa, ossia riguarda un dettaglio che non può non ammettersi come facoltativo nelle parti o meglio nella parte interessata.

Capo XIII. — Diritti dei terzi.

72. Non compensabilità dei debiti scaduti prima del sequestro. — 73. Compensazione di cosa pignorata.—74. Effetti della tardiva proposizione di un credito non opposto in compensazione. — 75. Eccezione a queste regole nel caso di giusto motivo.

72. Il nostro legislatore volle anche occuparsi dei diritti acquisiti dai terzi, disponendo che la compensazione non possa aver luogo in pregiudizio di questi diritti. Aggiunse altresì che colui il quale essendo debitore divenne creditore dopo il sequestro fatto presso di sè a favore di un terzo non possa opporre la compensazione in pregiudizio di chi ottenne il sequestro. Questa disposizione si spiega facilmente coi principî che regolano il sequestro. Effetto legale del sequestro presso terzi infatti si è che questi terzi restino detentori delle cose sequestrate come sequestratari giudiziali: e che, una volta convalidato il sequestro stesso, si riconosca il diritto del sequestrante sulla cosa pignorata. Il sequestro immobilizza la somma o la cosa dovuta nelle mani del debitore, che per effetto del sequestro stesso è (sotto la sua speciale e propria responsabilità) diffidato dall'eseguire il pagamento della somma o della cosa dovuta, la quale perciò non è più liquida ed esigibile in favore del primitivo creditore; e non è più liquida ed esigibile, appunto perchè il terzo procedente la immobilizza e ne ferma il pagamento. Non essendo più esigibile, evidentemente non può essere nè pagata al creditore, ch'è debitore del terzo procedente, nè opposta ad esso per via di compensazione: a meno che il diritto alla compensazione per la contrapposizione giuridica dei due debiti non siasi acquisito prima che si fosse acquisito dal creditore procedente il diritto alla immobilizzazione. Ma, data l'ipotesi che il credito che vuolsi contrapporre in compensazione sia stato dal debitore acquistato dopo il sequestro, quel credito non si potrebbe più opporre in compensazione per non ledere i diritti del creditore sequestrante e la speciale destinazione della cosa o della somma sequestrata. E questa risoluzione che il diritto alla compensazione sorto nel debitore sequestrato in un'epoca posteriore al sequestro non possa ledere il diritto del creditore sequestrante discende anche logicamente dal principio consacrato nella nota massima *prior in tempore potior in iure,* la quale serve per regolare i rapporti tra due creditori egualmente titolati od egualmente privilegiati. Chi dunque ha acquistato un diritto anteriormente, e quando questo diritto ha la stessa forza di un altro diritto acquistato posteriormente da un altro creditore, deve essere preferito al creditore nuovo, perchè è il tempo stesso che dà maggior vigore e maggiore efficacia a questo diritto anteriormente perfezionato.

Questa disposizione pertanto relativa alla non opponibilità al creditore sequestrante di un credito sorto dopo il sequestro, agli effetti della compensazione, non è se non la mera e semplice applicazione del principio che l'articolo in esame

ha voluto consacrare in forma generale ed assoluta: che cioè la compensazione non ha luogo in pregiudizio dei diritti acquistati da un terzo. Essa non fa altro che applicare e quasi tradurre per la compensazione ciò che l'art. 1244 dispone per il pagamento. Infatti questo articolo dispone che il pagamento fatto dal debitore al suo creditore, non ostante sequestro o atto di opposizione nei modi stabiliti dalla legge, non è valido riguardo ai creditori sequestranti od opponenti, e che questi possono costringere il debitore stesso a pagare di nuovo per ciò che riguarda le loro ragioni, salvo in questo caso soltanto il regresso del debitore che ha pagato contro il creditore che non doveva ricevere il pagamento. Per atti di opposizione poi in quest'articolo s'intendono soltanto quelli che hanno luogo nel giudizio di sequestro o di pignoramento; e quindi la semplice intimazione o diffida di non pagare non dispensa il debitore dal pagamento. Ma nè atti di sequestro, nè atti di pignoramento, nè atti di diffida possono impedire i pagamenti che deve fare la Cassa dei depositi e prestiti; poichè il regolamento speciale per quest'Amministrazione esclude che atti di tale specie possano sospendere, intralciare o impedire comunque i pagamenti da farsi ai creditori in forza di legge o di convenzione.

Però è evidente che questa disposizione si applica unicamente ai crediti o debiti tra il sequestratario e il debitore sequestrato scaduti prima del sequestro: perchè, operando la compensazione per il semplice contrapposto materiale e giuridico di due debiti compensabili, quando uno di questi debiti compensabili, quello appunto che più tardi, cioè dopo il sequestro, non si troverà più in condizione di compensabilità, conserva ancora i requisiti indispensabili di omogeneità, liquidità ed esigibilità che sono richiesti per la compensazione, la compensazione stessa opera di diritto con un debito contrapposto, il quale sia fornito degli stessi requisiti elementari. Nè per il sequestro sopraggiunto può cambiare una condizione di diritto e di fatto la quale ha avuto la sua esplicazione giuridica perfetta e il cui effetto liberatorio retroattivo non è più subordinato che alla dichiarazione giudiziale, provocata o no da chi vi ha interesse: non potendo l'opera di un estraneo menomare facoltà o diritti quesiti da altri che precedentemente contrasse. Per la stessa ragione (comunque ne pensi il Giorgi (1) e la dottrina, specialmente francese, cui egli allude) a noi non sembra che la disposizione dell'art. 1294 sia inapplicabile quando, pure essendo il debito che, malgrado il sequestro, s'intende contrapporre in compensazione, sorto anteriormente al sequestro stesso, esso sia divenuto liquido soltanto posteriormente al sequestro. Il sequestrante infatti può allora con piena ragione obbiettare che, quando egli ha agito, il debito non era compensabile e oerò non poteva toglierglì il privilegio della priorità; avendo egli prevenuto con gli atti esecutivi ogni e qualsiasi tentativo di liquidazione e di compensazione. Nè, dappoichè siamo in materia di compensazione, è il caso di applicare qui le regole sulla cessione o sul deposito, come pretenderebbero i contraddittori. Che il debitore sequestratario sia divenuto, rispetto alla somma da lui dovuta al sequestrante, un depositario, non vi è dubbio. Ma il dire che il sequestratario non possa opporre al sequestrante in compensazione un debito ch'egli abbia contro di lui, allo stesso modo che il depositario non può compensare col depositante un debito proprio, non può portare alla conseguenza che a più forte ragione il sequestratario non possa opporre al sequestrante un debito ch'egli abbia verso un terzo e che ritenga compensato con un debito di questo terzo verso di lui. Non solo a noi pare che non corra l'argomento *a fortiori*, ma ci sembra per giunta che non possa correre neanche l'analogia dal deposito al sequestro, non perchè il sequestro non si traduca in una specie di deposito, ma perchè nell'ipotesi fatta sopra del deposito non vi è in giuoco alcun interesse antecedente al deposito fra l'attuale depositario e un terzo; mentre nell'ipotesi del sequestro, prima che questo giuridicamente e giudiziariamente intervenga, si è maturato un negozio di compensazione legale, vale a dire *ope legis*, che ha già prodotto i suoi interessi e ha dato luogo a diritti quesiti che non possono ora crollare di fronte ad un nuovo rapporto o ad un nuovo procedimento giudiziale in cui una delle parti cambia. Il sequestro viene e trova ciò che resta dopo il fatto compiuto della compensazione; e, se la compensazione ha assorbito tutto il debito, gli sfugge l'oggetto sol che il debitore sequestrato adduca la compensazione intervenuta.

Facciamo il caso che il debito della cui compensazione si tratta sia divenuto liquido dopo il sequestro, e però compensabile dopo il sequestro. Se la compensazione equivale al pagamento, allo stesso modo che il debito dopo il sequestro non può pagarsi nelle mani del creditore non sequestrante, non può neppure compensarsi con lo stesso, perchè la compensazione opera *ad instar solutionis*. Ammettendosi invece la compensazione, per la stessa identica ragione dovrebbe ammettersi il pagamento: il che contrasta assolutamente cogli effetti che la legge attribuisce al sequestro, finchè, bene inteso, il sequestro stesso sussiste. Annullato invece, revocato o ritirato che sia il sequestro stesso, la compensazione è libera di effettuarsi e si effettua, se il debito si mantiene tuttora in condizioni di compensabilità, retroattivamente fino all'epoca della coesistenza dei debiti e senza tener conto per nulla della temporanea sospensione che ha subito la compensabilità stessa grazie al procedimento del sequestro, che del resto quando sia il caso può anche richiamare il concorso del creditore sequestratario agli effetti della compensazione o mercè sequestro in mani proprie o mercè opportuno atto di opposizione.

73. Dalla causa del sequestro è poi ben diversa quella del pegno. Il debitore non può per suo fatto menomare le garenzie che per legge spettano al creditore sul pegno. Quindi, allorchè il credito che si vuol contrapporre in compensazione è sorto e divenuto compensabile prima che intervenga il pegno, la compensazione non è pregiudicata dal pegno stesso: e perciò il pegno è efficace in tanto, in quanto l'esistenza della garanzia non è compromessa dalla compensazione, ossia fino a che vi è margine dopo avere effettuata la compensazione.

Quanto poi alla compensazione sorta dopo il vincolo pignoratizio, essa non ha effetto sulla cosa o parte di cosa sottoposta a pegno: appunto perchè, mentre il pignoramento rende impossibile il pagamento della cosa pignorata, ne rende ancora impossibile giuridicamente la compensazione, sia pur legale: e questo deve dirsi tanto nel caso che il credito divenuto compensabile dopo la costituzione del pegno sia sorto prima, quanto se sia sorto dopo del pegno stesso.

Però si obbietta che, dal momento che il debitore a garanzia del proprio debito dà in pegno al suo creditore un suo diritto patrimoniale verso un terzo, s'impegna per ciò solo in modo implicito a non menomare le ragioni di preferenza che il credito attribuisce al creditore pignoratizio sul

(1) Op. cit., § 59.

pegno stesso e che però si presume che siasi implicitamente rinunziato da esso costituente il pegno al diritto che gli spetterebbe di contrapporre in compensazione il diritto stesso ch'è oggetto del pegno. Si dice che in questo caso la legge stessa presume la rinunzia e che questa rinunzia è preventiva se il credito non è ancora compensabile al momento in cui sorge il pegno; è posteriore, se il pegno interviene dopo ch'è sorto il diritto alla compensazione, vale a dire se il credito è divenuto compensabile prima che su di esso si costituisse il pegno.

A noi sembra peraltro che, se il creditore pignoratizio per effetto della domandata compensazione si vede sfuggire questa garanzia sulla quale egli faceva tanto assegnamento, non debba perciò ritenersi avvenuta tanta ingiustizia da autorizzare vive ed efficaci proteste del creditore stesso, di fronte alla pretesa menomazione del suo diritto. Questo *nomen iuris*, che cade, anzi è caduto in compensazione, era nel patrimonio del pignorato accanto a un debito che lo stesso pignorato aveva verso il terzo col quale ha compensato: e vi era con tutte le sue modificazioni, con tutti i suoi aumenti e diminuzioni, con tutti i diritti acquisiti su di esso dai terzi. Vi era dunque anche col diritto alla compensazione che il creditore non pignoratizio poteva affacciare verso quel *nomen iuris*, quante volte fosse stato chiamato in giudizio dal debitore pignoratizio per la soddisfazione di un altro debito. Del resto, se quel *nomen iuris*, anzichè un credito, costituisse un debito verso il terzo, talchè la compensazione fosse opponibile da questo terzo e non dal debitore pignoratizio, allora il creditore non avrebbe interesse alcuno a pignorarlo: e però, nell'unico caso in cui quel *nomen iuris* è pignorabile, esso deve costituire un credito del pignorato, e perciò, come può essere opposto in compensazione, così dev'essere ancora azionabile. Se non fosse azionabile non sarebbe neppure compensabile: ma appunto, poichè esso costituisce soltanto un valore patrimoniale nel caso che azionabile sia, così non può non avere la forza di essere contrapposto come eccezione. V'ha di più. Se esso, azionato o perseguito in giudizio, può essere paralizzato dall'eccezione di compensazione opposta dal creditore non pignoratizio (poichè questo non è nè deve essere punto pregiudicato dal pegno, non avendo avuto nessun rapporto nè legale, nè contrattuale col creditore non pignoratizio), è ben giusto che, azionandosi e perseguendosi in giudizio contro di lui il credito avverso, possa a questo essere contrapposto in compensazione il debito pignorato: altrimenti il suo valore o la sua inefficacia dipenderebbe dalla diversa procedura e non da ragioni sostanziali insite nella natura di esso.

La conclusione di ciò è che, siccome il pegno non altro rappresenta (art. 1878) se non un contratto tra il debitore e il creditore, così questo contratto non può intaccare i diritti precedentemente acquistati dai terzi, tra cui il diritto di paralizzare il credito stesso con la compensazione: diritto al quale risponde quello del debitore pignorato di contrapporre in compensazione il debito stesso. Nè vuolsi obbiettare che la compensazione costituisca un diritto esclusivo per chi la oppone e del quale il creditore sia e rimanga sempre arbitro assoluto ed esclusivo; perciocchè la compensazione, come modo di estinzione o di soddisfazione del credito, in certe circostanze può essere anche applicata perchè lo stesso creditore vi abbia interesse ed è di sua natura reciproca tra le parti. Facciamo, per esempio, l'ipotesi di una imminente decozione del debitore, che sembrerebbe aver solo egli interesse ad opporre la compensazione: in questo caso il suo creditore sarà ben lieto di liberarsi dal rispettivo debito, allo scopo di finire ogni suo rapporto di debito o credito verso l'altro, sia pure che la soddisfazione del proprio credito gli costi la compensazione del credito del proprio avversario. È infatti evidente il giudicare quali e quanti siano i pericoli non pure di esser debitore, ma anche di esser creditore verso un decotto. Quando dunque comincia a spirare il vento della decozione per il proprio debitore, ch'è ad un tempo creditore, l'altro si affretterà a regolar le partite e, anche se il prossimo alla decozione tace, sarà cura dell'altra parte di far presente al giudice l'avvenuta compensazione *ope legis* e di ottenere da esso che ne emetta solenne e formale pronuncia. Se così non fosse, un'abile costituzione di pegno ad un finto o vero creditore diverso da quello che ha interesse per la compensazione avrebbe per effetto di lasciare inestinto il credito del terzo al quale si sarebbe potuta contrapporre la compensazione come mezzo liberatorio: talchè questo terzo non pure non giungerebbe a soddisfarsi verso il debitore, ma rimarrebbe a sua volta debitore verso un estraneo, quale sarebbe in ogni caso per lui il creditore pignoratizio. Eppure il creditore non pignoratizio, per la compensazione avvenuta *ipso iure*, ha quesito il diritto di *agere sine dolo, non petens quod postea redditurus erit!*

74. L'ultimo articolo che il nostro codice dedica alla compensazione dispone che colui, il quale ha pagato un debito, estinto di diritto in forza della compensazione stessa, e poi propone il credito per cui non ha opposto la compensazione, non può in pregiudizio dei terzi valersi dei privilegi, delle ipoteche o cauzioni annesse al suo credito; semprechè non abbia avuto un giusto motivo d'ignorare il credito che avrebbe dovuto compensare il suo debito.

A proposito di questo articolo sorge anzitutto evidente e necessaria la domanda quali siano i terzi ai quali la legge si vuol riferire: e la risposta è chiara, poichè non v'ha dubbio che per terzi debbansi intendere non solo tutti quelli che non hanno preso parte alla compensazione, ma anche quelli i quali non hanno causa da coloro che alla compensazione stessa partecipano; talchè, per esercitare un'azione giudiziaria, dovrebbero servirsi del diritto proprio e non mutuare diritti dal proprio debitore. Costoro possono veramente chiamarsi terzi nel concetto della legge e come terzi non possono ricevere danno o pregiudizio di sorta per fatto di colui il quale oppone tardivamente la compensazione, dappoichè il loro diritto si è perfezionato nel senso di non ricever danno per il fatto della contrapposizione della compensazione, dal momento che colui il quale aveva interesse a farlo, non valendosi in tempo della compensazione, ha potuto dare a credere fondatamente di avervi rinunziato, anzi vi ha rinunziato col fatto, quante volte invece di attendere a piè fermo l'avversario per opporgli la compensazione, abbia estinto il suo debito in un modo diverso, cioè mercè il pagamento. In questo caso vi ha rinunzia di fatto a estinguere il debito mercè compensazione.

E bensì vero che colui, il quale ha pagato mentre poteva compensare, non ha perduto perciò il diritto di servirsi del credito stesso non contrapposto in compensazione; ma questa persistenza del diritto di chiedere il credito sta e regge soprattutto nei rapporti del suo debitore, il quale, avendo ricevuto un pagamento che non doveva ricevere, si troverebbe ingiustamente vantaggiato a scapito del proprio creditore, se questi non potesse proporre il suo credito con apposita azione. E infatti lo stesso tenore dell'art. 1295 porta alla

conseguenza che il creditore, quantunque non abbia fatto valere il suo credito in compensazione, possa tuttavia proporre un'azione apposita per realizzare il credito stesso: poichè egli certamente ha pagato male un proprio debito ch'era estinto per effetto di compensazione *ipso iure*, senza che possa dirsi con sicurezza che nè al credito nè alla compensazione abbia rinunziato. La rinunzia potrebbe cadere in questione soltanto se questo creditore fosse stato convenuto in giudizio per il debito ch'egli ha verso il proprio debitore. Se dunque il creditore non ha dato luogo a interpretare il suo contegno come rinunzia tacita o espressa, egli deve aver mezzo sempre di far valere quel credito che non ha opposto in compensazione e non già col farsi restituire come indebito il pagamento fatto, ma facendo valere il suo credito in un modo diverso, vale a dire non già in sede del giudizio in cui fu convenuto, riaprendo questo giudizio, o comunque chiedendo la restituzione di quanto pagò, ma istituendo apposita azione per farsi pagare il proprio credito.

75. Quando però il creditore abbia avuto giusto motivo d'ignorare l'esistenza del credito che avrebbe dovuto compensare il suo debito, allora questa è per lui scusa sufficiente, non già per ripetere il pagamento fatto (pagamento che ha già prodotto i debiti effetti estintivi), ma per valersi dei privilegi, ipoteche e cauzioni accordati al credito, ch'egli non oppose opportunamente in compensazione e che ora propone giudiziariamente per mezzo di azione. In questo caso il debitore che ha pagato, essendo ad un tempo creditore, dovrebbe avere la *condictio indebiti* quante volte potesse provare di aver avuto giusto motivo d'ignorare il credito: ma invece di dargli questo rimedio il legislatore, seguendo un concetto di equità, ha voluto restituirgli, anche a pregiudizio dei terzi, i privilegi, le ipoteche e le cauzioni che in caso contrario avrebbe perduto in vantaggio di questi terzi. Perchè peraltro egli possa valersi dei privilegi, delle ipoteche e delle cauzioni sopraddette, deve dimostrare di aver avuto giusto motivo d'ignorare il credito: dimostrazione questa che non è di una straordinaria facilità, dappoichè la prova del giusto motivo dell'ignoranza presuppone due prove: — la prova dell'ignoranza e la prova del giusto motivo. Ora la prova dell'ignoranza non può essere che indiretta ossia risultare da un complesso di circostanze da cui apparisca chiaro che ignoranza vi fu: soltanto la prova del giusto motivo è una prova diretta e non può risultare da circostanze indirette. Ma, tutto insieme, questa prova sembra così difficile e rende l'eccezione tanto rara, da ravvisarsi quasi inutile che la legge l'abbia consacrata espressamente: mentre, se si fosse adottata la *condictio quasi indebiti*, oltrechè non si sarebbero lesi i diritti dei terzi nè si sarebbe sostituita una molto problematica equità ai principî fondamentali, non si sarebbe, stando al testo romano ricevuto come l. 10, § 1 al., Dig., 16, 2, richiesta così rigorosamente nè la prova dell'ignoranza nè la prova del giusto motivo dell'ignoranza stessa.

La disposizione dell'art. 1295 cod. it. è alquanto disforme da quella dell'articolo 1299 codice francese, perchè, mentre questo non parlò delle cauzioni nè delle fideiussioni, il nostro codice espressamente accenna alle cauzioni, e così (senza sforzo di giurisprudenza o di dottrina) apparisce evidente che scopo del legislatore è stato quello appunto di salvare tutti i diritti dei terzi, senza distinzione. Il creditore, che abbia pagato un suo debito, invece di attendere a piè fermo di essere chiamato in giudizio per tale pagamento, riservandosi di opporre allora il proprio credito in compensazione, è incorso per virtù di legge, rinunzia a parte, nella decadenza dalla compensazione stessa e non può più giovarsene, pur mantenendo l'azione per il credito corrispondente. Perduto il diritto di compensare, *quia solverit*, il creditore perde anche i diritti annessi a questo credito: ma non perchè si possa supporre ch'egli abbia rinunziato alla compensazione operata *ipso iure*, avendo noi dimostrato che la compensazione esiste solo in potenzialità fino a che non viene dichiarata dal giudice, sibbene perchè i terzi, avendo diritto di considerare come estinto il credito pagato, hanno ragione di considerare estinte anche le garanzie accessorie a quel credito. In base a questo stato di decadenza dalle garanzie del credito non opposto in compensazione e rimasto solo azionabile, i terzi hanno potuto certamente acquistare diritti i quali verrebbero seriamente compromessi dalla ripristinazione delle garanzie cadute col credito che venne estinto per mezzo della compensazione e che ora, con poca logica invero, viene riammesso. Ma purtroppo, per essersi voluti allontanare dai sani principî di diritto, la dizione dell'art. 1295 è riuscita assai monca ed imperfetta: talchè, in sostanza, si viene a questo, che, mentre il debito non opposto in compensazione è estinto di fronte ai terzi, sembra invece non essere estinto nei rapporti tra debitore e creditore. Ciò è semplicemente enorme: perchè l'estinzione o è avvenuta o non è avvenuta. Se avvenuta, dovrebbe operare in tutto e di fronte a tutti: se non avvenuta, non dovrebbe operare di fronte a nessuno.

Capo XIV. — Compensazioni non legali.

76. Compensazione convenzionale e limiti della sua validità. — 77. Compensazione facoltativa e sua fallacia. — 78. Compensazione giudiziale non diversa dalla legale. — 79. Sua spiegazione storica.

76. Gli art. del cod. civ. dal 1285 al 1295 riguardano la compensazione legale, vale a dire la compensazione che opera *ipso iure*: ma la dottrina e la giurisprudenza accanto ad essa ammisero altresì una compensazione volontaria e una compensazione giudiziaria. La compensazione volontaria altro non è se non una forma di esplicazione di volontà libera tra le parti: per cui non è più la legge fonte di compensazione, ma la volontà delle parti nei modi possibili esplicata come ogni altro contratto. Gli scrittori moderni poi distinguono la compensazione in convenzionale propriamente detta, quando le due parti si accordano usando della facoltà che hanno di contrattare, e in facoltativa, quando una delle parti rende possibile la compensazione, rinunziando a opporre la mancanza di un requisito essenziale per la compensazione stessa. Sulla compensazione convenzionale v'è poco a dire; poichè per essa le parti hanno libera e piena facoltà di convenire a modo loro sia sopra crediti già esistenti come sopra crediti futuri, intorno alle modalità e agli effetti della compensazione stessa, anche derogando dai principî generali sanciti dalla legge per la compensazione legale. Ma vuolsi notare che, quando le parti con loro speciali convenzioni modificassero le basi essenziali della compensazione, questo speciale contratto non potrebbe a rigore chiamarsi più compensazione, ma dovrebbe assumere la denominazione di quell'istituto giuridico al quale per i suoi caratteri si può ridurre; a meno che, essendo disforme da qualsiasi istituto giuridico previsto nel codice civile, non debba ritenersi piuttosto come un contratto innominato di creazione arbitraria delle parti stesse, che non possono non avere il diritto di dar vita anche ad una convenzione nuova e non prevista dal

codice. Se ciò è in facoltà delle parti, non è però in facoltà di esse il pretendere che un istituto, il quale o non può appartenere a nessuna figura giuridica di quelle nella legge previste o non può classificarsi come vollero e pretesero le parti stesse, sia riconosciuto e disciplinato dal giudice con le norme fissate dalla legge per quel dato istituto cui le parti intendono riferirlo: a meno che queste, nell'atto della convenzione o con una convenzione posteriore, non abbiano fatto richiamo espressamente a certe date disposizioni di legge per adottarne l'applicazione al loro caso. Per le specie più interessanti di compensazione convenzionale vedi alle voci **Conto corrente, Riscontrata, Riscontro (Uffizi di).**

77. Quanto alla compensazione facoltativa, essa interviene tutte le volte che una delle parti, la quale potrebbe rifiutarsi ad ammetterla per la mancanza di un requisito essenziale alla compensazione legale, rinunzia a tener conto di tale mancanza e anzi obbliga l'altra parte a valersi della compensazione stessa. Su questa facoltà di una delle parti, la quale potrebbe opporsi alla compensazione, ma viceversa costringe l'altra parte a sottostarvi, potrebbero farsi delle eccezioni: poichè, non essendo intervenuta la compensazione *ope legis*, la parte che sarebbe costretta a riconoscerla per la rinunzia del proprio avversario, non dovrebbe ritenersi obbligata a simile riconoscimento se non per legge o per convenzione. Ora per legge non è obbligata a riconoscere tale compensazione, non essendovi una disposizione precisa che a ciò l'autorizzi: per convenzione neppure, poichè nel caso supposto la compensazione sarebbe facoltativa e volontaria per una sola delle parti, obbligatoria e involontaria invece per l'altra parte. Certo, quest'obbiezione è formidabile, e, osiamo dirlo, invincibile: talchè qualche scrittore, per es. il Ricci (1), chiama facoltativa la compensazione convenzionale e non ammette compensazione volontaria unilaterale, giacchè non ne parla. Il Borsari (2), oltre la compensazione legale e la facoltativa non ne cita alcun'altra: la compensazione che il Giorgi chiama convenzionale sembra non preoccuparlo. Però la maggior condanna del sistema della compensazione facoltativa unilaterale (ammessa purtroppo in pratica dalla giurisprudenza) consiste in questo, che gli autori non sono concordi e sono anche un poco incerti in ordine agli effetti da attribuire a una tale specie di compensazione. Si è discusso infatti se la cosiddetta compensazione facoltativa possa operare anche soltanto per una parte del debito da estinguersi e se la efficacia di essa decorra *ex tunc* dalla contrapposizione dei debiti (con effetto retroattivo, pertanto), oppure *ex nunc*, vale a dire dal momento in cui è dedotta in giudizio. Sulla prima questione il Giorgi osserva, riportando la controversia insorta nella dottrina francese, che, la compensazione operando ad *instar solutionis*, come per l'art. 1246 cod. civ. è detto che il creditore non può essere costretto a ricevere in parte il pagamento di un credito ancorchè divisibile, così deve ritenersi che il debitore non possa costringere il creditore a compensare in parte un debito quantunque divisibile. Che se nell'art. 1286 il legislatore pone un'eccezione a questo principio, per la compensazione legale, l'eccezione non può andare oltre il caso previsto nè può estendersi agli altri casi non previsti, e neppure quindi alla compensazione facoltativa, in cui tornerebbe in vigore la regola generale. Ma il Borsari, osservando che la compensazione non è un vero e proprio pagamento, sebbene operi *ad instar solutionis*, esclude l'applicabilità dell'art. 1246, e sostiene che, ammessa una volta la compensazione facoltativa quando non ricorrerebbero gli estremi della obbligatoria o legale, quella deve raggiungere il suo maggiore effetto di espansione come se fosse legale e deve rendersi veramente proficua a chi la invoca. Sulla seconda questione la dottrina è quasi concorde nell'escludere la retroattività della compensazione, facendone decorrere gli effetti *ex nunc*, cioè dal momento della domanda giudiziale: e ciò per la ragione semplicissima che la contrapposizione giuridica dei crediti avviene solo al momento in cui si manifesta in giudizio la volontà di chi può dedurla. Ma taluno, in minoranza, appellandosi a concetti di equità, vorrebbe ammettere la compensazione *ex tunc*, cioè con effetto retroattivo sino al momento in cui i due crediti o debiti compensati sorsero e si trovarono giuridicamente contrapposti: cozzando in tal modo, come acutamente osserva il Giorgi (3), coll'inconveniente che ogni debitore si prevarrebbe della sua facoltà di compensare avendo un credito fruttifero da contrapporre a un credito non fruttifero. D'altra parte, se la compensazione opera *ad instar solutionis*, certo il pagamento non può considerarsi come avvenuto al momento della eccezione sollevata giudiziariamente dal convenuto ma dal momento in cui i due debiti si presentarono materialmente l'uno di fronte all'altro se non in condizioni di perfetta compensabilità effettiva, certo in condizioni ridotte tali per effetto della sanatoria posteriore: e, quanto alla compensazione di un credito fruttifero con un credito non fruttifero, la questione si presenta anche nella compensazione legale e anche allora si trova il modo di deciderla giuridicamente ed equitativamente.

Queste contraddizioni dunque, queste oscitanze, questa timida rassomiglianza della compensazione cosiddetta facoltativa alla legale fanno sì che resti fortemente confermato il dubbio che la compensazione volontaria possa mai assumere la forma di compensazione facoltativa per una sola delle parti. Del resto, ammessa una volta, dessa può applicarsi anche nelle obbligazioni alternative, nelle facoltative ed in quelle di specie, alle quali si contrapponga l'obbligazione di un corpo certo e determinato compreso nella specie medesima o tra le cose da potersi scegliere; nelle obbligazioni condizionali o a termine, quando alla condizione o al termine si rinunci; nelle obbligazioni liquide contrapposte ad un credito illiquido, quando la domanda resti sospesa fino alla liquidazione dell'altro credito; quando manchi reciprocità, qualora questa debba verificarsi nell'interesse di chi domandando la compensazione rinunzia a dedurne la mancanza; a istanza di chi sia rimasto vittima di uno spoglio, del deponente e del comodante, quando nel costoro interesse non ha luogo la compensazione legale. E notisi che, dato il principio della compensazione facoltativa unilaterale, in tutti i casi citati si dovrebbe ammettere l'estinzione dei debiti, quando terzi potessero avere contrattato antecedentemente alla rinunzia con uno dei due debitori, sicuri e tranquilli che la compensazione non si sarebbe mai applicata per un determinato debito di colui col quale contrattano e per conseguenza contro il corrispondente credito di esso. E su tale credito questi terzi avrebbero potuto fare assegnamento senza temerlo compensabile, anzi nella certezza che, mancando di tutti gli opportuni requisiti, non si sarebbe mai compensato

(1) Op. cit., vol. VI, § 324.
(2) Op. cit., comm. agli art. 1285 e 1286.

(3) Op. cit., vol. VIII, § 79.

o almeno non si sarebbe compensato prima di un'epoca determinata. Come i terzi potrebbero far valere questa speranza, che può anche non essere stata la causa determinante delle loro convenzioni col rinunziante, per promuovere lo annullamento della rinunzia fatta, non in frode, ma in pregiudizio effettivo dei loro interessi? Non avrebbero certo in questa ipotesi il rimedio della rivocazione; potrebbe darsi ad essi la riparazione dei danni. Ma quanto non sarebbe difficile e delicata una loro azione in questo senso!

78. Ad ogni modo, se pure questo pregiudizio dei terzi si vuole indifferentemente annoverare tra le eventualità dei contratti (per cui non può dirsi mai che il contraente sia abbastanza *curiosus conditionis eius cum quo contrahit*), resta sempre la poca attitudine di questo istituto facoltativo ad essere annoverato tra le specie della compensazione, il cui precipuo carattere è di funzionare ordinata alla vera e propria retroattività *ex tunc,* cioè fino al momento della contrapposizione dei debiti compensati. Questa forma di istituto giuridico potrà essere qualche cosa di simile alla compensazione, ma non sarà mai compensazione; bensì un contratto innominato che si manifesta dagli effetti pur non avendo una fisionomia specifica e determinata d'istituto previsto dal codice. Ed ecco perchè, volendola ritenere compensazione, non solo (come vedemmo) si contrastò negli effetti di essa, specialmente sul dubbio se fosse operativa anche quando parziale, ma benanche si volle puntellarla, addossandola, come fece il Gianturco (1), alla giudiziale e comprendendola con questa sotto l'unica denominazione di facoltativa, contrapposta alla giuridica. « La compensazione legale opererebbe *ipso iure* nel momento della contemporanea esistenza dei due debiti e crediti; mentre la facoltativa avrebbe luogo in seguito a una dichiarazione di volontà della parte o di pronunziato del giudice, sia che la parte cui non può opporsi l'*exceptio compensationis* l'ammetta spontaneamente rinunziando al beneficio legale, sia che il magistrato sospenda di pronunziare sulla domanda dell'attore finchè non sia liquidato e quindi compensabile il credito dedotto dal convenuto con domanda riconvenzionale. » Così il Gianturco; il quale coerentemente risolve la questione degli interessi nel senso accettato dalla maggioranza e nota che di fronte alla compensazione legale l'opera del giudice è meramente dichiarativa e produttiva di eccezione perentoria (proponibile per la prima volta anche in grado d'appello), mentre la facoltativa è ordinata dal giudice e la relativa domanda convenzionale dev'essere proposta in prima istanza. Ma più sopra il Gianturco ha fatto comprendere di ritenere facoltativa la compensazione anche quando pronunziata dal giudice *ex officio,* all'infuori di ogni domanda riconvenzionale.

Puntellata adunque la compensazione volontaria, facoltativa, unilaterale con la compensazione giudiziale, si mettono in luce pretese analogie tra l'una e l'altra, per preparare il terreno ad un'empirica parificazione di conseguenze giuridiche, anzi per giustificare la certezza evidente di queste conseguenze (rese in un caso e nell'altro operative solo dalla pronunzia del giudice) nell'ipotesi della compensazione giudiziale con la dubbia e barcollante dottrina delle stesse conseguenze nella compensazione unilaterale. Il sistema è facile, ma non regge completamente ai colpi della critica.

Si è detto e ripetuto le mille volte che la compensazione *ope legis* può trovare la sua applicazione per solo ministero di giudice e non per eccezione di parte: appunto perchè il giudice, *pro bono et aequo* e nell'interesse dell'economia dei giudizi, può dichiarare il fatto giuridico già compiuto all'infuori di ogni umana volontà diretta al compimento di esso. Or non è più logico il ravvicinamento tra questa dichiarazione fatta dal giudice *pro bono et aequo* e di sua spontanea volontà da un canto, e dall'altro la pronuncia (che taluni ritengono dichiarativa, altri attributiva) fatta dallo stesso giudice in forza dell'arbitrio maggiore di contraddire ai requisiti rigorosamente prescritti dall'art. 1287 codice civile? Gli stessi fautori della distinzione tra l'una e l'altra funzione del giudice (2), tentennano; e, alle prese con la questione solita sull'effetto retroattivo, consigliano al giudice di pronunciarsi chiaramente e di inserire nel dispositivo della sentenza che la compensazione da lui pronunciata debba aver luogo *ex nunc* anzichè *ex tunc*. Ma anche qui, come in tema della cosiddetta compensazione facoltativa, si può domandare se, dato questo pericolo e per l'interprete e per il decidente di ritenere la retroattività, non si tratti di un istituto affine alla compensazione, piuttostochè della compensazione vera e propria. È dunque soltanto nell'equivoco e per l'equivoco che la compensazione giudiziale si può fondere con la volontaria unilaterale in una sola ed unica compensazione facoltativa.

Noi non intendiamo punto escludere la compensazione giudiziale, e anzi, oltrechè nella facoltà data al giudice di pronunziare *pro bono et aequo*, ne riconosciamo e ne riportiamo in diritto romano l'origine all'*arbitrium litis aestimandae:* arbitrio, che, cozzando con il requisito della liquidità, della omogeneità e della reciprocità, fu rettificato e temperato dalla cost. 14, Dig., 4, 31. E però ammettiamo che il giudice, all'infuori di ogni domanda di parte e quando anche manchi qualche requisito essenziale, pronunzi la compensazione: ma sempre, in omaggio alla legge procedurale del minimo mezzo, quando le indagini alle quali va incontro non producano maggior perdita di tempo nel procedimento in confronto di un giudizio separato per la realizzazione del credito che si contrappone in compensazione. Ma non ci sembra che, quando pure il giudice, servendosi di un così lato arbitrio attribuitogli dalla legge, pronunzia la compensazione, questa assuma una fisionomia particolare e diversa dalla compensazione legale. Con molto acume infatti osserva il Ricci (3) che la denominazione di « compensazione giudiziale » non è punto esatta; la compensazione non avendo luogo neppure in tal caso per virtù di sentenza. Infatti, prima che, p. e., il giudice liquidi uno dei due debiti contrapposti, non può aver luogo la compensazione *ope legis* per mancanza dell'estremo della liquidità; ma dal momento che il debito con la liquidità ha riunito tutte le condizioni necessarie per la compensazione, non è il magistrato ma la legge la causa della compensazione, la quale si opera *ministerio iuris* fin dal momento in cui il debito si è liquidato per la pronuncia del giudice, passata regolarmente in giudicato. Per non aver tenuto presenti questi savi concetti di critica, si è dovuto trovare uno scampo nella procedura, allo scopo di giustificare alla meglio, presentandolo sotto forma di domanda riconvenzionale, il preteso istituto della compensazione giudiziaria, che non si volle più considerare come una eccezione: e in ciò si è trovato un forte ostacolo nell'arti-

(1) *Istituzioni di diritto civile,* § 70; Firenze, Barbèra, 1893.
(2) V. Giorgi, Op. cit., vol. VIII, § 96.
(3) Op. cit., vol. VI, § 24.

colo 100 del codice di procedura civile, che distingue nettamente la compensazione dall'azione in riconvenzione. Da questa evidente contraddizione di parole e di sostanza lo stesso Giorgi, sebbene devoto alla compensazione giudiziale, fu tratto a confessare che la natura giuridica di quest'istituto è incerta, che la terminologia relativa non deve prendersi alla lettera; e che, ad ogni modo, resta sempre controvertibile se la compensazione in genere sia un'eccezione o una domanda riconvenzionale.

Ora non si sa come definire e caratterizzare esattamente la compensazione giudiziale, ma nondimeno se ne vogliono delimitare gli estremi e se ne vuol determinare la portata. Innanzitutto, la dottrina che considera la compensazione giudiziale distintamente dalla legale esclude che quella possa aver luogo a danno dei terzi, in pregiudizio della protezione dovuta alla causa del credito, a scapito dei diritti che nascono dalla natura del titolo o dall'indole del giudizio. Poi, sgombrato il terreno dalle esorbitanze, ritiene che la compensazione giudiziale possa darsi semprechè manchino i requisiti della liquidità, dell'omogeneità, della reciprocità, e nella contrapposizione delle colpe agli effetti civili. Quanto alla liquidità, ammesso una volta che, quando questa sia pronta e facile, debba servir di base alla compensazione legale (su di che noi osservammo che la pronta e facile liquidabilità nasconde l'effettiva liquidità preesistente alla pronunzia del giudice, di guisa da farci ritenere veramente liquido il credito apparentemente illiquido ma prontamente e facilmente liquidabile), resta alla compensazione giudiziale il credito di non pronta e di non facile liquidazione: credito che si può ridurre liquido appunto mercè l'opera intelligente del giudice, coadiuvata (se occorre) da periti, da testimonianze, da giuramenti, da tassazioni, ecc. Ora, quando il giudice, per giungere alla pronunzia della compensazione, deve completare l'istruzione della lite in via di fatto e non soltanto deve prepararne la soluzione decidendo questioni di diritto, può e deve ritenersi che o non debba ammettersi compensazione, o, ammessa una volta, debba esorbitare dal campo della compensazione giudiziale per diventare compensazione legale. Poichè in questa ipotesi è violata la legge del minimo mezzo procedurale, essendo il giudice costretto a impelagarsi in ricerche le quali più economicamente potrebbero rimandarsi ad un giudizio separato e talvolta a rendersi senza volerlo strumento di eccezioni dilatorie; sembrerebbe a noi miglior partito di escludere affatto la compensazione, legale o giudiziale che chiamar si voglia. Ma, una volta ammessa l'eventualità d'una compensazione giudiziale (come fa la giurisprudenza ora vigente), essa si compie tra cose liquide e illiquide sol quando il giudice pronuncia (in via attributiva o dichiarativa) sopra un'eccezione la quale esiga la risoluzione di questioni di fatto.

Lo stesso dicasi per i casi di mancanza del requisito della omogeneità e della reciprocità, notando che nelle ipotesi di mancanza del primo dei detti requisiti potrebbe comprendersi la compensazione di *obligationes faciendi*, della quale si discusse a proposito della compensazione legale. Questa compensazione di *obligationes faciendi*, problematica se legale, diventa possibile quando si voglia giudiziale: e appunto i fautori della compensazione giudiziale l'ammettono qui senza difficoltà. Si ammette anche tra le giudiziali la compensazione delle colpe agli effetti civili: poichè una tale compensazione, non essendo ancora stati liquidati i danni, mancherebbe del requisito essenziale della liquidità e appunto per ciò non potrebbe formare oggetto di compensazione legale. Perchè valga questo ragionamento, conviene però che la compensazione si mantenga sul terreno tracciato dalla l. 10, Dig., 16, 2 e che i danni non siano liquidati per sentenza o per convenzione; altrimenti essi non derivano più dalla colpa ma dalla liquidazione del credito che dalla colpa stessa sorge in favore del danneggiato. Allora non le colpe si compenserebbero, ma i crediti che derivano dalle colpe; e perciò il requisito della liquidità non esulerebbe e non esulando renderebbe possibile la vera e propria compensazione legale.

79. Se vera compensazione giudiziale ci deve essere e ci è (tenuto conto delle vigenti disposizioni legislative), questi ne sono i termini; queste le regole. Per noi però, lo ripetiamo, la compensazione giudiziale contrapposta alla compensazione legale, è un controsenso giuridico: e forse è dovuta alla reazione lentamente svoltasi nella dottrina e nella pratica contro il diritto barbarico che non conosceva e non ammetteva la conpensazione per non diminuire i proventi giudiziari del signore che rendeva giustizia. Queste ostilità noi troviamo non più col silenzio ma espressamente consacrate in alcune leggi del secolo IX. Ma poi il diritto romano esercitò una benefica influenza negli statuti, i quali cominciarono ad ammettere la compensazione: e questa si autorizzò anche contro il fisco per qualunque causa, solo limitatamente ad una parte del credito.

Noi supponiamo (sebbene l'ipotesi si presenti degna di una maggiore ponderazione per darle riscontro nelle prove critiche e nei documenti storici) che una tale ampia facoltà accordata al giudice di derogare ai requisiti prescritti nell'articolo 1287 codice civile, si possa spiegare come una reazione contro una pratica antecedente che specialmente nelle campagne e sotto il predominio feudale aveva resistito a lungo, mentre nella città si era prima introdotta la equità e la legge procedurale del minimo mezzo, all'ombra dei nostri gloriosi statuti. Ma oggi che il ciclo della reazione è compiuto, non sarebbe male che la dottrina, la giurisprudenza e forse anche la legislazione ritornassero sui passi già fatti per rettificare delle vere e proprie incongruità giuridiche.

ALESSANDRO SACCHI.

COMPENSAZIONE (STANZE di) — Vedi **Stanze di compensazione**.

COMPERENDINATIO.

La parola *comperendinatio* viene da *perendie* (posdomani, corrispondente al greco *metaurion:* vedi Cicerone *ad Atticum*, XII, 34: *scies igitur cras aut ad summum perendie*). La definizione asconiana è: *comperendinatio est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denuntiatio in perendinum diem*. È dunque un accordo fra le parti per riprendere il processo interrotto, lasciando l'intervallo di un giorno. L'applicazione precipua della *comperendinatio* noi troviamo fatta nel processo penale *de repetundis*. Anticamente il processo poteva riprendersi quante volte i giudici volessero: *ut enim moram ad iudicandum adquirerent iudices spatiumque reo ad se colligendum darent, praecipue si eius causa nondum satis acta videbatur, pronuntiabant iudices* AMPLIUS *vel non liquet; unde ampliatio ortum traxit*. Nella legge Aquilia *repetundarum* conservata (almeno in parte) fino a noi è ancora ammessa l'*ampliatio* e solo è irrogata ai giudici giurati un'ammenda:

ecco (l. 47 e segg.) colle abbastanza sicure integrazioni il testo della legge medesima: *sei... plus tertiae parti iudicum, quei aderunt quom ea res agetur, non liquere deixerit, praetor quei ex hac lege quaeret ita pronuntiato et ad rem denuo agendam alium diem dato... eoque die eorum iudicum queiquomque aderunt iudicare iubeto... Ad quem praetorem ita relatum erit iudicum plus tertiam partem negare iudicare is hs nummum m̄, quotiesquomque amplius bis in uno iudicio iudicare negarint... singulis quei iudicare negarint multam dicito.* Ma parve che anche il sistema delle ammende non fosse abbastanza efficace ad impedire il soverchio prolungarsi dei dibattimenti, e però la posteriore legge (la Servilia Glaucia del 643) introdusse la *comperendinatio.*

A torto quindi il Klenze, pur tanto benemerito restitutore della *lex de repetundis* a noi conservata, aveva creduto trattarsi della legge Servilia: vedi i suoi *Fragmenta legis Serviliae repetundarum* (1825). *Ut opinor,* scrive Cicerone (*in Verrem,* act. II, lib. I, 9), *Glaucia primus tulit, ut comperendinaretur reus; antea vel iudicari primo poterat vel* AMPLIUS *pronuntiari.* E Cicerone stesso, che intentava la accusa sotto l'impero della legge Servilia, diceva al difensore di Verre che, se anche il giudizio si fosse svolto sotto la legge anteriore (l'Acilia), tutto si sarebbe finito in una sola volta, tanta era l'evidenza della colpevolezza dell'imputato. *Ego tibi illam Aciliam legem restituo* (che pure ammetteva l'*ampliatio*), *qua lege multi semel accusati, semel dicta causa, semel auditis testibus condemnati sunt... testibus auditis, ita mittam in consilium, ut etiamsi lex ampliandi faciat potestatem, tamen isti* (i giurati) *turpe sibi existiment non primo iudicare.* Nella *comperendinatio* invece era obbligatoria la ripetizione della causa: *adimo enim comperendinatum, quod habet lex in se molestissimum, bis ut causa dicatur.*

Un'altra specie di *comperendinatio* nei giudizi civili è quella di cui ci istruisce Gajo, IV, 15. *Postea tamen quam iudex datus esset* (nella *legis actio sacramento*), *comperendinum diem* (le parti) *ut ad iudicem venirent denuntiabant* (e a questa specie si riferisce sovratutto la definizione asconiana benchè data a proposito della *comperendinatio ex lege Servilia*). È dunque l'accordo delle parti di comparire il terzo giorno davanti al giudice dato dal magistrato.

CONTARDO FERRINI.

COMPETENZA CIVILE.

SOMMARIO.

BIBLIOGRAFIA.

Alessi, *Se il conciliatore è competente a rilasciare decreti per sequestro conservativo nei limiti della sua competenza per valore* (*Mess. Giur.*, 1894, 17). — Auriti, *La Cassazione di Roma e le sue competenze speciali* (*Filangeri*, 1893, 10); Id.

Della impugnabilità delle decisioni della IV Sezione del Consiglio di Stato innanzi la Cassazione per motivi di incompetenza e di eccesso di potere (*Giust. Amm.*, 1874, 7). — Balbi, *Della competenza delle Autorità giudiziarie straniere in quanto è riconosciuta dalle leggi italiane* (*Gazz. leg.*, 1879, 113). — Balestrieri, *Se il capoverso dell'art. 91 proc. civ. sia applicabile agli atti di commercio misti, cioè commerciali per una delle parti e non commerciali per l'altra* (*Giurista*, 1894, 353). — Barbieri, *Quando l'azione derivante da quasi-delitto è esperibile da un dipendente delle ferrovie, compenetrandosi essa nella azione derivante dal contratto « ex locato », per il quale chi presta l'opera sua deve essere garantito nella sua incolumità, assume il carattere commerciale, e può essere portata dinanzi al foro dove avvenne il fatto base della azione stessa di danno* (*Ann. critico*, 1890, 233). — Barone, *La teorica delle connessità nel processo civile italiano* (*Mov. Giur.*, 1894, 417); e Napoli 1895. — Belloni, *Studi ed appunti di procedura civile: Sulle competenze giurisdizionali*, Savona 1880. — Bertolini, *Se la incompetenza per territorio sia proponibile in grado di appello dal contumace in prima istanza* (*Foro It.*, 1886, 1, 252). — Biondi, *Sull'art. 80 cod. proc. civ.* (*Mon. pret.*, 1894, 137). — Boggio, *Del luogo di consegna agli effetti della competenza territoriale nel caso di compra-vendita di merce spedita per ferrovia franca a rischio e pericolo del compratore* (*Foro Italiano*, 1894, 1, 396). — Bolaffio, *Della competenza territoriale in materia di nullità di matrimonio* (*Foro It.*, 1881, 1, 918); Id., *Se la giurisdizione commerciale stabilita dall'art. 870 cod. commerciale debba applicarsi anche alle cause pendenti avanti ai tribunali civili all'attuazione del medesimo* (*Foro It.*, 1883, 1, 644); Id., *Se debba una causa una volta devoluta al giudizio di una Sezione rimanervi fino a sentenza definitiva* (*For. Italiano*, 1884, 1, 58); Id., *Due questioni di diritto internazionale privato: Hanno giurisdizione i tribunali italiani a giudicare di questione di Stato che si agita fra stranieri? Possono i tribunali italiani dichiarare fra due stranieri sciolto per divorzio il matrimonio nei casi in cui la legge personale dei coniugi consente tale rimedio giuridico?* (*Temi Ven.*, 1884, 465); Id., *Come e perchè risoluta dal magistrato di merito una questione incidentale e rimandata la causa al primo giudice, la cognizione del nuovo appello sia devoluta allo stesso magistrato di rinvio* (*Foro It.*, 1888, 1, 85); Id., *Il contratto fra assenti (sistema del codice patrio e del codice germanico; momento e luogo della perfezione del contratto; oneri della prova; competenze territoriali)* (*Foro It.*, 1892, 1, 1058. — Bottino, *Del foro competente per le azioni successorie spettanti all'eredità di uno straniero (art. 8 tit. prel., cod. civ. e 91 codice proc. civ.)*, Napoli 1892. — Bruno, *Della competenza nell'incidente di falso*, Torino 1895. — Budassi, *Cenno storico della giurisdizione civile presso i romani, e principii generali della competenza nella nostra legislazione*, Urbino 1886. — Busatti, *La competenza territoriale in rapporto al luogo di esecuzione nei contratti bilaterali* (*Foro It.*, 1894, 137). — C. G., *Competenza dei conciliatori nella azione per guasti e danni dati ai fondi urbani e rustici* (*Mon. pret.*, 1882, 137). — Caberlotto, *Sopra un caso di applicazione dell'art. 91 codice procedura civile* (*Mon. trib.* 1882, 529). — Caggiano, *Manuale teorico pratico della competenza dei giudici conciliatori, cancellieri ed inservienti comunali*, Lecce 1884. — Cannavina, *Della efficacia della giurisdizione per materia sulla domanda riconvenzionale: può proporsi una riconvenzionale per materia differente dalla azione promossa dall'attore, e pretendere che il magistrato in unica giurisdizione conosca dell'una e dell'altra?* (*Diritto e Giur.*, v, 49). — Cappa, *Della competenza del conciliatore giusta gli art. 10 e 13 legge 16 giugno 1892 in relazione altresì all'art. 647 cod. proc. civ.* (*Mon. pret.*, 1895, 57). — Carboni, *Di alcuni limiti necessari in tema di competenza civile pretoriale* (*G. trib.* Mil., 1878, 941). — Clementini, *Della competenza e dei procedimenti speciali in ordine alle leggi amministrative*, Torino 1892. — Cocchia, *Il pignoramento presso terzi nei limiti della competenza dei conciliatori* (*Conciliatore*, 1895, 225). — Cogliolo, *Se il giudice della azione sia pur quello della eccezione* (*Foro Italiano*, 1882, 1, 390). — Corsi, *Se la competenza stabilita dall'art. 872 cod. comm. sia di ordine pubblico, o se invece possono le parti per convenzione derogare alla competenza stessa* (*Foro It.*, 1886, 1, 528). — Corte, *Una questione di competenza* (*Dir. comm.*, I, 111); Id., *Ancora una parola sugli art. 54 e 870 cod. di commercio* (*Dir. comm.*, I, 280). — D'Alessandro, *Competenza del conciliatore ad accordare sequestro conservativo* (*Conciliatore*, 1895, 497). — D'Amelio, *Sulla competenza giudiziaria in tema di annullamento di collaudo amministrativo* (*Legge*, 1895, 2, 821). — Datta, *Interpretazione dell'art. 91 codice procedura civile* (*Legge*, 1880, 3, 95). — Del Vecchio, *Sul 1° inciso dell'articolo 10 della legge sulle competenze dei conciliatori* (*Riv. Universale*, 1894, 45). — Demurtas-Zichina, *Se la ritorsione o rappresaglia possa ritenersi titolo razionale di diritto e norma di competenza* (*Foro It.*, 1880, 1, 226); Id., *Se i tribunali francesi siano competenti a giudicare sopra obbligazioni contratte con un francese da un italiano in Italia e quivi eseguibili* (*Foro It.*, 1881, 1, 816). — Diatti, *Dato che un vescovo abbia dichiarato la decadenza dal beneficio di un sacerdote che ne era investito, il giudicare degli effetti giuridici dell'atto e vedere se sia stato o no lesivo del diritto altrui appartiene alla Autorità amministrativa od alla giudiziaria?* (*Foro It.*, 1883, 1, 113). — Di Lorenzo, *Anche quando il valore non si possa determinare dal tributo per non trovarsi l'immobile elencato in catasto, la causa si reputa di valore indeterminato, e non si può ricorrere ad elementi estranei al tributo, come a titoli o perizie per desumere il valore minimo* (*Gazzetta Proc.*, XXVI, 49); Id., *Del valore indeterminato, semprechè non si possa determinare, rispetto alla competenza* (*Gazzetta Proc.*, XXVII, 217). — Esperson, *Del diritto dello straniero di adire i tribunali italiani: considerazioni sull'art. 3 cod. civile confr. cogli art. 105, 106, 107 codice proc. civ.* (*Monitore tribunali*, 1891, 689); Id., *Competenza dei tribunali di una nazione a decidere le questioni di stato, di capacità personale e di rapporti di famiglia sorte fra stranieri in Italia* (*Archivio Giur.*, LII, 154). — Fadda, *In quanto il giudice della azione è competente per la eccezione* (*Ann. crit.*, 1893, 84). — Faraone, *Sulla intelligenza ed applicazione degli art. 73 e 77 cod. proc. civ.* (*Gazz. Nap.*, 1878, 223). — Ferrucci, *Brevi considerazioni sulla interpretazione dell'articolo 4 della legge 20 marzo 1865, all. E* (*Che si intenda per atto amministrativo*) (*G. trib.* Milano, 1878, 849). — Filomusi-Guelfi, *Giurisdizione dei tribunali italiani in materia di divorzio fra stranieri* (*Foro It.*, 1884, 1, 574) — Fiore, *Se tutte le regole di competenza sancite dagli art. 105 e 106 cod. civ. possono essere invocate nel caso in cui attore sia uno straniero: sulla competenza dei tribunali italiani nelle questioni di stato personale fra stranieri, e sulla efficacia delle sentenze straniere di divorzio* (*Foro It.*, 1891, 1, 1244); Id., *Del diritto dello straniero di adire i tribunali italiani; considerazioni sull'art. 3 codice civ. confr. cogli art. 105, 106, 107 cod. proc. civ.* (*Mon. tribunali*, 1891, 90). — Franceschini, *Se e quando il contumace possa eccepire la competenza per territorio* (*Rivista Giuridica* Bologna, 1891, 274); Id., *Brevi cenni intorno agli effetti della legge abolitiva dei tribunali di commercio* (Id., 1892, 65). — Franci, *Competenza del conciliatore ad accordare sequestri conservativi* (*Conciliatore*, 1895, 113 e 401). — Franco, *Sulla incompetenza nei giudizii avanti i conciliatori* (*Conciliatore*, 1894, 705). — Frugone, *Sulla competenza delle Autorità giudiziarie a statuire sulla restituzione delle somme prestate nel 1848 al governo provvisorio di Lombardia* (*Foro It.*, 1884, 1, 574). — Gabba, *Sulla applicabilità degli articoli 105, 107 cod. proc. civ. fra forestieri soltanto, senza distinzione fra forestieri domiciliati in Italia e quelli non domiciliati* (*Foro Italiano*, 1883, 1, 1042); Id., *Sulla competenza delle Autorità giudiziarie sopra controversie relative a fatti avvenuti nell'interno del Vaticano* (*Foro It.*, 1883, 1, 604); Id., *Note ed appunti alla sentenza 18 sett. 1883 della Cassazione di Roma in materia di*

competenza amministrativa e giudiz. (*Foro It.*, 1884, 1, 449); Id., *Della competenza nel caso di successione di stranieri apertasi all'estero e di cui una parte di beni trovasi in Italia* (*Foro It.*, 1884, 1, 666); Id., *Della incompetenza dei tribunali italiani a giudicare questioni di stato personale tra forestieri domiciliati nello Stato* (*Foro It.*, 1884, 1, 549); Id., *Della mancanza di giurisdizione delle Autorità giudiziarie nazionali in confronto di Stati esteri per titolo giuridico privato* (*Foro It.*, 1886, 1, 490, e 913); Id., *Ancora della mancanza di giurisdizione delle autorità giudiziarie nazionali in confronto di Stati esteri per titolo giuridico privato* (*Foro It.*, 1887, 1, 475); Id., *Osservazioni sulla sentenza 28 luglio 1888 del tribunale di Ferrara relativa alla competenza delle Autorità giudiziarie in materia di crediti basata su decisioni amministrative* (*Foro It.*, 1888, 1, 961). — Gallini, *I tribunali vaticani: risposta all'onorevole Bonghi*, Roma 1883. — Gargiulo, *Autorità competente per la azione relativa al modo della riconsegna dell'immobile già eseguita per finita locazione* (*Diritto e giur.*, X, 145). — Gandolfo, *Della competenza in ordine alla classificazione delle acque* (*Giornale leggi*, 1881, 337). — Germano, *Nella divisione di immobili il valore della causa è determinato dal valore reale degli immobili stessi o dal valore legale stabilito a base del tributo diretto verso lo Stato a norma dell'art. 79 Cod. proc. civ.?* (*Mario Pagano*, 1886, 32). — Giacobone, *Agli effetti della competenza il valore delle controversie sovra beni immobili che non possa stabilirsi mediante il tributo diretto potrà determinarsi con altri criterii diversi da quelli del tributo, o dovrà sempre ritenersi eccedente le lire 1500?* (*Archiv. giur.*, XXVI, 173). — Giorgi, *La giurisdizione dei tribunali ordinari nelle controversie che interessano uno Stato estero* (*Foro It.*, 1892, 1, 1196). — Giuliani, *Appunti intorno alla competenza commerciale nelle controversie fra un'impresa ed un ingegnere da essa impiegato* (*Foro it.*, 1877, 1, 172). — Granata, *Brevi osservazioni sull'art. 91 cod. proc. civ.* (*Circ. giur.*, 1880, 115); Id., *L'art. 94 cod. proc. civ. in rapporto al diritto delle genti* (Id., 1885, 1, 549); Id., *Della competenza nelle azioni relative ad affari che sono commerciali per una sola delle parti contraenti* (Id., 1893, 17); Id., *Nuovi orizzonti del diritto giudiziario: della azione e della competenza in materia civile*, Torino 1893; Id., *Dopo eseguita la sentenza di sfratto per finita locazione, se l'attore si accorge che l'esecuzione sia stata parziale od incompleta, quale sarà l'Autorità giudiziaria competente a conoscere della relativa controversia?* (*Mon. pret.*, 1895, 1). — Guarella, *Questioni sulla competenza giudiziaria in materia d'imposta* (*Pratica legale, Bologna*, IV, I). — Guiscardi, *L'avviso di competenza od incompetenza del conciliatore* (*Conciliatore*, 1895, 77). — Jannuzzi, *Di una apparente antonomia fra il terzo capoverso e precedente capoverso dell'art. 102 codice proc. civ. e l'art. 101 codice stesso* (*Filangeri*, 1877, 30). — Impallomeni, *Nelle controversie per restituzione di oggetti dati in pegno il valore della causa è determinato dal valore dell'oggetto o da quello del credito relativo?* (*Gazz. pret.*, 1881, 209). — Lambardi, *Del pagamento contro cambiale in relazione all'articolo 91 cap. cod. proc. civ.* (*Dir. comm.*, VI, 774). — Lanza, *Intorno alla azione che compete ai pubblici funzionari per conseguire il corrispettivo normale e per l'osservanza delle guarentigie loro assicurate dalle leggi e regolamenti, e della relativa competenza dei tribunali* (*Foro It.*, 1880, 1, 73). — Lessona, *L'incompetenza del pretore ed il giudizio di merito del tribunale* (*Giur. It.*, 1889, 228). — Liberatore, *La competenza dei tribunali italiani in rapporto alle obbligazioni contratte nel Regno dal console di uno Stato estero verso un cittadino italiano* (*Foro It.*, 1886, 1, 399). — Lomonaco, *Idee generali sulla giurisdizione* (*Gazz. Trib.*, 1877, 358). — Longo, *Il progetto di legge sulle competenze pretoriali* (*Studi Nap.*, 1895, 215). — Lordi, *Di una opinione del prof. Ricci relativa al modo di determinare il valore delle cause in materia di enfiteusi* (*Archiv. giuridico*, XLI, 143). — Lozzi, *Degli effetti della litispendenza e della connessità delle cause* (*Giorn. leggi*, 1879, 35). — Majetti, *Il sequestro conservativo e la competenza del conciliatore* (*Conciliatore*, 1894, 241); Id., *L'azione di sfratto e la competenza del conciliatore*, Cassino 1894. — Manaresi, *Sull'art. 80 cod. proc. civ. in relazione all'art. 187 codice stesso* (*Foro It.*, 1886, 1, 197). — Manfredi, *Interpretazione dell'art. 587 cod. civ. nei rapporti colla competenza stabilita nell'art. 79 cod. proc. civ.* (*Mon. Tribunali*, 1887, 117). — Mantellini, *Sul processo giudiziario degli atti del Governo e sul giudicato in materia di competenza* (*Legge*, 1882, 2, 27); Id., *Ancora sul giudicato di competenza* (*Legge*, 1882, 2, 138). — Mantenucci, *Domanda di rettificazione di conto; foro competente a conoscerne; art. 97 e 327 cod. proc. civ.* (*Giur. It.*, 1884, 1). — Marchese, *Il forum* contractus *nelle materie commerciali* (*Rif. giur.*, 1892, 240). — Marchesini, *Della competenza territoriale nelle azioni contro società ferroviarie per risarcimento di danni derivanti da delitto o quasi-delitto ed indipendenti dal contratto di trasporto* (*Foro It.*, 1890, 1, 251). — Marghieri, *Della competenza quando la domanda comprenda una parte od un residuo di una maggior somma* (*Foro It.*, 1877, 1, 124); Id., *Della competenza in seguito ad abbordaggio di navi* (*Foro It.*, 1877, 1, 367). — Marsili, *Se e come il giudice della azione principale possa prendere cognizione della questione pregiudiziale incidente che per sè stessa eccederebbe la sua competenza ordinaria* (*Foro It.*, 1885, 1, 488); Id., *Competenza dell'Autorità giudiziaria nelle questioni fra maestro e Municipio in ordine allo stipendio legale* (*Ann. critico*, 1890, 252). — Messeri, *Nascendo controversie in un contratto di locazione avente la durata di nove anni e se è stabilito che nei due anni specificati il prezzo della locazione si deve pagare per la metà, e contravvenendosi ai patti per intiero, come negli altri sette anni per regolare le competenze i due anni devono calcolarsi, per intero o per metà?* (*Monitore Trib.*, 1888, 114). — Mortara, *La giurisdizione commerciale dopo l'abolizione dei tribunali di commercio* (*Diritto comm.*, VI, 609); Id., *Giurisdizione commerciale e giurisdizione civile* (*Dir. comm.*, VIII, 184). — N. N., *Sul cumulo di più azioni proposte da attori diversi e dipendenti da titoli distinti nel medesimo giudizio* (*Mon. giud.* Venezia, 1878, 545). — N. N., *Alcuni casi di speciale competenza del pretore* (*Mon. pret.*, 1879, 17). — N. N., *Competenza del pretore nelle controversie alimentari* (*Mon. pret.*, 1881, 377). — N. N., *L'acquiescenza delle parti produce cosa giudicata in tema di competenza per materia o valore?* (*Monitore Trib.*, 1882, 553). — N. N., *Questioni di giurisprudenza pratica; La competenza nelle cause di petizione di eredità nel diritto internazionale privato* (*Temi Ven.*, 1883, 1). — N. N., *Del valore della causa quando si contenda sul dominio utile del fondo enfiteutico* (*Giorn. giur.*, 1887, 18). — N. N., *Della continenza o connessione di cause in rapporto alla competenza del conciliatore* (*Conciliatore*, 1893, 216). — Nalin, *Una questione sulla competenza dei conciliatori: Delle convenzioni raccolte nel verbale di conciliazione* (*Archiv. giuridico*, XXIV, 104). — Napolitani, *Per proporsi l'azione personale o l'azione reale sui beni mobili davanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta o deve eseguirsi l'obbligazione o in cui si trovi la cosa mobile oggetto dell'azione, è necessario che in alcuni di questi luoghi il convenuto sia citato in persona propria* (*Gazz. Nap.*, 1880, 135); Id., *Sulla competenza per valore quando la discussione delle eccezioni implichi una cognizione che eccede quella che sarebbe stata propria in ragione della domanda* (*Diritto e giur.*, I, 38). — Nardelli, *Se la questione della qualità ereditaria sia una questione di stato od almeno di valore indeterminabile da eccedere la competenza del pretore* (*Gazz. Pret.*, 1878, 577); Id., *L'ammontare dell'annuo canone in danaro dichiarato nel giudizio di commutazione di una prestazione ex feudale vale per determinare la competenza quand'anche sia impugnato il diritto di riscuotere la prestazione* (*Gazz. Pret.*, 1881, 209); Id., *Se la questione sulla qualità ereditaria sia questione di stato, e se possa appartenere alla competenza dei pretori* (*Diritto e giur.*, I, 148). — Noli, *Sopra una questione di competenza nei giudizi di appello delle sentenze pretoriali* (*Gazz. leg.*, 1879, 9). — O. F., *Determinazione della competenza; domanda, titolo unico, titoli di-*

stinti, valore (*Mon. canc. pret.*, 1878, 213). — Orlandi, *Se per determinare il valore della causa nelle azioni immobiliari, il criterio unico, tassativo, assoluto ed indeclinabile consiste nel tributo diretto verso lo Stato* (*Mon. canc. pret.*, 1892, 211). — Orlando, *I tribunali vaticani* (*Circ. giur.*, 1883, 247). — Pagani, *L'atto di commercio per una sola delle parti e la competenza territoriale stabilita dall'art. 91 cod. proc. civ.* (*Monitore Trib.*, 1890, 901). — Paoli, *Della competenza nelle cause contro stranieri* (*Foro Italiano*, 1877, 1, 152). — Parodini, *L'interpretazione dell'alinea dell'art. 91 cod. proc. civ. in relazione agli art. 868-870 cod. comm.: Se per materia commerciale, all'effetto tanto dell'art. 91 cod. proc. civ. quanto degli articoli 868-870 cod. comm., devesi intendere la controversia in cui l'atto sia commerciale per una sola delle parti contendenti oppure per tutte* (*Legge*, 1892, 2, 139); Id., *Interpretazione degli art. 24, 40, 41 legge 2 giugno 1889 sul Consiglio di Stato in relazione all'art. 3, n. 3, legge 31 marzo 1877 sui conflitti*, Genova 1895. — Pascucci, *Sull'art. 28 reg. 24 dicembre 1892; competenza del conciliatore o pretore; disposizioni transitorie* (*Conciliatore*, 1893, 17); Id., *Le azioni di competenza dei conciliatori* (*Conciliatore*, 1893, 21). — Perenzoni, *La competenza per valore nelle azioni per cancellazione di ipoteca* (*Foro It.*, 1886, 1, 108). — Pescatore, *Veri e giusti limiti della Autorità giudiziaria rispetto alla amministrativa* (*Giornale leggi*, 1877, 18). — Petrone, *La domanda e l'eccezione agli effetti di determinare la competenza* (*Filangeri*, 1893, 457). — Picinelli, *Questione di diritto transitorio a proposito dell'atto commerciale per una sola delle parti* (*Diritto comm.*, I, 224). — Pincherle, *Sulla questione se debba accordarsi* l'exequatur *alla sentenza dei tribunali francesi pronunciate a base della giurisdizione che loro conferisce l'art. 14 del codice Napoleone* (*Foro It.*, 1885, 1, 754). — Pistone, *Della regola il giudice della azione è giudice della eccezione* (*Giornale leggi*, 1880, 337); Id., *Della competenza sopraggiunta* (*Legge*, 1882, 1, 679). — Pitari, *Quale sia il danno contemplato nell'articolo 82, n. 1, cod. proc. civ.* (*Mon. pretori*, 1884, 25). — Porrini, *Licenziamento di impiegati pubblici di competenza giudiziaria ed amministrativa* (*Ann. critico*, 1895, 1, 119). — Pugliese, *In conseguenza di un giudicato di attribuzione di danni interessi contenuto in una sentenza di secondo grado, quale è il giudice della liquidazione?* (*Riv. giurepr.* Trani, 1892, 47). — Quarterone, *La competenza dei pretori o conciliatori nelle azioni di guasti e danni a fondi, alle siepi, alle chiudende, alle piante ed ai frutti secondo il codice di procedura civile e la nuova legge del 16 giugno 1892*, Messina 1895. — Rabbeno, *Cenni sulle tesi di diritto commerciale per stabilire la competenza nelle contestazioni relative ai contratti stipulati per lettera o telegramma* (*G. Trib.* Milano, 1878, 385). — Renzo, *Sull'art. 91 cod. proc. civ.* (*Casaregis*, 1877, 251); Id., *L'attore commerciante potrà citare il convenuto pure commerciante nel luogo ove questi deve eseguire l'obbligazione se essa sia stata già eseguita o sia scaduto il termine senza essersi eseguita?* (*Giorn. trib.*, 1877, 677). — Ricchene, *Le azioni ipotecarie in rapporto alle competenze territoriale* (*Foro Cat.*, 1891, 153). — Ricci, *Sulla competenza in questioni riguardanti la cessazione dei contratti di colonia, e lo sfratto dei coloni* (*Giornale leggi*, 1878, 249); Id., *Se l'immobile controverso non soggetto a tributo debba per gli effetti della competenza ritenersi di valore indeterminato* (*Giorn. leggi*, 1879, 129); Id., *Della competenza nei giudizi di pignoramento presso terzi* (*Giorn. leggi*, 1879, 165); Id., *Poche parole intorno a due questioni risolute dalla Corte di Venezia 5 dicembre 1878, l'una relativa alla autorità della pronuncia emanata dal magistrato in via di regolamento di competenza, e l'altra concernente il modo in cui debbasi provvedere in più cause dichiarate connesse* (*Foro Italiano*, 1879, 1, 259); *Se dalle eccezioni del convenuto possa prendersi norma per determinare la competenza* (*Giorn. leggi*, 1880, 178); Id., *Sulla determinazione della competenza per valore in caso di più coobbligati* (*Foro It.*, 1881, 1, 517); Id., *Della competenza del magistrato di rinvio*, Torino 1880; Id., *La giurisdizione speciale del pretore nella azione per guasti o danni dati ai fondi* (*Foro It.*, 1890, 1, 175). — Roselli, *Constatato un credito maggiore, non può l'autore del libello rinunziarne una parte per rendere competente il pretore a pronunziarsi* (*Gazz. Proc.*, XIX, 13). — Sabbatini, *Della competenza giudiziaria ed amministrativa e della azione possessoria in materia di espropriazione per pubblica utilità* (*Giur. It.*, 1879, 4, 49); Id., *Della competenza giudiziaria ed amministrativa in materia di espropriazione per pubblica utilità* (*Foro It.*, 1889, 1, 53). — Sangiorgi, *Se l'eccezione di incompetenza per materia sia proponibile o possa elevarsi di ufficio in appello od in cassazione quando nella medesima sia intervenuta la cosa giudicata* (*Foro It.*, 1881, 1, 72). — Scamuzzi, *La viabilità obbligatoria e la giurisdizione dei conciliatori sulle prestazioni di opera*, Biella, 1880; Id., *Questioni giurisdizionali in materia di viabilità obbligatorie* (*Legge*, 1882, 2, 284). — Scevola, *Se le controversie relative ai fabbricati rurali siano di competenza del pretore o del tribunale civile* (*Nuovo Mon. Trib.* Milano, 1879, 49). — Scotti, *Se sia sempre necessario allorchè la Corte cassi la sentenza per competenza, lo statuire sulla stessa e rimandare la causa alla Autorità competente* (*Legge*, 1871, 3, 237); Id., *Una pratica applicazione degli art. 104 e 188 del cod. proc. civile* (*Legge*, 1878, 3, 235); Id., *L'art. 6 della legge 20 marzo 1865, all. E, in materia di estimo catastale* (*Mon. Trib.* Milano, 1893, 211). — Sera, *Sulla competenza della autorità giudiziaria nelle questioni relative all'estimo catastale ed al riparto di quote* (*Legge*, 1877, 3, 291). — Sinisgalli, *Quali siano i limiti che determinano la competenza del pretore in azioni di guasti e danni dati ai fondi* (*Gazz. Nap.*, 1877, 519). — Taglierini, *I conciliatori sono incompetenti a conoscere delle azioni per guasti e danni dati ai fondi urbani e rustici, alle siepi, ecc.* (*Mon. pret.*, 1882, 259). — Tarducci, *Sotto qual forma si devono proporre le azioni di frode e simulazione, e quale è il magistrato competente a conoscerne* (*Archiv. giur.*, XLIV. 184). — Tedeschi, *Prorogazione di giurisdizione e prorogazione di competenza* (*Dir. e giur.*, VII, 121). — Todaro della Gallia, *Una questione di competenza nelle sentenze che giudicano convenzioni fra persone lontane* (*Filangeri*, 1881, 474). — Turricia, *Se la giurisdizione commerciale sia una giurisdizione distinta dalla civile anche dopo l'abolizione dei tribunali di commercio* (*Pratica legale*, Bologna, 1889, 73). — Valeriani, *Circa le proposte e giudizi sulle questioni d'incompetenza e declinatoria del foro secondo il sistema tenuto per gli incidenti* (*Monitore pret.*, 1884, 109); Id., *Azione di compensazione e di riconvenzione secondo l'art. 100 e seg. codice procedura civile* (*Giurista*, 1885, 65); Id., *Sulla questione di incompetenza del conciliatore in materia di danno dato* (Id., 1885, 145). — Valio, *Analisi degli art. 71, 77 ed 82 codice proc. civ.* (*Gazz., leg.*. 1877, 343). — Vellutini, *Se il conciliatore abbia facoltà di conceder sequestri conservativi* (*Mon. Trib.*, 1894, 18). — Vidari, *L'art. 871 codice comm.* (*Conciliatore*, 1894, 84). — Vitali, *Della Autorità competente a giudicare di una circolare del potere esecutivo che limiti od impedisca l'esercizio di una industria* (*nella specie agenzia di emigrazione*) (*Foro It.*, 1891, 1, 961); Id., *La riconvenzione in materia civile nella storia e nel diritto giudiziaria*, Piacenza 1887. — Vitalevi, *La nuova competenza commerciale nel diritto transitorio*, Torino 1883.

Sezione I. — **Introduzione.**

Titolo I. — Generalità, storia e legislazione comparata.

1. Evoluzione della competenza. — 2. Diritto romano ai tempi della repubblica. — 3. Diritto romano dai tempi dell'impero fino a Costantino. — 4. Diritto romano dopo Costantino. — 5. Giurisdizioni speciali. — 6. Giudizi ecclesiastici. — 7. Regole della competenza in diritto romano. — 8. Delegazione e proroga della giurisdizione. — 9. Diritto nell'epoca barbarica. —

10. Giudizi feudali e della immunità. — 11. Giudizi pubblici nel medio evo; tribunale del vescovo; la giustizia nei Comuni e nell'epoca successiva. — 12. Fori speciali; tribunale ecclesiastico del vescovo. — 13. Altri fori speciali. — 14. Norme relative alla competenza. — 15. Abolizione dei fori speciali; tribunali di commercio, loro storia fino alla soppressione. — 16. Legislazione italiana fino alla unificazione. — 17. Legislazione straniera.

1. Acciò il consorzio civile possa esistere e prosperare, havvi necessità di un potere che coordini le azioni dei singoli in modo da impedire la dispersione del gruppo nei singoli elementi dei quali si compone, facilitare l'integrazione degli elementi stessi, e dirigere le azioni coordinate all'intento di poter ottenere la maggiore possibile utilità dei singoli e dell'assieme.

Questo potere, a seconda della maggiore o minore integrazione sociale, è la forza esercitata da ogni singolo componente il gruppo, o la forza esistente nei gruppi secondari del gruppo principale, o la forza esercitata dal gruppo nel suo complesso a mezzo di speciale apparecchio regolatore; ma è sempre un potere, che nei rapporti con gli altri gruppi sociali esercita la sua azione, onde impedire che forze estranee disperdano gli elementi dei quali il gruppo si compone e cercare l'aggregazione al gruppo di elementi che compongono altri gruppi, che nei rapporti interni esercita la sua azione, onde amalgamare il più possibile gli elementi di cui si compone il gruppo col procurare il benessere degli stessi, col dirimere i conflitti che fra i detti elementi fossero per sorgere.

Nello stato rudimentale della società questo potere si presenta come omogeneo: re, ottimati o popolo esercitano tutte le funzioni del potere, sieno esse politiche, amministrative o giudiziarie. Ma, di mano in mano che la società va accrescendosi e va complicandosi l'organismo sociale, e però vanno moltiplicandosi le bisogne sulle quali il potere pubblico deve esercitarsi, si rende necessaria la delega delle singole funzioni del potere stesso. Questa delega però non avviene in seguito all'aggruppamento delle funzioni del potere secondo l'intima loro essenza, in modo cioè formale; avviene mediante delega di esercitare il potere per determinate materie, in modo cioè materiale. Sicchè nel corpo sociale si vengono a trovare organi speciali per singole materie, ma i singoli organi compiono indifferentemente funzioni politiche, amministrative e giudiziarie. È solo quando la società ha raggiunto un grado elevato di sviluppo, e che la massima parte delle materie sulle quali il potere si esercita si trovano delegate in modo che al sommo potere sociale altro non resta che una azione meramente di alta direzione, è solo allora, che è possibile un raggruppamento delle singole funzioni non già in modo materiale, ma secondo l'intima loro essenza, e che l'eterogeneità introdottasi nell'esercizio del potere diventa coerente, definita. Ed in allora le funzioni politiche, le funzioni amministrative e le funzioni giudiziarie si distinguono, si ha la divisione del potere, si viene ad avere un potere giudiziario distinto dagli altri poteri, ed in tal modo si perviene alla giurisdizione unica.

La giurisdizione unica non porta però la necessità che un solo funzionario od un solo collegio debba esercitare la stessa. In una società civile composta di pochissime persone, può ben darsi che un solo funzionario od un solo collegio possa bastare ad esercitare le attribuzioni giudiziarie; ma, per poco che la società sia vasta, un solo funzionario od un solo collegio non può bastare, per poco che anche in una società ristrettissima si voglia ovviare al pericolo di errori giudiziari, è necessario delegare all'esercizio delle attribuzioni giudiziarie più funzionari o più collegi. Una volta che ciò si verifica, è necessario determinare quali contestazioni devono essere portate avanti a ciascun funzionario ed avanti a ciascun collegio, è necessario cioè determinare la competenza di ciascuna magistratura.

La storia del diritto italiano, che si va ad esporre, sarà una dimostrazione della verità di questi principii.

2. Nella prima età di Roma le cause civili si spedivano dal re in persona (1). Se egli si consultasse col Senato o con alcuni dei senatori, si ignora, ma gli scrittori attestano che il re faceva tutto da sè, nè commetteva a giudice privato la decisione (2), se pur si eccettui Servio Tullio che creò per le liti private un tribunale a parte (3). Nella repubblica la giurisdizione passò ai consoli (4); ond'è che i consoli si dicevano *judices* (5), e più tardi si fece dei pretori una magistratura speciale volta sopratutto alla amministrazione della giustizia (6). I consoli ed i pretori non erano però i soli magistrati i quali esercitavano giurisdizione, chè in certi casi vi era la giurisdizione degli edili (7); in caso di impedimento degli edili la loro giurisdizione veniva esercitata dai pretori (8). Queste magistrature erano sorrette nel loro ufficio in doppia maniera; erano sorrette parte da tribunali permanenti, parte da giudici che in ciascun caso erano da esse costituiti. Uno dei tribunali permanenti era il centumvirale e la sua competenza era molto larga e si estendeva fra le altre cose alle questioni di famiglia, di proprietà e di successione (9), ma più oltre non si ha notizie.

L'altro tribunale permanente era quello dei *decemviri litibus judicandis*. La istituzione di questo tribunale sembra cadere intorno all'anno 465 u. c.: della sua competenza si sa solo che aveva a giudicare le cause nelle quali si faceva questione di libertà (10). La costituzione dei giudici per ciascuna lite moveva dal principio che informava il processo romano, che cioè il magistrato riceveva l'azione e dirigeva la causa, ma, quanto alla istruzione ed alla sentenza, egli si rimetteva a persona privata stante sotto la sua direzione e scelta col concorso delle parti (11). Alle volte si costituiva un solo giudice (12), il quale si chiamava sovente non giudice *(judex)* ma arbitro, specialmente nelle azioni che non si trattavano secondo lo stretto diritto ma con maggiore larghezza di criterii (13). Alle volte si costituivano altri giudici privati detti *recuperatores*, che, a quanto pare, si ado-

(1) Dionys., II, 14, IV, 41; Cicero, *De repub.*, V, 2.
(2) Cicero, l. c.
(3) Dionys., IV, 25.
(4) Dionys., X, 1; Liv., II, 27.
(5) Liv., III, 55; Varo, *De ling. lat.*, VI, 88; Cic. *De leg.*, III, 3.
(6) Cic., *De leg.*, III, 3.
(7) L. 2, § 34, Dig. *de orig. jur.*, 1, 2; L. 1, § 1, L. 63, Dig. *de aedil. edict.*, 21, 1; *Fragm. Vat.*, § 14.
(8) Dionys. Cass., III, 2.
(9) Cic. *De orat.*, I, 38.
(10) Conf. L. 2, § 29, D. *de orig. jur.*, 1, 2.
(11) Cic. *Pro Coecina*, 33; *Pro domo*, 29.
(12) Cic. *Pro Cluent.*, 43.
(13) Cajus, IV, 104, 105, 109.

peravano generalmente nelle cause la cui pronta risoluzione interessava lo Stato (1).

Fuori di Roma, nei municipii e colonie italiche, la giurisdizione era esercitata dai magistrati municipali; nelle prefetture dai prefetti. Non è dato conoscere se in origine avessero autorità illimitata: anche in questi luoghi il magistrato conosceva il punto di diritto, e pel rimanente istituiva un solo giudice (2) o *recuperatores* (3). Nelle provincie, i conventi, che il governatore teneva in occasione del suo portarsi nei varii luoghi della provincia, erano volti principalmente alla amministrazione della giustizia. Ivi egli riceveva le istanze, ed istituiva i giudizii nella forma ordinaria. Nella Sicilia (4), e per analogia in tutte le altre provincie, le liti fra i cittadini di una stessa città erano di cognizione dei magistrati municipali (5): quelle tra membri di città diverse di cognizione del giudice, che fuori di dubbio il pretore sceglieva fra i natii (6); nelle liti di un particolare contro una città o viceversa si deputava a giudice il senato di un'altra città (7). Qui pure venivano come giudici quando un solo *(judex)* quando *recuperatores* (8).

3. Sotto l'impero, in Roma, l'autorità giudiziaria fu ancora per lungo tempo esercitata dai pretori che vennero notevolmente accresciuti (9), ed oltre ad essi la giurisdizione era esercitata dai consoli (10): fu mantenuto il tribunale centumvirale. La sola innovazione sorta fu la giurisdizione del prefetto della città relativa a questioni che avevano un carattere di polizia (11). Il concorso dei giudici privati nella amministrazione della giustizia fu serbato, ed, anche meglio, ordinato da Ottaviano nella riforma da lui intrapresa colla *lex julia judiciorum privatorum* (12). Fuori di Roma, in Italia, i magistrati municipali avevano ancora una giurisdizione (13) ma ristretta. Il più antico ricordo su questo punto è la *lex Rubria*, la quale fissò le attribuzioni dei magistrati municipali nella Gallia Cisalpina; questi magistrati avevano in certe cause una competenza assoluta, ed in altre, specialmente in fatto di prestito in danaro contante, una competenza ristretta a 15000 sesterzi; pel rimanente mantenevano ancora una qualche parte dell'impero giudiziale ed erano effettivamente insigniti dell'*imperium ac potestas* (14). Ma più tardi la giurisdizione dei magistrati municipali venne ristretta puramente ad una determinata somma (15), che non si sa quale fosse: erano senza *imperium et potestas* (16), e però mancavano dei diritti derivanti più dall'impero che dalla giurisdizione (17), salvo che per ragione di urgenza ne venisse loro delegato qualche ramo (18). Le cause sottratte alla loro competenza andavano a Roma ai pretori (19), finchè per comodo delle regioni più remote si istituirono i consolari, e più tardi i giuridici (20). Nelle provincie si giudicavano le liti al modo antico dal preside (21), o suoi legati, se egli aveva lor delegato la giurisdizione (22), nei giri per le città conventuali a ciò destinate (23), od altrimenti si davano a decidere ad un altro. Ma vi erano varie esenzioni dalla giurisdizione dei presidi. Anzitutto le città libere, come è naturale, avevano la loro propria giurisdizione (24), così pure i municipii e le colonie, alle stesse condizioni che in Italia (25). Per ultimo anche città ordinarie erano talvolta per motivi particolari investite di una giurisdizione sopra i natii (26).

Ma al di sopra di tutte queste giurisdizioni sorgeva giudice supremo l'imperatore, che nei varii poteri a lui devoluti trovò quello di sedere pubblicamente in tribunale (27), di decidere le cause inviategli dalle provincie (28), e di ricevere appellazioni da tutto l'impero (29). Egli, o giudicava da sè col suo consiglio (30), o delegava a giudicare il Senato (31), o un magistrato, od un particolare (32).

4. Nell'età successiva a Costantino avvennero altri cangia-

(1) Cic., *Pro Murena*, 12; *Pro Rosc. com.*, 9; *Pro Rosc. Am.*, 39; *De republ.*, v, 2; Caji, iv, 141: *Festus*, v, *Arbiter*, donde l'espressione *judex arbiterve* delle dodici Tavole; Gellius, xx, 1 e le formule *judicium arbitrumve postulo Valerius Probus not.* T. I. A. V. P. U. D. Una singolare opinione porta su questa distinzione Savigny, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. di Scialoja; Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1893), § 218 ed App. xiii, 5. Egli crede che il giudice non si potesse pigliare che dall'albo dei giudici, e libera fosse in quella vece la scelta dell'arbitro. Ma da un canto è assai problematico, se anticamente ci fosse per le cause civili quell'albo, dall'altro canto il giudice poteva essere scelto fra i peregrini, e per questi non vi era di certo un albo. Caji, iv, 105. Altre gravi obbiezioni fa Puchta, *Inst.*, ii, 40-42 (trad. italiana, Milano 1858).

(2) Cic., *Pro Tullio* 10 *divinat.*, 17, cap. iv, 185.

(3) *Lex Rubria*, c. 20; *Lex agraria Caji Caligulae* (*Lex Manilia*), c. 5.

(4) *Lex Rubria*, cod. ii, lin. 25.

(5) Il passo principale in proposito è di Cicerone, *Verr.*, ii, 13.

(6) Cic. in *Verr.*, ii, 37-38. Lo stesso aveva luogo nell'Asia secondo gli editti di Scevola e Cicerone. Cic., *Ad Att.*, vi, 1, 2.

(7) Ne dà esempi Cic., *In Verr.*, 14-18, 22-25.

(8) Si ha menzione di un giudice Cic., *In Verr.*, 42, del giudice o *recuperatores* alternativamente *in Verr.*, iii, 11, 58, 59, 60 dei soli *recuperatores divin.* 17 *in Verr.*, iii, 11, 21, 22; v, 54, *pro Flacco*, 19, 20, 21; Caji, i, 20; Ulpiano, i, 13; Theophil, i, 6, § 4.

(9) Dio. Cass., lviii, 20, lix, 20; L. 2, § 23, L. 1, *De orig. jur.*, 1, 2.

(10) Dio. Cass., lxix, 7; Cajo, ii, 270; Svet., *Claud.*, 12; Tacit., *Ann.*, xiii, 4; Plinius, *Paneg.*, 77.

(11) L. 1, § 1, 2, 5-14, D. *De off. praef. urb.*, 1, 12; L. 1, § 2, D. *De obseq. parent.*, 37, 15.

(12) Gellius, xiv, 2; *Fragm. vat.*, § 197, 198.

(13) *Lex agraria Caja Caligulae (Lex Manilia)*, c. 3, 15. Siculus Flaccus, *De cond. agror.*, p. 1.

(14) *Lex Rubria*, col. i, lin. 51; Puchta, l. c., pag. 206, 207, intende queste siano norme riferentisi ai magistrati romani, ma vedi in contrario Savigny, l. c.

(15) L. 28, D. *ad munic.*, 50, 1; Paul., *Sent. rec.*, v, 5, § 1.

(16) Paul., *Sent. rec.*, v, 5, § 1; L. 32, D. *de injur.*, 47, 10.

(17) L. 26, D. *ad munic.*, 50, 1.

(18) e (19) L. 1, L. 4, § 3 e 4, D. *de damn. infect.*, 39, 2.

(20) Capitol. M. Ant.. 11. Vedi *Fragm. Vat.*, § 155, 205, 232.

(21) Cajo, i, 6; L. 7, § 2, LL. 8, 9, D. *de off. proeons.*, 1, 16; L. 10, L. 11, D. *de off. praesid.*, 1, 18.

(22) L. 4, § 6, L. 5, L. 6, pr. e § 1, L. 12, L. 13, L. 15, D. *de off. procons.*, 1, 16; L. 4, D. *de off. ejus*, 1, 21.

(23) Strab., iii, 4, § 20; Plinius, *Epist.*, x, 85; Cajo, i, 20.

(24) Ne è prova Atene. Vedi Tacito, *Ann.*, ii, 55.

(25) Confr. L. 4, pr. § 3, 4, D. *de damn. infect.*, 39, 2.

(26) In Alessandria vi era un Archidicaste; Strab., xviii, 1, § 7.

(27) Svet. Octav., 33; Dio. Cass., liii, 21, lvii; Svet. Claud., 14, 15; Dio. Cass., lx, 4; Svet. Nero, 15; Domit., 8; Spartian. Adrian., 8; Dio. Cass., lxix, 7, lxxi, 6, lxxvi, 17, lxxvii, 17.

(28) Ne dà un esempio Fronto, *Epist. ad Marc.*, ii, 15.

(29) Dio. Cass., li, 19, liii, 32, lii, 33, liii, 17, 32, lix, 8, 18; Svet. Octav., 33; *Calig.*, 16; L. 8, D. *de off. procons.*, 1, 16; L. 4, D. *de off. praesid.*, 1, 18.

(30) Svet. Octav., 35; Dio. Cass., lii, 33, liii, 21, lv, 27.

(31) Capitol. M. Anton., 10.

(32) Paulus, *Sent. recept.*, v, 5, § 1; L. 3, D. *quis a quo appell.*, 49, 3.

menti. In Roma i pretori avevano ancora giurisdizione (1), e l'aveva anche quello di Costantinopoli; ma sì gli uni che gli altri si limitavano a conoscere sopra date materie (2); la giurisdizione normale nelle due metropoli apparteneva al prefetto della città, e con esso al vicario della città (3). Nelle altre regioni dell'impero, sì italiche che provinciali, la giurisdizione era propria del rettore di ciascuna provincia, che da ciò si chiamava *judex ordinarius* o *judex* senza più (4). Nelle provincie governate direttamente da proconsoli, costoro, ed i loro legati, avevano per sè la giurisdizione (5); lo stesso è a dirsi dei pretori o proconsoli novellamente creati da Giustiniano (6). Ma, siccome i conventi erano cessati, e ciascuno avrebbe dovuto andare al tribunale della metropoli (7), ad esercitare l'amministrazione della giustizia i rettori avevano sotto di sè alcune persone alle quali potevano commettere la decisione delle cause di poca entità (8). Del resto i magistrati municipali avevano tuttora una giurisdizione limitata (9), e nelle città sprovviste di difensori avevano una giurisdizione fino a cinquanta solidi (10), che poi fu portata da Giustiniano a trecento (11), non potevano restituire in intiero, nè immettere nel possesso *rei servandae causa*, nè *dotis servandae causa*, nè *legatorum servandorum causa* (12).

L'influenza dell'imperatore sulle cose giudiziarie in quest'epoca prese forme più precise. Egli se ne poteva ingerire in tre casi: cioè quando alcuno aveva a lui appellato, quando un funzionario pubblico lo aveva consultato sopra un punto di diritto, o quando un privato lo aveva supplicato di voler dare direttamente una decisione. In questi casi, se lo imperatore se ne occupava personalmente, la causa era trattata nel concistoro col cerimoniale prescritto (13). Nelle appellazioni ciò però avveniva più raramente, perchè l'imperatore aveva delegato la sua giurisdizione ai prefetti delle città, ai prefetti del pretorio od altri ufficiali superiori, sicchè anche delle appellazioni avevano costoro a conoscere *vice-sacra*. Questi tribunali si chiamavano *sacra audientia*, e vi si procedeva col cerimoniale del concistoro imperiale (14).

5. Accanto alle giurisdizioni ordinarie delle quali si è fatto parola nei numeri precedenti sorsero anche varie giurisdizioni speciali per ragione di materia e per ragione di persone.

Nelle cose dell'erario i prefetti del medesimo avevano a decidere le controversie relative a tale amministrazione (15). Nelle cose del fisco un senato consulto del regno di Claudio conferì la giurisdizione ai procuratori imperiali delle provincie (16), sotto Tiberio si creò in Roma un pretore apposito (17): nella costituzione ulteriore le controversie in cui era interessato il tesoro od i beni della corona si conoscevano dal rispettivo ragioniere (18), dal quale si appellava all'imperatore (19) od a quel funzionario al quale l'imperatore aveva delegato un tale diritto, e di regola al comite del tesoro e dei beni della corona (20). Un cangiamento si operò dal c. 41 del Cod. Theod. *de appell.* (11, 30), ma non fu adottato da Giustiniano nella L. 4, Cod. *de advoc. fisci* (2, 9). In Roma l'appellazione andava dal ragioniere della città al prefetto (21). Le controversie insorgenti in fatto di annona si giudicavano dai prefetti di questa (22).

Le giurisdizioni speciali per ragione di persone erano più svariate di quelle per materia. I senatori dopo Costantino avevano il loro foro presso il prefetto della città (23); i dicasterali sottostavano al magistrato cui erano addetti (24); i palatini, di grado sì maggiore che minore, al maestro dei dicasteri (25); i coloni e schiavi dei beni della casa imperiale al *comes domorum* (26), quelli dei beni demaniali e patrimoniali al *rationalis rei privatae* (27). Le azioni contro soldati appartenevano ai giudici ordinari fino al quinto secolo, nel qual tempo una simile giurisdizione fu conferita ai dignitarii dell'armata, cioè al *magister militum*, al *dux* o *comes* secondo la divisione militare in cui stava il giudicabile; i *duces* e *comites* vennero subordinati ai *magistri militum*, e quelli delle terre di confine al maestro dei dicasteri. L'appellazione dai *duces* come dai *magistri militum* si portava direttamente all'imperatore (28). Le persone *miserabili* erano autorizzate, ommettendo tutte le altre istanze ordinarie, a ricorrere al reggente stesso, e pretendere la trattazione delle loro cause dinanzi al supremo tribunale, quando avessero ragione di dubitare di una imparziale ed efficace amministrazione della giustizia da parte dei tribunali ordinari, e specialmente quando temessero la potenza del loro avversario (29).

(1) Symmach., VIII, 21, X, 39.
(2) C. 16, Cod. Theod. *de praetor.*, 6, 4; L. 1, Cod. *de off. praetor.*, 1, 39; L. 18, Cod. *de praed. minor.*, 5, 71.
(3) Bethmann-Hollweg, *Gerichtsverfassung und Process des sinkenden Römischen Reichs*, Bonn 1834, § 7.
(4) C. 1, 5, 6, 9, 11, Cod. Theod. *de off. rect.*, 1, 16.
(5) C. 1 e 3, Cod. Theod. *de off. procons.*, 1 e 2.
(6) Nov. 24, c. 4; Nov. 25, c. 5; Nov. 27, c. 2; Nov. 28, c. 3; Nov. 30, c. 9.
(7) Theophil., I, 6, § 4.
(8) Costoro si chiamavano *judices pedanei;* L. 35, Cod. *de pedan. judic.*, 3, 3.
(9) C. 1 e 3, Cod. Theod. *de repar. appell.*, 11, 31.
(10) LL. 1 e 3, Cod. *de defens.*, 1, 55.
(11) Nov. 15, c. 3, § 2.
(12) L. 26, § 1, D. *ad municip.*, 50, 1.
(13) Bethmann-Hollweg, op. cit., § 10.
(14) Lo stesso, § 3, 10.
(15) Sveton. Nerv., 17; L. 8, § 19, D. *de transact.*, 2, 15; L. 12, D. *de his quae ut indign.*, 34, 9; L. 42, pr. D. *de jure fisc.*, 49, 14.
(16) Tacit., *Ann.*, XII, 60; Sveton. Claud., 12; L. 9, pr. D. *de off. procons.*, 1, 16; LL. 2, 3, Cod. *uti causae fisci*, 3, 26. In addietro appartenevano ai tribunali ordinari: Dio. Cass., LVII, 23.
(17) L. 2, § 32, D. *de orig. jur.*; Plinius, *Paneg.*, 36.
(18) C. 41, Cod. Theod. *de appell.*, 11, 30; L. 5, Cod. *uti causae fisci*, 3, 26; L. 5, Cod. *uti causa static.*, 3, 22.
(19) C. 18, Cod. Theod. *de appell.*, 11, 30.
(20) C. 21, 28, 45, Cod. Theod. *de appell.*, 11, 30; C. 3, Cod. Theod. *de off. comit. largit.*, 1, 10; C. 13, Cod. Teod. *de jure fisci*, 10, 1.
(21) C. 49, Cod. Theod. *de appell.*, 11, 30; Symmac., *Epist.*, X, 62.
(22) Cassiod., *Varia*, VI, 18; C. 4, Cod. Theod. *de appell.*, 11, 30.
(23) C. 1, Cod. Theod. *de appell.*, 9, 1; C. 4, Cod. Theod. *de jurisd.*, 2, 1; Symmac., *Epist.*, X, 69.
(24) L. 2, Cod. *de off. magistri milit.*, 1, 29; L. 5, Cod. *de apparit. magistr. milit.*, 12, 55.
(25) L. 3, Cod. *de praep. sacri cubic.*, 12, 5; L. 4, Cod. *de silent.*, 12, 16; L. 12, Cod. *de proxim.*, 12, 19; L. 4, Cod. *de agent. in reb.*, 12, 20; LL. 3, 4, Cod. *de castrens.* 12, 26; L. 2, Cod. *de decan.*, 12, 27; L. 3, Cod. *de privil. scholar.*, 12, 30.
(26) L. 11, Cod. *uti causae fiscal.*, 3, 26.
(27) LL. 7, 8 Cod. *uti causae fiscal.*, 3, 21; C. 2, Cod. Theod. *de off. comit. rei priv.*, 1, 11; C. 1, 11, Cod. Theod. *de jurid.*, 2. 1
(28) Vedi Bethmann-Hollweg, op. cit., § 8.
(29) L. 1, Cod. *quando imperator inter pupill.*, 3, 14.

6. Fra le giurisdizioni speciali, particolare importanza ha nella storia del diritto quella giurisdizione speciale che è la giurisdizione ecclesiastica.

Fin dalle origini del cristianesimo, ai cristiani veniva fatto obbligo di stare alle decisioni dell'Autorità ecclesiastica in materia di religione e di morale (1). A questo precetto si rannoda una antica pratica nei cristiani, rimasta naturalmente allo stato di fatto finchè durò l'impero pagano, di ricorrere nelle questioni che fra loro sorgevano alle Autorità ecclesiastiche, onde togliere la conoscenza dei loro interessi ai magistrati male intenzionati contro di essi. Ma, quando l'impero divenne cristiano, nella celebre costituzione ad Ablavio (2), Costantino autorizzò di citare il proprio avversario, fosse essa persona ecclesiastica o laica, anche contro la sua volontà, davanti al giudice vescovile, fosse già o no il processo reso dipendente dal giudice secolare. Questo privilegio durò poco, perchè nell'anno 398 Onorio ed Arcadio (3) stabilirono espressamente: *Quoties de religione agitur Episcopus convenit judicare: caeteras vero causas quae ad ordinarias cognitiones vel ad usum publici juris pertinent, legibus oportet audiri.* Con questa costituzione però non venne tolto ai vescovi di giudicare le cause civili con esclusione dei tribunali laici, quando le parti, con libera e concorde decisione, si fossero rivolte ad essi vescovi, perchè, come rescrissero gli stessi imperatori nell'anno medesimo al prefetto del pretorio Eutichiano (4): *Si qui ex consensu apud sacrae legis antistem litigare voluerint, non vetabuntur; sed experiuntur illius in civili dumtaxat negotio, mox arbiter, sponte residentis judicium.* Ed il medesimo confermano essi imperatori anche più largamente nell'anno 408 in una costituzione al prefetto del pretorio Teodoro (5): *Episcopale judicium ratum sit omnibus qui se audiri a sacerdotibus deserint: eamque illorum judicaturi adhibendam esse reverentiam jubemus, quam vestris deferri necesse est potestatibus a quibus non licet provocare. Per judicium quoque officia, ne sit cassa episcopalis cognitio, definitioni executio tribuatur.* E però il diritto introdotto da Costantino non fu mantenuto, ai vescovi altra giurisdizione non restò che una semplice giurisdizione di arbitrato. Nondimeno i vescovi cercarono di allargare la loro giurisdizione specialmente nelle cause degli ecclesiastici traendo occasione da costituzioni imperiali redatte con poca precisione. Così ad esempio si trova scritto in una costituzione dell'imperatore Onorio (6): *Clericos non nisi apud episcopos accusari convenit;* ed in una costituzione di Valentiniano (7): *Clericos etiam quos indiscretim ad seculares judices debere deduci, infaustus praesumitur edixerit, episcopali audientia reservamus;* e vi si legge l'addotto motivo: *Fas enim non est divini muneris ministri temporalium potestatum subdantur arbitrio.* In seguito alla tendenza dei vescovi ad allargare la loro giurisdizione, sorgevano controversie fra loro ed i prefetti del pretorio, e per togliere tali questioni Valentiniano III in una costituzione dell'anno 452 al prefetto del pretorio Formino (8) così scriveva:

De episcopali judicio diversorum saepe causatio est. Ne ulterius querela procedat necesse est praesenti lege sanciri. Itaque cum inter clericos jurgium vertitur, et ipsis litigatoribus convenit, habeat episcopus licentiam judicandi: praeeunte tamen vinculo compromissi. Quod et laicis, si consentiant, auctoritas nostra permittit. Aliter eos judices esse non patiamur, nisi voluntas jurgantium interposita, sicut dictum est, conditione praecedat. Quoniam constat episcopos et presbiteros forum legibus non habere, nec de aliis causis, secundum Arcadii et Onorii divalia constituta, quae Theodosianum corpus ostendit, praeter cognitionem posse cognoscere. Si ambo ejusdem officii litigatores nolent, vel alteruter, agant publicis legibus et jure communi. Si autem petitor laicus seu in civili seu criminali causa, cujuslibet loci clericum adversarium suum, si id magis eligat, per auctoritatem legitimam in publico judicio respondere compellat. Quam formam etiam circa episcoporum personam observari oportere censemus.

Sotto gli imperatori successivi mutò lo stato del diritto. L'imperatore Marciano ordinò anzitutto a favore degli ecclesiastici costantinopolitani, nell'anno 406, che essi non potessero essere convenuti che presso il vescovo od il prefetto del pretorio, a scelta dell'attore (9), che tutti gli ecclesiastici fuori di Costantinopoli dovessero essere convenuti dinanzi ai rettori e governatori delle provincie (10). Ma fu l'imperatore Giustiniano che portò le più radicali mutazioni al diritto anteriore. Dapprima egli volle solo che dovesse dipendere dalla scelta dell'attore il convenire un ecclesiastico presso il vescovo o presso il giudice secolare; solo quando la controversia riguardava una causa ecclesiastica il vescovo era il solo giudice competente (11). Ma poscia nelle sue Novelle stabilì anzitutto che i monaci e le monache in cause ecclesiastiche e civili dovessero essere convenuti dinanzi al loro vescovo (12); poscia estese questi privilegi all'intiero ordine degli ecclesiastici (13). Nelle cause civili però la parte che si riteneva gravata dalla sentenza del vescovo, poteva appellare all'ordinario giudice del luogo; se la sentenza veniva riconosciuta giusta doveva eseguirsi senza ulteriore appello, nel caso invece che venisse riformata, doveva aver luogo un secondo appello al prossimo tribunale secolare (14). L'imperatore permise all'attore di adire il foro secolare invece del foro del vescovo quando il vescovo o non potesse prendere in esame la causa perchè la cognizione di essa collegavasi a molte difficoltà o prolissità, ovvero la decisione venisse indebitamente ritardata (15). Riguardo alle cause contro il vescovo Giustiniano ordinò che non fosse lecito convenire alcun vescovo contro sua volontà dinanzi al giudice secolare senza permesso dell'imperatore,

(1) Confr. I Epist. *ad Corint.* 6, versetti 1-6.

(2) C. 1, Cod. Theod. *de episcop. audient.* Gotofredo *(Comm. ad cod. Theod.*, XI, pag. 340 e seg.), ritenne questa costituzione interpolata, ma dopo i due lavori di Haenel (*De constit.*, ecc.; Lipsia 1841, Bonn 1844), non è più possibile muovere dubbio sulla sua autenticità.

(3) C. 1, Cod. Theod. *de religione.*

(4) L. 7, Cod. *de episcop. aud.*, 1, 4.

(5) L. 8, Cod. eod.

(6) C. 41, Cod. Theod. *de episcop. eccles. et cleric.*

(7) C. ult., Cod. Theod. eod.

(8) Questa costituzione trovasi nelle *Novellae constit. Imp. Justin. anterior.*, edita da Jo. Ritter, Lib. II, tit. 12.

(9) L. 5, Cod. *de episcop. et cleric.*, 1, 4; L. 13, Cod. *de episcop. audient.*, 1, 4.

(10) L. 33, Cod. *de episcop. et cleric.*, 1, 4.

(11) L. 29, Cod. *de episcop. audient.*, 1, 4

(12) Nov. 79.

(13) Nov. 83 e Nov. 123.

(14) Nov. 123, cap. 21.

(15) Nov. 83 *praef.*, § 1; Nov. 123, cap. 21, § 2.

e nelle cause, fossero ecclesiastiche o secolari, dei vescovi stessi, dovesse decidere in prima istanza il metropolitano, in seconda il patriarca della diocesi; il metropolitano dovesse essere convenuto dinanzi al patriarca (1).

E con ciò si trova nel diritto romano fermato il principio del foro privilegiato degli ecclesiastici. Ma quello che è degno di nota si è, che Giustiniano, nel suo Codice, non riprodusse le costituzioni di Arcadio ed Onorio e di Valentiniano III, che stabiliscono dovere ai vescovi appartenere la cognizione delle cause *ubi de religione agitur*, nè nelle novelle 83 e 123 si trova alcun cenno di questa competenza del tribunale vescovile.

7. Nel *Corpus juris* si trovano regole per determinare la competenza.

Ogniqualvolta si trattava di determinare se un magistrato che aveva giurisdizione limitata per una data quantità, aveva giurisdizione per decidere una determinata causa, non si guardava a quanto era dovuto ma a quanto era chiesto (2); se più azioni venivano esercitate nel tempo stesso non si stava alla somma del valore di tutte, ma al valore di ciascuna (3), ma, se un'azione era comune a più persone, non si guardava alla quota competente a ciascuno degli interessati ma al valore dell'azione intera. Il giudice che conosceva della azione principale conosceva anche di tutte le questioni incidentali, la cui decisione era necessaria per la decisione della questione principale, anche se tali questioni incidentali, se proposte come principali, non fossero state di competenza del giudice adito (4).

Solo dinanzi al giudice che aveva giurisdizione per quella determinata materia che formava oggetto del giudizio poteva essere esercitata l'azione. Questo però non bastava; era d'uopo anche che il convenuto fosse soggetto alla giurisdizione di quel giudice avanti il quale veniva intentata l'azione. Ed il magistrato era competente o per *gius* ordinario o per privilegio o per giurisdizione.

Per *gius* ordinario il magistrato era competente o per ragione del domicilio del convenuto, o per ragione del luogo in cui il contratto o quasi-contratto aveva avuto esistenza, o per ragione del luogo in cui l'obbligazione doveva essere adempiuta, o per ragione del luogo in cui il delitto o quasi-delitto era stato consumato, o per ragione del luogo in cui era situata la cosa.

Ogni persona non poteva esser tratta in giudizio che dinanzi al magistrato esercitante giurisdizione nella sua patria (*forum originis*) (5) o nel luogo in cui la persona stessa era domiciliata (6), non già nel luogo di domicilio di quella persona che fosse chiamata ad assumere la causa del citato (7). La moglie per effetto del matrimonio acquistava il foro del marito (8), foro che riteneva anche se vedova fino a che non si rimaritasse (9). Coloro però che si trovavano in Roma potevano essere citati avanti il magistrato della città, qualunque fosse il luogo di loro origine e del loro domicilio, ammenochè non godessero del privilegio di declinare la competenza dei magistrati stessi (10), essendo Roma, dopochè Caracalla accordò la cittadinanza a tutti i sudditi dell'impero, riguardata come *communis omnium patria* (11). Una persona poteva essere citata nel luogo in cui il contratto o quasi-contratto aveva avuto esistenza (12), eccetto il caso in cui si trattasse di restituzione di dote richiesta dalla moglie al marito (13), e nel luogo in cui l'obbligazione doveva essere adempiuta (14) o nel luogo in cui il delitto o quasi-delitto era stato consumato (15), quantunque la persona stessa non avesse in tali luoghi il suo domicilio. La competenza nelle azioni reali si determinava in ragione del luogo in cui era situata la cosa (16), se l'attore non credeva di chiamare il convenuto nel luogo di domicilio di questi (17). L'eredità si presumeva trovarsi nel luogo in cui vi era la maggior parte delle cose ereditarie (18), sicchè era in questo luogo che dovevano essere esercitate le azioni contro l'erede. Se però il morente avesse comandato al convenuto di pagare in un determinato luogo, o l'erede si fosse obbligato a pagare in un luogo determinato, in tal luogo, come quello in cui il pagamento doveva avvenire, poteva l'erede essere citato (19). Se si trattava di legato di cosa determinata, poteva l'erede essere convenuto nel luogo ove si trovava la cosa (20); se il defunto avesse potuto esser convenuto in un determinato luogo, in questo luogo poteva esser convenuto l'erede (21). Vi era anche un fôro della compiuta amministrazione degli affari altrui sì pubblici che privati, derivanti da una tutela, da una *negotiorum gestio*, da un contratto; colui che aveva gerito altrui affari doveva essere citato, per le azioni dipendenti dalla gestione, avanti il giudice dal quale era stato ricevuto l'incarico della amministrazione o davanti al quale o nel cui distretto la gestione era avvenuta (22). Vi era finalmente il fôro della connessione delle cause: là dove si trattava la causa principale, dovevano esser trattate le questioni accessorie (23). Se il convenuto aveva più fori, di regola spettava all'attore la scelta avanti qual foro convenirlo (24).

Questo valeva per *gius* ordinario. Chè quando era sta

---

(1) Nov. 123, cap. 8.

(2) L. 19, § 1, D. *de jurisd.*, 2, 1.

(3) L. 11, pr. D. *de jurisd.*, 2, 1.

(4) L. 5, § 9, D. *de agnoscend. et alendis lib.*, 25, 3.

(5) L. 6 pr. e L. 29 D. *ad municip.*, 50, 1: L. 11 D. *de senat.*, 1, 9; LL. 4 e 5, Cod. *de municip.*, 10, 38.

(6) L. 2, Cod. *de jur. om. jud.*, 3, 13; L. 29 D. *ad municip.*, 50, 1; LL. 1, 3, 4; Cod. *ubi causa status*, 3, 22; L. 29, § 4, D. *de inoff. test.*, 5, 2.

(7) L. 49 pr., D. *de jud.*, 5, 1.

(8) L. 65, D. *de jud.*, 1, 5; L. ult., § 3, D. *ad municip.*, 50, 1. L. 19, D. *de jurisd.*, 2, 1; L. ult., Cod. *de incolis*, 10, 39.

(9) L. 22, § 1, D. *ad municip.*, 50, 1; L. ult., Cod. *de incolis*, 10, 39.

(10) L. 2, § 3, 4, 5, *de judiciis*, 1, 5.

(11) L. 6, § 11, D. *de excusat. tut.*, 27, 1; L. 33, D. *ad municip.*, 50, 1; L. 19, D. *de interd. et releg.*, 43, 22; L. 7, § 1, D. Cod.; L. 9, D. *de vacat. et excus. mun.*, 10, 15.

(12) L. 19, § 2 e 3; L. 45 pr., D. *de jud.*, 5, 1.

(13) L. 65, D. *de jud.*, 5. 1.

(14) L. 19, § 1 e 4, Dig. *de judic.*, 5, 1; L. 21, Dig. *de obligat. et act.*, 44, 7.

(15) L. 1 e 2, Cod. *ubi de crimin.*, 3, 5; L. un., Cod. *ubi de possess.*, 3 e 16.

(16) L. 3, Cod. *ubi in rem act.*, 3, 19.

(17) L. 50, § 2; L. 51, D. *de jud.*, 5, 1; LL. 10, 11 D. *de rei vind.*, 6, 1.

(18) L. 50 pr., D. *de jud.*, 5, 1; L. un., Cod. *ubi fideicomm pet. op.*, 3, 17.

(19) L. 50, § 2, L. 51, D. *de jud.*, 5, 1.

(20) L. 52, § 3, D. *de jud.*, 5 1.

(21) L. 19, pr., D. *de jud.*, 5 1.

(22) L. 1, Cod. *ubi de ratiociniis*, 3, 21.

(23) L. 49 pr., D. *de judiciis*, 5 1.

(24) L. 2, § 3, D. *de eo quod certo loco*, 13, 14.

bilito un foro speciale in ragione di persona o di materia; se in ragione di persona, la persona non poteva esser chiamata che innanzi al fòro che per privilegio le era assegnato; se in ragione di materia, la causa non poteva agitarsi che dinnanzi a quel magistrato che per quella determinata materia aveva giurisdizione, indipendentemente da qualunque considerazione di persone (1).

Per decidere se il giudice fosse o no competente e se la parte convenuta avesse il diritto di declinare la competenza, si aveva riguardo allo stato delle cose all'epoca della citazione, nulla importando i cambiamenti successivi che si fossero verificati (2). Non si poteva declinare la competenza del fòro se non prima di accettare il giudizio (3).

8. La giurisdizione dei magistrati romani era propria, demandata o prorogata. Dicevasi propria quella giurisdizione che il magistrato aveva per proprio diritto. Demandata era quella che un magistrato esercitava in forza di mandato ed invece di colui al quale la giurisdizione competeva per diritto proprio. Prorogata era quella giurisdizione che si estendeva oltre quei limiti che a ragione delle persone o della causa al magistrato erano segnati.

Perchè un magistrato potesse demandare la giurisdizione era necessario:

1° che l'avesse per diritto proprio; ond'è che non poteva demandare la giurisdizione colui al quale fosse stata demandata da un altro (4);

2° che fosse nell'esercizio della stessa, o, se l'avesse demandata prima, avesse persistito nella delega dopochè era entrato nell'esercizio (5);

3° che non si trattasse di diritto specialmente attribuito dalla legge al magistrato (6).

Colui al quale era stata demandata la giurisdizione nulla aveva di proprio, ma esercitava la giurisdizione di colui che gliela aveva demandata (7): se colui che aveva demandata la giurisdizione moriva prima che colui al quale era stata demandata avesse cominciato ad agire, il mandato cessava (8).

La giurisdizione si prorogava per disposizione di legge o per consenso delle parti.

Per disposizione di legge si prorogava nella riconvenzione (9).

La giurisdizione del magistrato si prorogava per consenso dei litiganti alle cause ed alle persone che a lui non erano soggette (10). Perchè i litiganti potessero prorogare la giurisdizione era necessario:

1° che la persona alla quale si voleva prorogare la giurisdizione ne avesse qualcuna (11);

2° che il magistrato, la giurisdizione del quale si volesse prorogare, l'avesse per cause dello stesso genere di quella per la quale la proroga si voleva effettuare (12).

Perchè il consenso delle parti alla proroga della giurisdizione fosse valido era necessario:

1° che il consenziente sapesse che il magistrato adito non era competente, e ciononostante si fosse sottoposto alla giurisdizione del magistrato stesso (13);

2° che il consenso fosse spontaneo (14);

3° che si fosse perseverato fino a che la causa aveva cessato di essere intatta (15).

Non importava che il consenso fosse espresso, era sufficiente anche il tacito, il quale si desumeva dall'aver il convenuto accettato la lite (16), ma non si presumeva che il convenuto avesse consentito di assoggettarsi al giudice, se si fosse limitato a semplici atti preparatorii della sua difesa (17).

Per la proroga della giurisdizione non era necessario che intervenisse oltre il consenso delle parti anche il consenso del magistrato (18).

9. Nella primitiva loro costituzione i popoli germanici non avevano tribunali; ognuno si faceva giustizia da sè, da sè procuravasi riparazione dei torti che credeva di aver ricevuto. Ma il processo integrativo delle società germaniche, doveva portarle, come infatti le portò, alla costituzione di un organo la cui funzione fosse di vendicare le offese, di attribuire a ciascuno il suo; e siccome il governo primitivo di quelle razze era popolare, così anche i giudizi dovevano essere opera del popolo governante; i giudizi furono unicamente di spettanza del popolo. Nelle assemblee del *Gau*, che i germani tenevano, a quanto narra Tacito, nei novilunî e nei plenilunî, e qualunque altra volta che il bisogno lo richiedesse, il popolo adunato nei comizi giudicava delle cause (19). Non ogni lite, però, era devoluta alle assemblee del *Gau;* di alcune veniva giudicato nelle assemblee delle *centene*, sotto la presidenza dei principi o capi di queste. Quali liti venissero giudicate nelle assemblee del *Gau*, quali nelle assemblee delle *centene* non è dato determinarlo; i monumenti rimasti sono sul proposito muti (20). Quando in progresso di tempo si sostituì al governo popolare la monarchia, anche la giurisdizione passò al re, il quale la esercitava in persona alla corte od in qualunque luogo si trovasse; nelle provincie e nelle altre minori divisioni del territorio la esercitava a mezzo di persone da lui delegate. Ma il primitivo sistema del giudizio popolare non era totalmente scomparso: il re ed i suoi ufficiali null'altro facevano che presenziare e dirigere il giudizio che dal popolo veniva dato (21). Tale ordinamento dei giudizi si riscontra anche nel regno dei Longobardi. Qui pure la somma del potere giudiziario risiedeva nel re, e da lui lo rilevavano i duchi, gastaldi, sculdasci. Vi era anche una subordinazione di questa magistratura per casi in cui fosse incerto il diritto, ma non quale

(1) Confr. Cod. *ubi caus. fisci*, 3, 26, *de officio mag. mil.*, 1, 19, *si quib. causa mil.*, 3, 25; L. 2, Cod. *ubi senatores vel clar.*, 3, 24; L. 25, Cod. *de episcopis et clericis*, 1, 3; Nov. 79, 83.
(2) L. 70, D. *de jud.*, 5, 1; L. 19 pr. D. *de jurisd.*, 2, 1.
(3) L. 52, D. *de jud.*, 5, 1.
(4) L. 5 pr., D. *de off. ejus cui mand.*, 1, 21.
(5) L. 51, § 6, D. *de off. procons.*, 1, 16.
(6) L. 1 pr. D. *de off. ejus cui mand.*, 1, 21, confr. con L. 2, § 1, L. 4, § 1, tit. stesso e L. 2, § 1, L. 3 D. *de off. procons.*, 1, 16.
(7) L. 3 D. *de off. ejus cui mand.*, 1, 21.
(8) L. 6 D. *de jurisd.*, 2, 1.
(9) L. 11, § 1, D. *de jurisd.*, 2, 1; L. 14, Cod. *de sent. et interl.*, 7, 45
(10) L. 15 D. *de jurisdiction.*, 2, 1; L. 28, D. *ad municip.*, 50, 1.
(11) L. 3, Cod. *de jurisd. om. jud.*, 3, 13.
(12) L. 61, § 1 D. *de jud.* 5, 1, L. 1, Cod. *de jurisd. om. jud*, 3, 13.
(13) L. 2 pr., D. *de jud.*, 5, 1, L. 15 D. *de jurisd.*, 2, 1.
(14) L. 2 pr., D. *de jud.*, 5, 1.
(15) L. 2 pr., D. *de jud.*, 5, 1.
(16) Confr. L. 30 D. *de jud.*, 5, 1.
(17) Confr. L. 33 D. *de jud.*, 5, 1.
(18) L. 2, § 1, D. *de jud.*, 5, 1.
(19 a 21) Pertile, *Storia del diritto italiano*, § 204; Padova, F.lli Salmin, 1874.

diversità di competenza in ragione di materia, mentre una certa ne esisteva per ragione di persone. Vi era inoltre ammesso un ricorso alla persona del re dalle sentenze dei giudici inferiori, e per denegata giustizia (1). Ai giudizi dei longobardi corrispondono presso ai franchi i tribunali del re, del conte e centenario. Tipo era quello del conte, che dicevasi di preferenza *mallus legitimus* (2). Carlo Magno distinse le diverse giurisdizioni in riguardo alle persone ed agli oggetti; volle che le cause dei potenti (vescovi, abati e conti) venissero portate all'imperatore, che le questioni sulla vita, le proprietà di immobili e degli schiavi venissero portate ai tribunali dei messi regi e del conte, lasciate le altre liti ai centenari (3). Sotto Carlomagno poi, sia che desse sanzione giuridica ad un uso già introdotto, sia che riformasse di sana pianta il diritto esistente, si trova ristretto il potere a giudicare ad un certo numero di uomini liberi (scabini) sotto la presidenza del conte o del suo luogotenente, e talora sotto quella del messo del re (4).

Questo per ciò che concerne i vincitori. Per quanto riguarda i vinti dapprima si ebbe un apposito ordine di magistrati preposti agli stessi; mano mano che la fusione delle razze avveniva, le magistrature germaniche e le romane si fondevano e le magistrature romane andavano scomparendo, cedendo il posto alle magistrature germaniche (5). Ma nel regno dei longobardi di questa distinzione dei magistrati dei vincitori dai magistrati dei vinti non si ha parola, i magistrati longobardi governavano ad un tempo e colla stessa forma longobardi e romani (6). Sotto gli altri re barbari si mantennero le magistrature municipali colla loro giurisdizione (7), ma sotto il regno longobardico ogni vestigio di magistratura municipale scomparve, i soli magistrati dei vincitori, come si disse, governavano e vincitori e vinti (8).

10. Fino a questo momento la giustizia fu attribuzione dello Stato: anche le giurisdizioni convenzionali che i dipendenti liberi stipulavano col loro signore laico od ecclesiastico, per le quali in certe questioni non potevano essere giudicati da altro tribunale che dal patrimoniale, limitatamente alle cause derivanti da violazione dei patti di precario, enfiteusi, ecc. (come non pagamento del canone, rifiuto di prestar il censo in danaro od in generi, danni arrecati alla proprietà, ecc.), probabilmente non erano che giudizii di pacificazione che non escludevano un definitivo ricorso al tribunale pubblico (9). Ma, quando nel secolo IX lo Stato si spezzò in una miriade di signorie possedute a titolo privato, alle quali passarono i poteri pubblici, quando i successori di Carlomagno, più che non avesse fatto Carlomagno ed i suoi antecessori, proseguirono a far oggetto di particolari concessioni i poteri pubblici, in gran parte anche l'amministrazione della giustizia passò ai privati a titolo feudale e patrimoniale; il diritto di amministrare la giustizia sulle terre possedute dal signore laico od ecclesiastico divenne per concessione od usurpazione una attribuzione che si esercitava a titolo feudale nelle terre tenute in feudo (giurisdizione feudale) ed a titolo patrimoniale nelle terre allodiali (giustizia delle immunità). E siccome la giustizia feudale o patrimoniale si esercitava su tutti coloro che erano in qualsiasi modo vincolati per la persona e per i beni ai potenti, e siccome nel medio evo pochissimi di mediocre condizione rimasero liberi della persona e possessori di terre egualmente franche da ogni obbligazione, così pochissimi nelle città e nelle campagne nel secolo XI rimasero soggetti al tribunale pubblico, piuttostochè a quello del vescovo o del conte, dell'abate o del valvassore, a un tribunale feudale o patrimoniale (10).

La competenza del tribunale feudale o patrimoniale variava secondo la estensione dei privilegi imperiali. Generalmente questo tribunale aveva competenza illimitata nelle cause civili dei dipendenti fra loro. Era territoriale e personale. Non solo tutti quelli che si trovavano residenti o di passaggio nelle terre del signore erano sottoposti ad esso, ma anche i dipendenti che si trovano fuori del territorio signorile non potevano essere giudicati da altro foro (11). Ma dove non vi era feudo o territorio immune la giustizia era esclusiva attribuzione dello Stato. Col rafforzarsi del potere regio cessò la giustizia feudale e la patrimoniale e la giustizia divenne interamente funzione pubblica; di questa giustizia quale funzione pubblica ci si deve limitare a tessere la storia.

11. Nel tempo in cui l'Italia ebbe re proprii, stette presso di questi la cura dell'amministrazione della giustizia, e poscia finchè si riconobbe la potestà dell'impero, e fin dove tale potestà fu riconosciuta, fu supremo giudice l'imperatore, il quale o sentenziava di persona, quando trovavasi nel regno, od a mezzo di messi o giudici palatini, dignità che concedeva nelle provincie a questo o quel signore (12). Concedendo la qualità di *missus,* l'imperatore non si spogliava però di qualunque potere giudiziario. Corrado riservò a sè l'appello dalle cause feudali e dalle cause dei maggiori valvassori; il trattato di Costanza attribuisce all'imperatore gli appelli dalle cause di un valore superiore alle 25 lire coll'obbligo di non portarli oltr'Alpe. Tuttavia non rare volte le cause italiane furono demandate ai soliti giudizi imperiali. Molte città poi comprarono dall'imperatore fra gli altri diritti anche quello di aver giudici propri in seconda istanza (13). Fra coloro ai quali venne concessa la qualità di *missus* ci furono anche i vescovi, sicchè accanto ai tribunali delle immunità sorgeva nelle città un altro tribunale, quello del vescovo. Senonchè questa giustizia non era a titolo feudale o patrimoniale, ma il vescovo aveva l'attribuzione di amministrare la giustizia nelle città come investito delle funzioni del conte (14), e più tardi di quella di *missus* dell'imperatore (15); è non già l'uomo di chiesa nella sua qualità di uomo di chiesa o di signore, ma l'uomo di chiesa nella sua qualità di funzionario pubblico, che esercita il potere pubblico di amministrare la giustizia. Nella sua qualità di conte che aveva ottenuto il potere di *missus* dell'imperatore, la competenza del vescovo non aveva limiti; egli possedeva la piena giurisdizione civile, a lui dovevano essere deferiti tutti gli affari, compresi le nomine dei tutori, gli affari dei minorenni, le questioni testamentarie (16). Se il vescovo era signore feudale o posses-

(1) Pertile, Op. cit., § 205.
(2-3) Id., Op. cit., § 206.
(4) Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo* (trad. di Bollato; Torino 1854-57), vol. I, n. 53, 68, 74.
(5 a 8) Pertile, Op. cit., § 9.
(9) Salvioli, *Le giurisdizioni speciali nella storia del diritto italiano* (Modena 1884-1888), vol. I, pag. 167.
(10) Salvioli, Op. cit., vol. I, pag. 74, 75.
(11) Id., Op. cit., vol. I, pag. 236, 237.
(12) Pertile, Op. cit., § 207.
(13) Salvioli, Op. cit., vol. II, pag. 207.
(14) Id., Op. cit., vol. II, pag. 166.
(15) Id., Op. cit., vol. II, pag. 171 e seg.
(16) Id., Op. cit., vol. II, pag. 234, 235.

sore di territorio immune, poteva cumulare l'amministrazione della giustizia secondo i luoghi a titolo diverso, a titolo feudale o patrimoniale nelle terre feudali od immuni, a titolo di conte *missus* dell'imperatore in luogo diverso.

Collo stabilirsi dei Comuni cessò il tribunale del vescovo di funzionare, dove per spontanea concessione del vescovo, dove per violenza della moltitudine, dove, infine, per l'investimento delle funzioni di *missus* concesso dall'imperatore ai Comuni, i quali in tal modo si vennero a trovare nell'esercizio della giurisdizione a mezzo di magistrati proprii.

Mano mano, poi, che i vari paesi d'Italia si staccarono dall'Impero, ebbero i propri tribunali supremi. Tali furono nelle Due Sicilie quello della *Magna Curia,* al quale venne sotto gli Angioini coordinata la *Corte Vicaria.* Ma, siccome dalle sentenze di questa Corte vi era ancora appello al sovrano, così, per decidere questi affari Alfonso costituì il *Sacro Reale Consiglio,* detto anche di *Santa Chiara,* dal monastero ove ebbe stanza. Lo stesso re pose a giudicare in ultima istanza delle cause fiscali la *Regia Camera della Sommaria.* Il posto del *Sacro Reale Consiglio* era a Napoli tenuto dal tribunale della *Regia Coscienza,* e questo e quello dovevano sentenziare a vece del principe, perchè a lungo, anche in qualche luogo, come a Trento, fino agli ultimi tempi, i principi conservarono l'uso dei re barbari e carolingi, di rendere giustizia in persona, anche nei ricorsi dai tribunali supremi.

Allo stesso scopo del tribunale della *Regia Coscienza* serviva nella monarchia piemontese il *Consiglio residente,* che ebbe poi nome di *Senato;* ma questo però non era tribunale unico, ve ne erano tre, uno a Chambéry, uno a Torino e l'altro a Nizza. Nonostante l'esistenza di questi tribunali, nella monarchia piemontese, fino al sedicesimo secolo, si conservò la *Suprema generale udienza* nella quale il principe, che soleva presiederla, giudicava (1). Colle stesse incombenze del Senato piemontese, Milano, sotto i duchi e dopo, ebbe un *Senato;* i principi dell'impero nei territorii ad essi soggetti posero *Consigli aulici.* Negli Stati pontificii il papa coi suoi giudici palatini e dativi costituiva il supremo tribunale chiamato *Sacra Ruota* (2). In Friuli, sotto il governo del patriarca, la suprema autorità giudiziaria si esercitava dal Parlamento. A Venezia, nei primi secoli della repubblica, la suprema autorità giudiziaria era nel doge; ma quando il governo prese forme aristocratiche, la suprema autorità giudiziaria fu negli *avvogadori del comune,* nelle *guarentie civili,* e poscia anche nei collegi dei XX e XII *savii* e negli auditori vecchi e nuovi (3). Tutte le sopramentovate magistrature erano giudici di ultima istanza, ma erano anche giudici di prima cognizione per alcune cause privilegiate, e quando venivano invocate dalle parti fra le quali la lite si agitava (4).

Per ciò che concerne i tribunali inferiori, gli stessi vennero distinti in fori ordinari e fori speciali.

Cominciando dai primi, per molto tempo continuarono in Italia i placiti dei messi regii, del conte, e quelli dei magistrati minori per le singole terre. Ma, quando l'autorità sovrana passò ai signori locali, questi deputarono propri ufficiali e rendere giustizia. La giurisdizione concedevasi generalmente in feudo, e spesso l'investito la subinfeudava ad altri: nel regno delle Due Sicilie e nella monarchia piemontese le cause venivano portate innanzi ai preposti alle ultime divisioni amministrative (baglivi e castellani) (5). Quando le città conseguirono l'autonomia, esercitarono esse la giurisdizione che affidavano per le cause civili ad appositi giudici, *consoli dei placiti* e simili, ed una tale autorità giudiziaria rimase a quei magistrati anche allorquando le città caddero sotto i principi: nelle terre di fuori conoscevano per piccole somme i rettori di esse, *gastaldi, meringhi,* ecc. (6). A Venezia dapprima giudicava il doge, poscia si trovano speciali giudici del Comune o delle terre, detti anche giudici del palazzo o della Corte del doge. Intorno all'anno 1099 presero essi il nome di magistrati *del proprio,* perchè conoscevano delle liti dei veneziani, onde distinguerli dal magistrato *del forestier,* allora creato per giudicare delle cause degli stranieri; però anche in quest'epoca il doge continuò a giudicare. Ai detti due tribunali si aggiunsero in progresso di tempo per gli affari civili quelli delle petizioni, quello del mobile, dei procuratori, del piovego, del cattaver, ecc. (7).

12. Ma oltre il foro ordinario del quale si è discorso nel numero precedente, il medio evo ci presenta un gran numero di fori speciali, alcuni dei quali durarono fino ai nostri giorni. Il primo di tali fori speciali che richiama l'attenzione è il tribunale ecclesiastico del vescovo, tribunale con giurisdizione distinta da quella che esercitava il vescovo nel suo tribunale quale *missus regio,* o conte, del quale si è tenuto parola nel numero precedente.

La dottrina della chiesa bandita dai concilii e dai canonisti, è che i laici sieno incompetenti nelle cause di religione (8), e che essa abbia senza interruzione da Costantino e per tutto il medio evo esercitato una giurisdizione nelle cause ecclesiastiche, cioè sulle *res spirituales* (celibato, sepoltura, matrimonio) (9), e nelle cause *spirituales adnexae sive conjunctae* (benefizi, decime, sponsali, patronato, voti ed obblighi nati da giuramento) (10), e che gli ecclesiastici abbiano goduto il privilegio di essere giudicati dal tribunale del vescovo, non solo nelle materie di religione, ma anche nelle cause civili fra loro e contro terzi. Ma, come fu luminosamente provato dal Salvioli (11), ciò non è punto vero; per diritto franco, pel diritto degli ostrogoti, per diritto dei longobardi altri tribunali non esistevano che quelli dello Stato. La stessa legislazione dei Carolingi, come dimostra il Salvioli (12), non riconobbe punto una giurisdizione ecclesiastica; tutta la giurisdizione sopra le chiese e le persone ecclesiastiche, nei loro rapporti temporali, fu sotto i Carolingi di competenza del tribunale pubblico (13), del tribunale pubblico erano di competenza le cause matrimoniali e testamentarie (14), il tribunale pubblico aveva la competenza per le cause delle vedove, degli orfani e dei poveri (15). Ma, quando, cessata l'influenza dell'elemento germanico ebbero la prevalenza gli elementi medioevali; quando, andato in frantumi lo Stato, ognuno prendeva ciò che dei poteri pubblici poteva

(1 a 4) Pertile, Op. cit., § 207.
(5) Id., Op. cit., § 108.
(6-7) Id., Op. cit., § 208.
(8) C. 8, D. *de arbitris,* 1, 43; C. 2, D. *de judiciis,* 2, 1.
(9) C. 6, *de sententiis,* in 6ª, 5, 11; C. 11, 12, 14, D. *de sepulturis,* 3, 28; C. 5, 7, D. *qui filii sint legit.,* 4, 17; C. 12, D. *de excessibus praelatorum,* 5, 31.
(10) C. 2, 3, 7, 8, 10, 13 D. *de judiciis,* 2, 1.
(11) Op. cit., I, pag. 84 e seg.
(12) Op. cit., I, pag. 107 e seg.
(13) Op. cit., I, pag. 117 e seg.
(14) Salvioli, Op. cit., I, pag. 133.
(15) Id., Op. cit., pag. 143 e seg.

prendere, il potere ecclesiastico attrasse a sè la giurisdizione sulle cause ecclesiastiche e sulle cause spirituali, e, per dare apparenza giuridica ad un tale fatto si immaginarono falsi diplomi e false collezioni di leggi. Le raccolte di Benedetto Levita, e le altre di Angilrammo, di Isacco di Lamporecchio, ecc., furono il grande strumento che servì ad accreditare ed aumentare la giurisdizione temporale ecclesiastica. Procedendo il medio evo, la giurisdizione sui chierici da parte della Chiesa divenne diritto comune, tanto che Onorio III ottenne da Federico II nel giorno della incoronazione di questi nell'anno 1220 l'autentica nella quale si legge: *Statuimus ut nullus ecclesiasticam personam in criminali quistione vel civili ad judicium saeculare presumat contra constitutiones imperiales et canonicas sanctiones. Quod si faciat actor a suo jure cadat, judicatum non teneat, et judex ex tunc potestate judicandi privetur.* E così pure divenne di diritto comune la competenza del foro ecclesiastico per tutte le cause ecclesiastiche, cioè tutte le cause matrimoniali, di legittimazione per susseguente matrimonio, di decime, di patronato ecc.; tanto che i vescovi, quando cedettero alle città la giurisdizione per le cause civili, si riservarono però espressamente la giurisdizione sulle cause delle specie suindicate (1).

Ma, quando i pubblici poteri andarono di nuovo riunendosi per formare quello che è risultato lo Stato moderno, non poteva essere tollerato l'esercizio della giurisdizione da parte di un potere indipendente dallo Stato, incominciarono le contese che riuscirono colla vittoria dello Stato, la chiesa a poco a poco venne spogliata della giurisdizione, finchè colla unificazione legislativa del regno d'Italia finì di esercitarla.

13. Oltre il tribunale ecclesiastico del vescovo esistevano in gran numero altri fôri speciali.

Fôri speciali aveva la nobiltà. Giudicavano a Napoli nelle cause civili dei nobili i capi dei seggi, ed in Sicilia 12 nobili a ciò deputati dal parlamento sotto la presidenza del re o di uno dei suoi ufficiali. I patrizi veneti non potevano esser citati innanzi ai tribunali fuori di Venezia. La nobiltà sarda ottenne nel 1481 di esser giudicata dai propri pari. Fori speciali propri ebbero i militari e le persone di corte. Per molto tempo in Italia, sull'esempio del *praetor peregrinus* di Roma ci furono giudici pei forestieri, i quali sentenziavano anche fra cittadini e forestieri e le cui decisioni talvolta erano inappellabili (2).

Quantunque al primo apparire dei benefizi non fosse ancora pienamente costituita quella giurisdizione del signore sui propri vassalli che si maturò collo svolgersi del potere feudale, se ne trovano tuttavia gli esordi nella autorità che venne attribuita al signore, tanto per ciò che concerne gli obblighi derivanti dal rapporto personale, come per quelli che discendevano dal beneficio. Procedendo per questa via al principio del secolo 10° è appieno sviluppata la giurisdizione feudale, e la riconosce con solenne decreto iml'pe. ratore Corrado (1037) e più tardi Federico I la conferma- Per queste leggi tutte le cause derivanti dal rapporto feudale, e quelle che nel possesso di un feudo insorgevano fra vassalli di uno stesso signore, dovevano trattarsi dinnanzi a costui: per le cause fra signore e vassalli la legge di Federico I concesse la giurisdizione del solo vicario del signore. Nei casi di negata giustizia o quando le parti non volevano acquietarsi alla sentenza della Corte feudale, ricorrevasi ai giudici del signore feudale superiore (3). Nel Napoletano tutte le cause dei baroni appartenevano ad una sezione della Magna curia. Questa giurisdizione fu trasferita più tardi ai capi delle varie provincie, si cangiò finalmente nella somma giustizia del principe. Egualmente sparì in Sicilia il giudizio dei 12 eletti dal baronaggio, e la giurisdizione sopra i baroni si era concentrata nel secolo XVI nella Gran Corte. La giurisdizione feudale durò finchè vi furono feudi; e naturalmente sparì con questi.

Nel secolo XII Federico, colla autentica *Habita C. ne filius pro patre*, 4, 13 estendendo la disposizione data da Giustiniano per le scuole di Berito, concessé facoltà agli studenti di Bologna di farsi giudicare dal proprio rettore o dal vescovo della città. Questa giurisdizione venne pretesa più tardi anche dai rettori delle altre università. L'autorità dello Stato non riconobbe in ogni circostanza tale privilegio delle università, donde ne sorsero frequenti lotte dalle quali il privilegio usciva confermato, perchè anche là dove, come in Piemonte ed a Napoli, la giurisdizione per gli appartenenti alle università non fu lasciata a professori ed a rettori, venne data almeno ad apposite magistrature (4).

Per alcune cause erano dichiarati competenti solo determinati giudici. Di questa competenza speciale ne aveva dato esempio Carlomagno coll'attribuire alla sola giurisdizione del conte certe cause, come quelle in cui trattavasi della proprietà di terre e schiavi, alla giurisdizione dell'imperatore le cause dei potenti; le costituzioni friulane riservavano unicamente alla persona del patriarca i giudizi sulla libertà, le proprietà fondiarie e sui feudi. Nella bassa Italia, per le leggi di Federico II e dei suoi successori, le liti dei pupilli, delle vedove e di altre persone miserabili dovevano essere trattate dinanzi alla *Magna curia* od al giustiziere della provincia, privilegi che da Amedeo III furono concessi anche a quelle dei suoi Stati, e che furono confermati da Carlo Emanuele III. Qualche statuto comunale attribuiva quelle cause al primo giudice della città, e non mancavano esempi di appositi giudici dei miserabili. Nel mentre sotto i longobardi ed ai primi tempi dei Carolingi il fisco non ebbe in Italia foro privilegiato, a poco a poco al fisco stesso furono concessi, ampliandoli, i privilegi del diritto romano. A taluno concedevasi il privilegio di non esser soggetto ad altro tribunale che a quello dell'imperatore o del sovrano locale (5).

Era massima generale della legislazione medioevale italiana che le cause dei membri delle corporazioni delle arti spettassero ai loro capi e castaldi. Ma la giurisdizione di questi casi non aveva però in ogni dove la medesima estensione; generalmente era ristretta alle liti derivanti dall'esercizio delle arti; ed in qualche luogo anche infra certe somme; in altri luoghi, però, la loro giurisdizione abbracciava tutte le cause civili dei consociati (6). Se i membri delle corporazioni delle arti venivano giudicati dai loro capi, i membri delle corporazioni dei commercianti dovevano venire giudicati dai loro consoli. Di qui l'origine dei tribunali di commercio esercitanti giurisdizione sui commercianti. L'istituto dei tribunali di commercio andò sviluppandosi tanto, che Carlo di Borbone costituì un supremo magistrato del commercio al quale erano soggetti i varii consoli e tribunali di

(1) Salvioli, Op. cit., pag. 143 e seg.
(2) Pertile, Op. cit., § 211.
(3) Id., Op. cit. § 213.
(4) Pertile, Op. cit. § 211.
(5) Id., Op. cit. § 215.
(6) Id., Op. cit., § 210.

commercio, di qua e di là del faro (1). Il carattere della giurisdizione commerciale però ha variato nei tempi, perchè, sorta come una giurisdizione privilegiata a favore delle persone dei commercianti, andò col tempo mutandosi in una giurisdizione privilegiata per le materie commerciali, divenendo però reale da personale quale era dapprincipio.

14. In questo straordinario numero di giurisdizioni, spesso mal definite, frequenti dovevano sorgere i conflitti. Ad eliderli fu stabilito che fra molti giudici competenti per un dato caso spettasse conoscere a quello che era stato investito della cognizione del caso stesso pel primo. Del resto si regolò per tempo la competenza del foro, riproducendosi in generale le norme del diritto romano. Già le leggi dei Longobardi imposero all'attore di seguire il foro del domicilio del reo, ciocchè fu confermato anche dai capitolari dei Carolingi. Ma il particolare sistema di quei tempi, e quello dei diritti personali fecero ben tosto necessarie alcune eccezioni. E così le cause sulla libertà e sulla proprietà del patrimonio avito, benchè imprese nel luogo del domicilio, dovevansi terminare coll'offrire le prove nella patria di colui del quale trattavasi. Non tardarono nemmeno a introdursi il foro del contratto, del delitto e quello delle proprietà immobili (rei sitae). Traevansi poi frequentemente le controversie fuori dell'ordinario giudizio, era generalmente lasciato in facoltà delle parti di portare in prima istanza la lite alla decisione del principe o del supremo giudice dello Stato; ciò che peraltro si andò limitando, come fece p. e. nei suoi statuti Amedeo VIII. Riconoscevasi inoltre nei supremi tribunali il diritto di avocare a sè qualunque causa credessero. Ad assicurarsi del quale abuso e ad evitare di essere citati innanzi a fôri speciali lontani, avevano cura gli abitanti delle città di fare inserire nei privilegi concessi alle città stesse o nei loro statuti anche quello, che le loro cause non potessero, per qualsivoglia motivo, essere portate a decidersi fuori della città. Devesi infine notare che in varie leggi era diversamente determinata la competenza anche in relazione al valore della lite (2).

15. Negli ultimi tempi Pietro Leopoldo e Giuseppe II tolsero quasi tutti i fôri privilegiati; ciò venne compiuto dappertutto dalle armi francesi.

Dal naufragio dei fôri speciali si salvarono i tribunali di commercio i quali anche dopo la restaurazione, ad eccezione del ducato di Parma e del granducato di Toscana, se non come tribunali di commercio, almeno come giudizi speciali per le materie commerciali, si trovano esistenti.

In Piemonte pei codici del 1854 e 1859 i tribunali di commercio si trovano istituiti in alcuni centri commerciali come giudici di prima istanza e come giudici di appello dalle sentenze dei giudici di mandamento in materia commerciale. Nel regno Lombardo-Veneto le controversie commerciali, meno le cambiarie, nei luoghi ove non risiedevano tribunali provinciali, potevano portarsi alla conoscenza dei pretori foresi, ma nella residenza del tribunale provinciale, solo alla conoscenza di questo potevano essere portate, qualunque fosse il valore delle cause. Vi era inoltre il tribunale commerciale marittimo di Venezia per tutte le controversie commerciali e cambiarie della provincia di Venezia qualunque ne fosse il valore, salva la facoltà di portare alla conoscenza dei pretori foresi quelle commerciali non cambiarie. Aveva inoltre competenza esclusiva per tutte le cause marittime delle provincie Lombardo-Venete, ad eccezione delle liti nascenti dai rapporti di servizio dell'equipaggio, di affari per trasporti marittimi e del nolo per viaggiatori, che potevano intentarsi dentro e fuori di Venezia anche presso quelle preture nel cui circondario dimorava il convenuto o doveva consegnarsi la merce, o doveva eseguirsi il trasporto dei viaggiatori, o dove il viaggio veniva rotto. In Modena il giusdicente era competente per qualunque valore nelle cause di noleggio, di commercio marittimo e di navigazione. Nelle provincie pontificie in certe residenze vi erano tribunali di commercio per giudicare per qualsiasi valore delle cause relative alle obbligazioni fra negozianti e banchieri e agli atti di commercio fra ogni sorta di persone.

Nel regno delle Due Sicilie in certe residenze vi erano tribunali di commercio per giudicare delle cause di indole commerciale di qualunque valore.

Alla unificazione legislativa del regno d'Italia i tribunali di commercio furono mantenuti come giudici di prima istanza delle cause commerciali di valore superiore alle lire 1500 e come giudici di appello per le cause commerciali decise in prima istanza dai pretori. L'istituzione però fu vivamente opposta. Si osservava che non vi era ragione di mantenere una giurisdizione distinta pelle materie commerciali dal momento che la giurisdizione in tutte le altre materie era devoluta all'autorità giudiziaria in generale, che non vi era ragione di mantenere una giurisdizione speciale di prima istanza dal momento che in appello poi le cause venivan devolute alla giurisdizione ordinaria, che il fatto di doversi nelle materie commerciali applicare la consuetudine non bastava a giustificare l'esistenza di tribunali speciali dal momento che la prova della consuetudine poteva essere data anche innanzi alla giurisdizione ordinaria con tutti quei mezzi coi quali la consuetudine può esser provata nei casi in cui della stessa è d'uopo fare applicazione, che gli interessi speciali del commercio potevano essere tutelati anche dalla giurisdizione ordinaria nella stessa guisa che questa tutela gli interessi di tutti. Questi argomenti erano tanto persuasivi che nel progetto presentato dal guardasigilli De Filippo nel 10 aprile 1860 alla Camera dei deputati era proposta la abolizione dei tribunali di commercio, abolizione che era proposta anche nel progetto Tajani del 1879 per la riforma della legge sull'ordinamento giudiziario: nella tornata 30 marzo 1881 la Camera prendeva in considerazione una proposta di legge di Martelli e Bizzozero per l'abolizione dei detti tribunali. Ciononostante il codice di commercio del 1882 li mantenne. Nel 1884 la Commissione istituita dal guardasigilli Giannuzzi-Savelli per istudiare un progetto di riforme dell'ordinamento giudiziario ad unanimità ne propose l'abolizione, abolizione che era proposta anche col secondo progetto Tajani (1885-1886). Fu solo con la legge 25 gennaio 1888, n. 5174, che furono aboliti investendo della cognizione delle cause commerciali i tribunali civili.

La distinzione fra cause civili e cause commerciali continua ad essere importante ancora per alcuni effetti procedurali, ma per gli effetti relativi alla competenza la legge 25 gennaio 1888, n. 5174, ha tolto alla distinzione stessa qualunque importanza (3). Infatti, una volta che avanti la stessa Autorità giudiziaria devono essere portate tanto le

(1) Pertile, Op. cit., § 210.
(2) Id., Op. cit., § 215.

(3) È questione se con la abolizione dei tribunali di commercio siasi abolita la procedura commerciale. Lo ritiene il Mortara nella

controversie civili quanto quelle commerciali, è evidente che non si può parlar più di competenza civile e di competenza commerciale; la competenza dopo la legge del 1888 è unica. Ciononostante havvi ancora una speciale competenza commerciale per alcune materie, e precisamente:

1° Se nel giudizio di fallimento i crediti dei quali è contestata l'ammissione nel passivo sono commerciali, il giudizio sulla ammissibilità dei crediti che sono infra la competenza del pretore spetta al giudice delegato (1);

3° Alcune controversie di natura commerciale sono attribuite alla cognizione dei capitani ed ufficiali di porto (2);

3° Alcune controversie di natura commerciale sono attribuite alla cognizione dei *probi-viri* (3).

Senonchè, siccome delle controversie di cui al n. 1 si è trattato alla voce **Fallimento**, di quelle di cui al n. 2 alla voce **Capitano di porto** e di quelle al n. 3 si tratterà alla voce **Probi-viri**, non occorre qui occuparci, sicchè in questa voce della competenza commerciale non è più il caso di far parola.

Prima di terminare però questo argomento è opportuno far rilevare che i tribunali di commercio vi sono in Francia in certe residenze, per giudicare delle cause commerciali, e così pure nel Belgio ed in Austria; che in Ungheria havvi un tribunale di commercio a Budapest; che in Germania giudicano delle cause commerciali sezioni speciali del *Landrecht* e tribunali di commercio ordinati secondo le leggi di ciascuno Stato; che in Danimarca per gli affari marittimi e di commercio havvi il tribunale di commercio di Copenhagen; che tribunali di commercio vi sono in Romania, in Serbia, in Portogallo ed in alcuni cantoni della Svizzera. In Grecia esistevano, ma furono aboliti con legge 28 maggio 1887. Stati fiorenti pei commerci, quali l'Inghilterra, gli Stati Uniti, l'Olanda, non hanno tribunali di commercio.

16. Nel secolo attuale in Italia prima della unificazione legislativa vigevano diversi sistemi relativamente alla competenza delle Autorità giudiziarie.

a) In Piemonte pei codici di proc. del 1854 vi era il giudice di mandamento, il quale conosceva delle cause civili e commerciali meramente personali e di quelle relative a cose mobili fino al valore di lire 300; delle controversie tra alber-

appendice al *Manuale della procedura civile*, n. 1094 (Torino, Unione Tip.-Editrice, 1886) e nel lavoro citato nella bibliografia; ritengono il contrario il Turriccia nel lavoro citato nella bibliografia ed il Mattirolo, *Ord. giud.*, 154. In appoggio di questa seconda opinione viene citata la Relazione al Senato del Costa del seguente tenore:

« Accolta in massima la proposta di sopprimere i tribunali speciali investiti della giurisdizione in materia commerciale, rimane ad esaminare se le disposizioni nelle quali è formolata, ed i mezzi escogitati per attuarla corrispondono all'intento.

« È chiaro nell'art. 1 che rimanendo soppressi i tribunali speciali costituiti per esercitare giurisdizione nelle materie commerciali, tale giurisdizione non rimane abolita, ma viene trasferita nei tribunali civili, non solo in tutta la estensione della competenza contenziosa, volontaria o onoraria, e delle speciali attribuzioni che in qualsiasi modo ad essa si connettono o da essa dipendono, ma ben anco con tutte le forme o modalità, che per l'esercizio della giurisdizione medesima sono dalla legge vigente prescritte. Nulla è quindi innovato allo stato delle cose, e tutto si riduce ad uno spostamento nell'esercizio di una giurisdizione che rimane inalterata. Il che non era superfluo di dichiarare, per prevenire le eventuali osservazioni di chi si accingesse a sostenere che aboliti i tribunali di commercio rimanga necessariamente abolito tutto ciò che nella legge trae dalla esistenza dei tribunali di commercio la propria ragione di esistere, e in ispecie le forme correlative dei procedimenti contenziosi od onorari, che, nella loro intitolazione formale, appaiono pei tribunali di commercio stabilite.

« Se mai questo dubbio potesse sorgere dalla affermazione recisa della abolizione dei tribunali di commercio contenuta nel primo periodo dell'art. 1, svanirebbe di fronte alla esplicita dichiarazione espressa nel secondo periodo, nel quale è con altrettanta chiarezza affermato che gli affari (già) di competenza dei tribunali di commercio (ed ora) devoluti ai tribunali civili, saranno trattati con le norme prescritte nella materia commerciale. Il che non è nuovo o peregrino nella legislazione vigente; avvegnachè finora, dove non esistevano tribunali di commercio, la giurisdizione era esercitata dai tribunali civili (art. 42, n. 2, legge 6 dicembre 1865) secondo le norme di procedimento stabilite per i tribunali di commercio (art. 157 cod. proc. civ.) con la sola condizione di farne menzione nella intestazione della relativa sentenza.

« Questa disposizione mantiene quindi tutto il suo vigore, con la sola differenza che diventerà per l'avvenire una norma di diritto comune quella, che era finora una disposizione meramente eventuale ».

Da questa Relazione che risulta? Risulta che furono aboliti i tribunali di commercio, ma furono mantenute in vigore le disposizioni procedurali speciali ai giudizi sulle materie commerciali. Ma le disposizioni procedurali nulla hanno a che fare con la giurisdizione; una volta che una sola Autorità è investita della cognizione delle controversie civili e delle controversie commerciali è una improprietà di linguaggio parlare di doppia giurisdizione; questa esercita una giuridizione, soltanto agendo con forme ed obbedendo a norme diverse secondoche si tratti della una piuttosto che dell'altra materia. Una autorità non indifferente che conforta questo modo di vedere è quella dei compilatori del *Repertorio generale del Foro italiano*, i quali nel mentre fino al 1887 intestavano la voce **Competenza civile e commerciale**, dal 1888 in poi intestarono la voce solo **Competenza civile**, perchè di null'altro che di competenza civile è dopo la legge del 1887 il caso di discorrere.

(1) Art. 763, capov. 3° cod. comm. In seguito alla legge sull'abolizione dei tribunali di commercio sorse questione se la giurisdizione speciale del giudice delegato, stabilita con la disposizione del capov. 3°, dell'art. 763 cod. comm. sia stata soppressa o modificata. Sul proposito si manifestarono tre opinioni:

a) vi ha chi crede che la giurisdizione speciale del giudice delegato non ha ricevuta alcuna modificazione;

b) altri ritiene che la detta giurisdizione sia stata estesa a tutti i crediti contestati non superiori alle lire 1500, siano essi civili o commerciali;

c) altri infine è di avviso che la giurisdizione speciale di cui è discorso sia intieramente cessata.

Quest'ultima opinione non è accoglibile; perchè la giurisdizione speciale di cui nel capov. dell'art. 763 cod. comm. appartiene al giudice delegato come al magistrato della procedura di fallimento non come organo della abolita giurisdizione, ed il giudice delegato come magistrato della procedura di fallimento non è stato abolito. Una volta che, attesa l'esistenza dei tribunali di commercio, fu stabilita la speciale competenza del giudice delegato per i soli crediti commerciali, è evidente che il legislatore non attribuì alla competenza del giudice stesso anche la contestazione per i crediti civili, perchè alla estensione della competenza stessa ostava il principio che il magistrato commerciale non aveva competenza per gli affari civili. Devoluta la competenza commerciale al magistrato civile, questo ostacolo non vi era più, ed il legislatore avrebbe dovuto devolvere alla cognizione del giudice delegato la contestazione sui crediti tutti inferiori alle lire 1500, sieno essi civili o commerciali. Ma era il legislatore che doveva far ciò, non lo può fare l'interprete, perchè il capov. dell'art 763 forma eccezione alla regola generale relativa alla competenza, e però non può essere esteso dalle materie commerciali per le quali fu dettato alle materie civili. La sola accoglibile è dunque la prima opinione. Vedi Mattirolo, *Dir. giud.*, I, 156, nota.

(2) Art. 14 cod. mar. merc.

(3) Legge 15 giugno 1893, n. 295.

gatori, osti o locandieri ed i viaggiatori od avventori, tra i vetturali o barcaiuoli e i viaggiatori; delle controversie nascenti da contratti fatti in fiere od in mercati sino al valore di lire 1200. Conosceva pure, qualunque fosse il valore della causa, dei guasti e danni ai fondi rustici, alle piante ed ai frutti, rimozione di termini, usurpazione di terreno, alberi e siepi, novità nelle acque, canali, derivazione, fossi, delle azioni possessorie, della inosservanza delle distanze prescritte nella piantagione di alberi e siepi, stabilimento o ricognizione dei termini. I tribunali provinciali avevano la conoscenza delle cause sottratte alla competenza dei giudici di mandamento. La Corte di appello aveva la conoscenza della azione civile contro i giudici ed ufficiali del pubblico ministero; apparteneva ad essa anche il regolamento della competenza. Alla Corte di cassazione spettava il regolamento delle competenze fra due o più Corti di appello o fra magistrature non dipendenti dalla stessa Corte di appello, nonchè l'azione civile contro una Corte di appello od una classe di essa o contro un consigliere di cassazione. Pel codice di procedura del 1859 al giudice di mandamento competeva la cognizione delle azioni personali mobiliari od immobiliari non eccedenti il valore di lire 1000. Competeva inoltre, qualunque fosse il valore della causa, la conoscenza delle azioni per guasti e danni ai fondi urbani o rustici, siepi, chiudende, piante e frutti, per rimozione di termini, usurpazione di terreni, alberi e siepi; per novità intorno alle acque, fossi, canali; delle azioni possessorie, della azione per danno temuto, della azione diretta ad ottenere l'osservanza delle distanze prescritte quanto al piantamento di alberi o siepi. Ai tribunali di circondario competeva la conoscenza delle cause sottratte alla competenza dei giudici di mandamento. Nulla fu innovato alla competenza speciale delle Corti di appello e delle Corti di cassazione quale era pel codice del 1854.

b) Nelle provincie lombardo-venete vi era il pretore forese, che era il pretore residente fuori della città sede di un tribunale provinciale, il quale conosceva di ogni controversia, senza limitazione quanto al valore, eccettuate, quanto a materia, le speciali controversie riservate alla decisione del tribunale provinciale. Nella periferia della città sede di un tribunale provinciale vi era il pretore urbano il quale conosceva delle controversie non superiori a lire 1500 austriache, senza calcolare gli interessi od altri accessori, od in cui l'attore offriva di accettare in luogo dell'oggetto della lite una somma che senza gli interessi e gli accessori non oltrepassava lire 1500; delle petizioni per riconoscimento del diritto di usufrutto; delle prestazioni ricorrenti nelle quali l'annua rendita fosse di lire 75 se trattavasi di proventi o prestazioni per anni, e di lire 150, se trattavasi di proventi o prestazioni durature per la vita di una persona od altrimenti incerte nella loro durata; delle liti fra locatore e conduttore nascenti dal contratto di locazione di oggetti mobili o di abitazioni ed altre località; e così pure della restituzione di beni affittati o locati verso una mercede di frutti per decorso del tempo pattuito; delle liti nascenti da contratti di locazione d'opera fra maestri privati, persone di servizio ed i conduttori delle loro opere o padroni, e fra esercenti di industrie o possessori di officine da una parte ed i loro garzoni, allievi od operai dall'altra; delle liti fra osti, barcaiuoli e conduttori di trasporti da un lato ed i loro ospiti, viaggiatori o committenti dall'altra, quando la causa non fosse di competenza del tribunale di commercio. I tribunali provinciali conoscevano di ogni controversia eccedente la competenza del pretore urbano, e per tutta la provincia delle controversie matrimoniali, ad eccezione di quelle dei cattolici, che colle patenti sovrane del giorno 8 ottobre 1856 erano state attribuite alla competenza del tribunale ecclesiastico; delle petizioni contro il fisco, contro le comunità secolari o religiose, chiese, benefizi, fondazioni e tutte le istituzioni per pubblici scopi; delle controversie feudali; delle petizioni in affari fidecommissari.

c) Nel ducato di Parma, Piacenza e Guastalla vi era il pretore il quale era competente per le azioni meramente personali e le azioni reali dirette a cose mobili fino al valore di lire 1000, nonchè, qualunque fosse il valore della causa per le azione possessorie, per rimozione ed alterazione di termini, per usurpazione di terreno, alberi, siepi, fossi ed altri recinti, per attentati intorno al corso delle acque, ecc., per azioni di danni dati, questioni per riparazioni locative, riparazione di danni pretesi da locatori e conduttori, soccide, salarii e mercedi alle persone di servizio e degli operai, congedi diretti ad impedire la continuazione delle locazioni o colonie parziarie, contrattazioni nelle fiere e mercati, azioni redibitorie, cause di depositi necessarii e controversie fra i viandanti, osti ed albergatori. Il tribunale di prima istanza era competente per le cause che non erano di competenza dei pretori. Il tribunale di appello conosceva delle ricusazioni proposte contro uno o più giudici di un tribunale di prima istanza e contro i magistrati incaricati delle funzioni di pubblico ministero, dei ricorsi per far determinare la competenza fra i tribunali di prima istanza e fra questi ed i pretori e fra i pretori non sottoposti ad un medesimo tribunale. Il tribunale supremo di revisione conosceva delle ricusazioni proposte contro i giudici di appello e dei magistrati incaricati delle funzioni di pubblico ministero presso i tribunali di appello.

d) Nel ducato di Modena vi era il conciliatore per le controversie di un merito non maggiore di lire 150 ed altre cause speciali, come le controversie che nascevano nelle fiere e mercati e quelle per vizio redibitorio. Vi era il giusdicente per le azioni personali e reali fino al valore di lire 2000, il quale era competente anche, qualunque fosse il valore della causa, nelle cause minori, come noleggi, salari, mercedi usurpazioni di possesso, ecc., nell'azione per rendimento di conto, di denunzie di nuove opere, di domande giudiziali per convalida di disdetta, di sequestro personale. Vi era il tribunale di prima istanza per le cause sottratte alla competenza dei giudici inferiori. Il tribunale di appello conosceva delle ricusazioni dei giudici e procuratori ducali addetti ai tribunali di prima istanza, dei conflitti di competenza fra questi tribunali e fra i tribunali di prima istanza e giusdicenti, e fra giusdicenti non soggetti alla giurisdizione di un solo e medesimo tribunale di prima istanza. Il supremo tribunale di revisione conosceva delle risoluzioni ministeriali decisive di questioni di proprietà e di diritto, che non fossero di mera amministrazione, vertenti fra Comuni, stabilimenti e corpi morali tutelati dal governo, e fra essi ed i privati cittadini; delle questioni di competenza fra tribunali di prima istanza oppure fra essi ed i giusdicenti o fra giusdicenti e giusdicenti che fossero soggetti ad un diverso tribunale di appello.

e) Nel granducato di Toscana vi era il pretore (1) per le cause di un merito certo non eccedente lire 336. Indipen-

(1) Nel motuproprio del 3 agosto 1838 la giurisdizione dei pretori spettava ai vicari regi, ai giudici civili ed ai podestà.

dentemente dal valore delle cause il pretore era competente nelle cause di possessorio sommarissime, nelle denunzie di attentati ed innovazioni sul corso delle acque, nelle cause di rimozione dei termini, nelle cause di somministrazioni giornaliere e mensuali ed in quelle di alimenti, nelle cause di mercedi agli operai, giornalieri ed altre persone salariate, nelle cause fra padroni e coloni dipendenti dal contratto di colonia, nelle cause fra locatori e conduttori circa le riparazioni di fondi locati, nelle cause aventi per oggetto l'azione redibitoria ed estimatoria, nelle contrattazioni di bestiame. Erano sottratte assolutamente alla competenza dei pretori le cause beneficiarie, quelle relative a diritti onorifici ed allo stato delle persone, la reivindicatoria, la confessoria, la negatoria, e quelle di possesso relativamente agli stabili ed alle servitù reali. Fino al motuproprio del 22 agosto 1840 vi erano gli auditori, giudici in prima istanza in Pontremoli e Portoferraio, i quali erano competenti per tutte le cause che non erano di competenza dei pretori, ma col detto motuproprio furono aboliti e surrogati dai tribunali di prima istanza che vi erano in tutto il resto del granducato e che giudicavano di tutte le cause sottratte alla competenza dei pretori.

La Corte suprema di cassazione giudicava dei conflitti di giurisdizione e dei conflitti fra tribunali e tribunali e fra autorità giudiziaria ed ogni diversa autorità.

f) Nelle provincie pontificie in ogni Comune capoluogo di governo (mandamento) vi era il governatore e nei Comuni capi-luogo delle provincie di Bologna, Ferrara, Forlì e Ravenna l'assessore legale i quali giudicavano delle cause fino a scudi 200; e per qualunque somma nelle cause alimentarie, di mercedi, di danni nei rispettivi territori, di sommarissimo possessorio, di esecuzione dei contratti di fiere e di mercati dove non vi era tribunale di commercio. Vi erano i collaterali e uditori del senatore di Roma e assessori dell'*Auditor Camerae* per tutte le cause laiche o contro laici della città di Roma e dell'agro romano nei limiti della competenza dei governatori. Vi era il giudice dei mercenari di Roma per le cause di Roma e dell'agro romano non superiori a lire 200 per mercedi campestri, caparre, anticipazioni e prestanze per cause di lavoro di campagna fra agricoltori e caporali e fra caporali e loro subalterni ed operai. In ogni capoluogo di provincia vi era il tribunale civile per le cause superiori a scudi 200, e per le cause di qualunque somma nell'interesse dei Comuni, delle provincie e dello Stato, per qualunque somma se si trattava di azione ipotecaria od attinente al sistema delle ipoteche, di successione, di divisione e rendiconto, di controversie in confronto di esteri o di assenti. Vi era il tribunale del governatore di Roma ed il tribunale dell'*Auditor Camerae* (cumulativamente) per le cause laiche e contro laici della città di Roma e dell'agro romano nei limiti della giurisdizione attribuita ai tribunali civili delle provincie. Il tribunale dell'*Auditor Camerae* aveva poi competenza esclusiva per le cause per qualunque somma in Roma nell'interesse dell'erario. La *Sacra ruota* conosceva in prima ed ultima istanza delle cause sul valore dei rescritti o chirografi pontifici rimessi colla clausola *de aperitione oris*. Il tribunale *de segnatura* infine conosceva del regolamento di competenza, dell'avocazione e rimessione di causa e della ricusa di giudici.

g) Nel regno delle due Sicilie vi era il conciliatore per le controversie dipendenti dalle azioni personali mobiliari e non garantite da titolo autentico ed esecutivo, quando il valore delle cause non superava ducati sei. Vi era il giudice di circondario per le azioni reali o personali fino al valore di ducati 300, e, qualunque fosse il valore delle cause per danni dati a campi, frutti e raccolte, rimozione ed alterazione di termini, usurpazioni di terreno, ecc., servitù quando non ne fosse stato interrotto il possesso da oltre un anno, denunciazione di nuove opere, innovazioni ed attentati al corso delle acque, riparazioni urgenti, rifacimento di danni pretesi da conduttori o locatori, denuncia di locazione finita, pagamento di salario, mercede, pretesa diminuzione di prezzo dipendente da vendita di animali, deposito necessario e controversie fra viandanti, osti ed albergatori, esazione di censi, canoni, terraggi e decime, riscossione di pigioni, alimenti ed altre azioni speciali. Vi erano i tribunali civili che eran competenti per tutte le cause sottratte alla competenza dei pretori. Le Gran Corti civili conoscevano dei conflitti di competenza fra i tribunali sottoposti alla loro giurisdizione o fra più giudici di circondario non soggetti allo stesso tribunale civile, delle azioni contro i giudici di circondario, contro uno o più componenti dei tribunali civili o commerciali per denegata giustizia o per eccesso di potere. La Corte Suprema di giustizia conosceva dei conflitti di competenza fra più Gran Corti civili o fra più tribunali civili indipendenti l'uno dall'altro e non soggetti alla giurisdizione della Gran Corte civile, dell'azione civile contro la Gran Corte o contro uno o più membri della medesima.

Questa era la competenza in materia civile in prima ed unica istanza avanti l'unificazione legislativa. Sarebbe ora a parlare della competenza in materia di impugnativa di decisioni; ma siccome questa materia, come sarà spiegato a suo luogo, è estranea al tema della presente voce, così viene tralasciata l'esposizione dello stato della legislazione nel proposito prima della unificazione legislativa, rimettendo alle voci relative a ciascun mezzo di impugnativa.

17. Non sarà inutile, innanzi di entrare nella trattazione del tema, di esporre lo stato della legislazione europea in materia di competenza delle Autorità giudiziarie in prima od ultima istanza.

Nelle legislazioni straniere se non si trova una eguaglianza di disposizioni in materia di distribuzione degli affari giudiziari fra le varie magistrature, si trova però che le magistrature alle quali è affidata la trattazione degli affari sono o il giudice onorario unico, o il giudice togato unico od il giudice collegiale togato od onorario.

Il giudice unico onorario si trova in Ungheria con competenza per le azioni mobiliari non eccedenti lire 10, in Norvegia con competenza per le cause fino a lire 69 se il convenuto non comparisce o comparendo riconosce il debito, in Romania per le azioni mobiliari fino a lire 50 e per le domande di scioglimento di locazione o sfratto se la pigione o fitto non superano le lire 50, in Serbia per le cause di ogni specie che gli sono deferite volontariamente dalle parti, nonchè per le azioni relative a servitù reali, per le azioni di valore non superiore alle lire 200, eccettuate le azioni per un valore superiore a lire 100 relative a beni immobili o lettere di cambio, nella Spagna con competenza per qualunque azione non eccedente lire 250, in Portogallo per le azioni mobiliari fino a lire 55,50, in Russia. In Isvezia si trova come giudice onorario unico il capo di cantone nei tribunali di campagna assistito da dodici proprietari fondiari, ed il sindaco nei tribunali di città assistito da un numero più o meno grande di consiglieri, e la competenza di tal giudice onorario è per tutte le cause, ad eccezione di quelle di stato, successione, testamenti e tutela.

Il giudice togato unico si trova in:

Austria (tribunale di distretto) dove ha la competenza civile e commerciale fino a lire 62.50, e se le parti si accordano nel prorogarne la competenza, o se si tratta di procurarsi un titolo di un credito esigibile, fino a lire 1250.

Belgio (giudice di pace) per le azioni civili fino a lire 300, contestazioni fra albergatori e viaggiatori, locatori e conduttori fino a lire 1500; qualunque sia il valore della causa per le azioni in risarcimento di ingiurie e vie di fatto, azioni possessorie, danni dati ai fondi, contestazioni fra domestici e viaggiatori. Il presidente del tribunale di circondario è competente a pronunciare sulla azione di sfratto.

Berna (giudice di pace), per le cause fino a lire 36.75. Il presidente del tribunale di distretto è competente per le cause non eccedenti le lire 100.

Danimarca (tribunale di prima istanza nelle provincie, giudice unico assistito da due assessori eletti), che esercita la giurisdizione ordinaria.

Francia (giudice di pace), per le azioni personali e mobiliari non eccedenti lire 300; contestazioni tra albergatori e viaggiatori, locatori e conduttori fino a lire 1500; qualunque sia il valore della causa per le azioni in rifacimento di ingiurie e vie di fatto, azioni possessorie, danni dati ai fondi, sfratto, contestazioni fra padroni e domestici o lavoratori. Sono sottratte al giudice di pace le controversie relative alla tassa di registro.

Germania (tribunali di balia, *Amtsgericht*), per le cause di valore non inferiore a lire 309, per le contestazioni fra proprietario e conduttore, fra padroni ed operai, fra albergatori e viaggiatori, ecc. Qualunque sia il valore della causa, pei giudizi di jattanza e fallimento.

Ginevra (giudice di pace), per le cause fino a lire 200 e lire 300 se si tratta di domanda di danni derivati da ingiurie e vie di fatto, nonchè altre azioni speciali per un valore maggiore.

Grecia (giudice di pace), per le cause fino a lire 300 e per le materie speciali come nella legislazione francese.

Norvegia (tribunale di prima istanza). Esercita la giurisdizione ordinaria.

Olanda (giudice di cantone), per le cause di valore non superiore a lire 420 e al di là di questa somma in alcuni casi, come nei casi di pagamento di rendite, interessi, fitti, riparazione di danni, salari ad operai, domestici, ecc.

Portogallo (tribunale di prima istanza), per tutte le cause.

Rumania (giudice di circondario), per le cause fino a lire 1000 o 1500 a seconda dei casi: azioni possessorie, contestazioni intorno a lavori di irrigazione, alle distanze nelle costruzioni e piantagioni tra vicini qualunque sia il valore della causa.

Spagna (giudice *de partido*), per tutte le cause.

Ungheria (giudice di circondario), per le azioni mobiliari fino a lire 1240 ed altre azioni speciali, come le possessorie, quelle relative alle locazioni, ai confini, ai pagamenti di salari, ecc.

Zurigo (giudice di pace), per le azioni fino a lire 50.

Là dove havvi il giudice onorario unico sono escluse dalla competenza del giudice togato unico le cause di competenza del giudice onorario.

La giurisdizione ordinaria di prima istanza però, ad eccezione degli Stati a giudice unico con competenza illimitata, per le cause non attribuite al giudice onorario unico od al giudice togato unico viene esercitata da collegi di giudici togati. Per alcune materie però in vari Stati giudicano in prima ed unica istanza collegi di giudici togati che ordinariamente sono giudici di seconda o di ultima istanza. E così si trova in:

Austria, che sono competenti le Corti di appello pei conflitti di attribuzioni e competenza fra i giudici di prima istanza, domande di indennità promosse dalle parti contro i funzionari dell'ordine giudiziario pei danni causati da essi nell'esercizio delle loro funzioni; la Corte di cassazione pei conflitti di attribuzione sollevati fra le diverse Corti di app.;

Belgio, che le Corti di appello sono competenti per le azioni civili contro i giudici o tribunali per denegata giustizia od eccesso di potere; la Corte di cassazione per le azioni civili contro le Corti di assise, le Corti di appello od una delle loro sezioni per dolo, frode, concussione o diniego di giustizia, e pei conflitti di competenza tra i tribunali ordinari.

Berna, che la Corte di appello e cassazione è competente per le cause che le parti sottomettono volontariamente alla competenza immediata della Corte, per la azione civile contro i giudici inferiori per denegata giustizia od eccesso di potere.

Francia, che le Corti di appello sono competenti per l'azione civile contro i giudici o tribunali per denegata giustizia od eccesso di potere, la Corte di cassazione per le azioni civili avverso le Corti di assise, avverso le Corti di appello od alcune delle loro sezioni per dolo, frode, concussione o diniego di giustizia, conflitti di competenza fra tribunali ordinari.

Germania, che la Corte Suprema dell'impero (*Reichsgericht*) è competente per i conflitti tra i tribunali di giurisdizione ordinaria ed i tribunali di autorità amministrativa, e per il regolamento di competenza fra i tribunali appartenenti ai diversi Stati confederati.

Grecia, che la Corte di appello è competente per l'azione civile contro un giudice inferiore per denegata giustizia od eccesso di potere.

Olanda, che le Corti provinciali sono competenti per le cause in cui è parte la provincia se la domanda supera lire 840, pei conflitti di competenza fra tribunali ed i giudici di cantone, per le cause sottoposte volontariamente dalle parti alla conoscenza della Corte. L'Alta Corte è poi competente pei conflitti di competenza fra le Autorità giudiziarie, e le questioni in cui è parte il re od un membro della famiglia reale.

Rumenia, che la Corte di appello è competente per l'azione civile contro i giudici inferiori per denegata giustizia od eccesso di potere, e la Corte di cassazione pei conflitti fra autorità amministrative e tribunali ordinari.

Spagna, che le *Audiencias* sono competenti a regolare le competenze fra i giudici di prima istanza, a giudicare delle responsabilità dei giudici inferiori, delle ricusazioni dei giudici del *partido* e dei consiglieri delle *Audiencias*; ed il Tribunale Supremo per le questioni di competenza fra giudici e tribunali diversi.

Svezia, che la Corte reale è competente per le questioni di stato, successioni, testamenti, tutela.

Titolo II. — L'Autorità giudiziaria civile e gli altri poteri dello Stato.

18. Introduzione; Potere costituente e legislativo. — 19. Potere esecutivo. — 20. Potere giudiziario. — 21. Relazioni della Autorità giudiziaria col potere legislativo e insindacabilità della legge; potere della Autorità giudiziaria di

accertare la esistenza della legge, momento nel quale deve arrestarsi in questa indagine. — 22. Attribuzioni dell'Autorità giudiziaria in materia di decreti-legge. — 23. Impossibilità di conflitti fra Autorità giudiziaria e potere legislativo. — 24. Relazioni dell'Autorità giudiziaria col Parlamento esercitante attribuzioni giudiziarie. — 25. Relazioni dell'Autorità giudiziaria col potere esecutivo-amministrativo. — 26. Sindacato dell'Autorità giudiziaria negli atti del potere esecutivo-amministrativo; per quali atti può verificarsi il sindacato; rimando. — 27. Relazioni fra la giurisdizione contenziosa e la volontaria; rimando. — 28. Relazioni fra Autorità giudiziaria civile e Autorità giudiziaria penale; rimando. 29. Relazioni fra Autorità giudiziaria ed arbitri; rimando.

18. La presente voce è dedicata alla competenza dell'Autorità giudiziaria in materia civile contenziosa, alla distribuzione cioè degli affari civili contenziosi fra le varie magistrature che sono istituite dalla legge per conoscere degli affari stessi. In tanto, però, si può parlare di competenza delle varie magistrature, in quanto sia noto quali attribuzioni sono dalla legge affidate alle magistrature stesse, in quanto cioè sia nota la giurisdizione dell'Autorità giudiziaria in materia contenziosa civile (1). È d'uopo dunque determinare anzitutto la giurisdizione dell'Autorità giudiziaria civile contenziosa, ciò che non può farsi se non esponendo quali sono i poteri dello Stato italiano, quali le loro funzioni, e quali i rapporti nei quali si viene a trovare con essi l'Autorità giudiziaria.

Fondamento di tutti i poteri è la costituzione: è dalla costituzione che i pubblici poteri traggono la loro origine giuridica; teoricamente, il potere costituente sovrasta a tutti i poteri costituiti. Nella formazione del regno d'Italia fu rispettata la teoria, la legge fondamentale, lo Statuto, dalla quale i pubblici poteri traggono la loro origine, fu adottata da quel potere speciale, da quel potere costituente, che si esplicò nei plebisciti, manifestazione diretta della volontà della maggioranza dei cittadini. Ma mancando nella legge fondamentale norme relative alle mutazioni che alla stessa dovessero essere apportate; non essendo il potere esplicatosi nei plebisciti un potere organico, che potesse al bisogno agire per mutare la costituzione; e d'altra parte non potendo la costituzione rimanere immutabile di fronte a quei cangiamenti della vita sociale italiana che esigessero una mutazione alle disposizioni della legge stessa; nella pratica costituzionale italiana, la legge fondamentale fu considerata come una legge eguale alle altre tutte, e però posta alla balia di quel potere che dalla costituzione fu creato per fare, modificare ed abrogare la legge; potere che è il legislativo, esercitato collettivamente dal re, dal Senato e dalla Camera dei deputati (2); Senato e Camera dei deputati che sono assemblee le cui deliberazioni non possono essere prese se non colla maggioranza di voti (3). Questo potere provvede, con disposizioni per tutti obbligatorie, a tutto ciò che interessa lo Stato; le proposte sono prima approvate dalla Camera, dopo di che vengono presentate alla sanzione del re (4), il quale, dopo sanzionate, le promulga (5) nella seguente formula: — « (Il nome del re) — Il Senato e la Camera dei deputati hanno approvato, noi abbiamo sanzionato e promulgato quanto segue (testo della legge) — Ordiniamo che la presente munita del sigillo dello Stato sia inserita nella raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del regno d'Italia, mandando a chiunque spetti di osservarla e farla osservare come legge dello Stato » (6). Alla promulgazione succede la pubblicazione, senza della quale la legge non è obbligatoria; pubblicazione che consiste nella inserzione della legge nella raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti, e nell'annunzio di tale inserzione nella *Gazz. Uffic.* del regno (7).

Partendo dalla disposizione transitoria dell'art. 82 dello Statuto, per la quale, fino a quando le Camere non fossero state convocate doveva essere provveduto al pubblico servizio di urgenza con sovrane disposizioni, nella pratica costituzionale italiana fu riconosciuta al re la facoltà di emanare decreti a mezzo dei quali nei casi di urgenza, provvedere alle necessità dello Stato in materie che solo per legge dovrebbero essere regolate, senza uopo del concorso preventivo delle Camere nella emanazione delle disposizioni, salvo a presentarle al Parlamento per la loro conversione in legge (8).

Nella pratica costituzionale italiana, infine, fu accolto il sistema di delegare al re, per casi speciali, la facoltà di emanar leggi.

Per lo Statuto il Parlamento esercita anche funzioni giudiziarie; la Camera dei deputati ha diritto di accusare i ministri del re e di tradurli dinnanzi all'Alta Corte di giustizia (9), che li giudica (10).

19. La costituzione accanto al potere che fa le leggi ha posto un potere che agisce, anche statuendo (11), per tutto ciò che è di interesse dello Stato, sotto la direzione ed il controllo del potere legislativo verso il quale è responsabile. Questo potere è l'esecutivo, il quale mantiene il proprio nome di potere esecutivo quando si tratta della funzione politica, di agire cioè per tutto ciò che concerne lo Stato nel suo complesso; prende il nome di *potere amministrativo* o di *amministrazione* quando provvede al dettaglio delle

(1) I concetti di *giurisdizione* e *competenza* devono tenersi distinti, perchè nel mentre *giurisdizione* è la potestà che viene spiegata da una autorità nell'esercizio delle sue funzioni, *competenza* in quella vece vale a connotare i limiti entro i quali l'autorità può esercitare il suo potere (vedi Pisanelli nella Relazione ministeriale sul progetto di cod. di proc. civ., pag. 25). Il codice di procedura civile, invece, confonde di frequente giurisdizione e competenza ed usa promiscuamente i due vocaboli. Basta guardare il capo I, tit. II, libro I del codice per convincersene. Il detto capo è intestato *Della competenza* e consta di tre articoli, nel primo (67) sono enunciate le varie specie di *competenze*, nel secondo e nel terzo (68 e 69) si parla invece di giurisdizione delegata e di giurisdizione prorogata. Questa confusione è deplorata da tutti gli scrittori. Confr. Saredo, *Ist. di proc. civ.*, I, 275, 284, 321, Firenze 1873; Cuzzeri, *Il Cod. di proc. civ. ill.*, I, pag. 194, Torino 1883; Mortara, *Manuale di proc. civ.*, n. 83, Torino 1886; Mattirolo, *Dir. giud.*, I, n. 12, *nota*.

(2) Art. 3 dello Statuto.

(3) Art. 54 dello Statuto.

(4) Art. 4 e 55 dello Statuto.

(5) Art. 5 dello Statuto.

(6) Art. 1 legge 30 giugno 1854, n. 1731, ed art. 2 regio decreto 26 aprile 1861, n. 107.

(7) Art. 1, cap. tit. prel. cod. civ.

(8) Fu deciso: che il potere esecutivo ha facoltà di emettere anche in materia legislativa decreti reali solo in via di urgenza e con riserva di proporli al Parlamento per convertirli in legge, ed in questo caso hanno essi vigore provvisorio di legge, finchè in questa non siano convertiti definitivamente dal Parlamento medesimo: Cass. Roma, 17 novembre 1888, *Comune di Empoli* c. *Ministero della guerra* (*Legge*, 1889, 1, 410).

(9) Art. 47 dello Statuto.

(10) Art. 36 dello Statuto.

(11) Confr. art. 6 dello Statuto.

funzioni necessarie alla vita ed alle prosperità dell'assieme. Il potere esecutivo (in senso stretto) è esercitato dal Ministero nel suo assieme sotto la dipendenza del re; il potere amministrativo è esercitato da quelle Autorità amministrative fra le quali sono dalla legge distribuite le singole incombenze, ed, in mancanza di legge che designi Autorità diverse, dai singoli ministri che sono a capo del dicastero al quale appartiene la materia di cui si tratta.

20. Un terzo potere è stato creato dalla costituzione, il potere giudiziario (1). La costituzione non dice quali sono le attribuzioni di questo potere, ma dal complesso della legislazione italiana è dato affermare che attribuzione del potere giudiziario si è di dare la norma giuridica nel caso speciale in cui, in applicazione delle norme aventi forza di legge, o perchè emanate dal potere legislativo, o perchè emanate da autorità avente il potere di statuire, è d'uopo dare una norma giuridica relativa a diritti civili o politici di una determinata persona, norma avente forza esclusivamente pel caso pel quale la norma giuridica stessa è stata data (2). Il potere stesso esercita inoltre quelle speciali attribuzioni che dalla legge gli sono delegate; ma, nel mentre quella di formare una norma giuridica per un caso speciale in cui si tratta di statuire sovra un diritto civile o politico di una persona è una attribuzione naturale dell' Autorità giudiziaria, le altre attribuzioni sono eccezionali, dimodochè solo in quanto dalla legge sieno al potere giudiziario conferite, da questo potere possono essere esercitate. Il potere all'Autorità giudiziaria viene direttamente dalla legge, e nessun atto diverso dalla legge può alla stessa attribuire altri poteri oltre quelli che dalla legge le sono conferiti, nè in alcun modo direttamente od indirettamente restringere il potere che dalla legge le è stato dato (3). Questo potere accordato dalla legge all'Autorità giudiziaria è la giurisdizione (4), potere di dichiarare il diritto e di munire la sua decisione di efficacia esecutiva (5). Potere che è dato dalla legge all'Autorità giudiziaria perchè Autorità giudiziaria, indipendentemente dal grado che ogni singola magistratura tiene nella gerarchia. Ond'è che, qaulunque sia il grado occupato da una magistratura, le decisioni della stessa che non sono annullate in seguito all'esperimento di uno dei mezzi di impugnativa della decisione, hanno valore di giudicato, quantunque in quel caso speciale il magistrato che pronunciò non avesse il potere di pronunciare.

L'Autorità giudiziaria esercita la giurisdizione in tre modi. O risolve le questioni giudiziali che si istruiscono e discutono avanti ad essa in contraddittorio dei litiganti, aggiudicando all'una od all'altra parte il diritto che è oggetto di controversia, esercita cioè la giurisdizione contenziosa. O esercita quegli incarichi che non presentano alcuna questione o controversia fra le parti, e nei quali l'intervento ed il fatto del giudice hanno solo per iscopo di autorizzare determinati atti, ed anche di avvalorare quegli atti che si compiono volontariamente da uno o più individui, sia col completare le capacità imperfette dell'agente, sia coll'attestare solennemente la giuridica esistenza dell'atto medesimo, esercita cioè la giurisdizione volontaria. O infine applica le sanzioni che sono comminate nella legge contro le persone che hanno commesso fatti pei quali le sanzioni sono stabilite; esercita cioè la giurisdizione penale.

Essendo, come si disse più in su, questa voce dedicata esclusivamente alla giurisdizione contenziosa, è delle relazioni dell'Autorità giudiziaria, dalla quale tale giurisdizione è esercitata, cogli altri poteri dello Stato che è d'uopo preliminariamente occuparsi. Ed è necessaria tale ricerca preliminare, perchè, essendo principio fondamentale del diritto pubblico italiano la divisione dei poteri pubblici fra i vari organi dai quali sono esercitati, lo studio delle relazioni dell' Autorità giudiziaria contenziosa cogli altri poteri riesce alla costruzione della teoria dei limiti delle attribuzioni delle autorità giudiziarie, teoria fondamentale nella materia della quale ci si deve occupare.

21. Una volta che, come si disse più in su (6), nella pratica costituzionale italiana il potere costituente si è fuso col potere legislativo, non è il caso di discorrere delle relazioni fra la giurisdizione contenziosa ed il primo potere, si deve parlare solo delle sue relazioni col secondo, sì per ciò che concerne le attribuzioni legislative che a questo competono, sì per ciò che concerne le attribuzioni giudiziarie che dal Parlamento vengono esercitate.

Per ciò che concerne le relazioni della giurisdizione contenziosa col potere legislativo per le funzioni legislative, le stesse sono di mutua indipendenza; nè le sentenze sono sottoposte al controllo del potere legislativo, nè le leggi sono sottoposte al controllo delle Autorità giudiziarie: ognuno dei due poteri deve accettare l'atto proveniente dall'altro potere così come l'atto è stato formato, ed applicare lo stesso per ciò che concerne l'esercizio delle proprie attribuzioni.

Negli Stati nei quali havvi un potere costituente distinto dal potere legislativo, si può parlare di rifiuto dell'Autorità giudiziaria ad applicare gli atti del potere legislativo che

(1) Art. 68 e seg. dello Statuto.

(2) Vedi App. Milano, 15 nov. 1871, *Airaghi* c. *Comune di Milano* (*Legge*, 1872, 1. 385); Trib. Trani, 15 marzo 1879, *Fondo culto* c. *Barletta* (*Riv. di Giur.*, Trani, 1879, 390); Cass. Firenze, 9 aprile 1877, *Com. di Villafranca* c. *Righetti* (*Giur. It.*, 1877, 1, 491); Appello Messina, 16 novembre 1880, *Comune Messina* c. *Fondo culto* (*Temi Zancl.*, 1881, 164) e 16 febbraio 1867, *Giusti* c. *Schirò* (*Ann.*, 1868, 2, 185); Cass. Torino, 13 maggio 1870, *Com. di Racconigi* c. *Allorno* (*Giur.*, Torino, 1870, 397) e 25 luglio 1873, *Ferr. A. I.* c. *Roches* (*Giur. It.*, 1873, 595); App. Roma, 24 maggio 1871, *Felici* c. *Gabrielli* (*Legge*, 1871, 1, 384); Trib. Bologna, 22 giugno 1885, *Pasquali* c. *Melani* (*R. Giur.*, Bologna, 1885, 202); Cass. Roma, 18 febbraio 1885, *Montedoro* c. *Bileffi* (*Foro It.*, 1885, 1, 193); Appello Roma, 27 luglio 1895, *Conchedda* c. *Com. di Cagliari* (*Temi Rom.*, 1895, 344).

(3) Cass. Firenze, 20 giugno 1868, *Pubbl. Min.* c. *Labate* (*Annali*, 1868, 3).

(4) Vedi retro, n. 18.

(5) Qualche scrittore (Zavatteri, *L'ordin. giudiziario e la procedura civile*, Pistoia 1867, pag. 161; Saredo, Op. cit. n. 280) distingue la giurisdizione in piena e meno piena, chiamando *piena* quella che comprende la potestà dei magistrati di giudicare non solo sul merito delle cause, ma anche sulle questioni sorte nella esecuzione delle loro sentenze che statuiscono sul merito, e *meno piena* quella di certi magistrati speciali che non possono conoscere delle controversie nate nella esecuzione delle loro decisioni. Ma questa distinzione, che poteva essere ammessa in base al codice di procedura sardo, che all'art. 695 disponeva che « le controversie sulla esecuzione delle sentenze sono decise dai giudici che le hanno proferite... quelle che riguardano l'esecuzione di sentenze dei tribunali di commercio saranno portate avanti il tribunale di circondario nel quale si deve procedere », non è più ammissibile col codice attuale, pel quale (art. 570) le controversie sulla esecuzione delle sentenze sono controversie nuove che seguono le regole che alle nuove controversie tutte sono applicabili.

(6) N. 18.

sono contrari alla costituzione, onde costringere indirettamente con tale mezzo il potere legislativo a non varcare i limiti dalla costituzione assegnati alla sua azione; ma negli Stati, nei quali, come in Italia, il potere costituente è fuso col potere legislativo, ciò non può essere ammesso. Un tale principio risulta a tutta evidenza. Chi può fare alcunchè direttamente, lo può fare indirettamente, in forma esplicita od in forma implicita. Una volta che il potere legislativo ha il potere di modificare la legge fondamentale, un tale potere può essere da lui esercitato direttamente ed esplicitamente disponendo la modifica, può essere da lui esercitato indirettamente od implicitamente col disporre alcunchè di contraddittorio ai principî dalla costituzione accolti. Un atto nel quale senza accenno alla costituzione, senza accenno che si vuole portare alla costituzione stessa una modifica o generale, o speciale per ciò che è relativo all'atto, altro non è che un modo indiretto ed implicito di modifica della costituzione, il potere legislativo che può modificare la costituzione direttamente ed esplicitamente, lo può anche indirettamente ed implicitamente mercè dell'atto del quale si discorre. Ciò che uscirebbe dai limiti del puro potere legislativo, è pienamente valido come atto del potere costituente, il cumulo dei due poteri nello stesso organo rende giuridicamente indistinto l'esercizio dei poteri stessi. Da ciò deriva il principio che non entra nelle attribuzioni delle Autorità giudiziarie il porre la legge in relazione colla costituzione onde riconoscere se quella sia o no in corrispondenza con questa: la legge deve essere applicata dall'Autorità giudiziaria come dal potere legislativo è stata formata, sia o no la stessa contraria allo Statuto.

Se dalla mutua indipendenza del potere legislativo e del potere giudiziario deriva che questo deve accettare gli atti da quello compiuti, così come sono stati compiuti, dal principio della divisione dei poteri, della quale si è fatto cenno nel numero precedente, ne deriva che non è attribuzione dell'Autorità giudiziaria surrogarsi al potere legislativo, dando essa esistenza a diritti che da questo non furono punto creati.

Di qui ne viene che non è nelle attribuzioni delle Autorità giudiziarie il conoscere della esistenza di diritti il riconoscimento e regolamento dei quali fu da un atto legislativo riservato ad altro atto legislativo (1).

---

(1) La Cass. di Roma, 18 settembre 1883, *Finanze* c. *Comune di Lucca* (*Foro It.*, 1883, 1, 1218), così decideva:

« Considerando che duplice sia il confine entro il quale l'Autorità giudiziaria debba svolgere e contenere l'esercizio delle sue funzioni: l'uno la separa e distingue dagli altri poteri dello Stato, l'altro fissa e conserva la sua organizzazione e la sua gerarchia. Di questi due limiti il primo è designato nel diritto civile e politico, ed il secondo riposa sull'indole speciale e sull'importanza della domanda intorno alla quale si contende. Di qui appare come non possano e non debbano confondersi i criteri, per definire la competenza giudiziaria stabilita rimpetto alla indipendenza ed alle funzioni degli altri poteri costituiti, e la competenza fra i diversi agenti dell'ordine giudiziario. Ora, siccome il concetto di diritto civile o politico essenzialmente include l'idea di azione, la quale, in quanto vince gli ostacoli e costringe alla soddisfazione dell'interesse legittimo, è forza coattiva, così la eccezione della incompetenza giudiziaria fondata sulla decisione dei superiori poteri dello Stato non può altrimenti risolversi se non discutendo se la domanda proposta comprenda gli estremi della possibilità di un diritto civile o politico, ossia di un interesse garantito da una azione esperibile innanzi ai tribunali. E quando riconoscasi che nella specie manchi la possibilità della azione, il magistrato deve dichiararsi incompetente, perchè manca la possibilità del diritto civile o politico, entro i cui cancelli la giurisdizione sua è circoscritta. Se, per contro, il giudice della competenza riconosce nella domanda la possibilità del diritto e della azione, è allora, e solamente allora, che possono sorgere le questioni intorno alla proponibilità della azione ed alla pertinenza del diritto, le quali consistono nel decidere se l'azione abbia le condizioni per tradursi dalla possibilità all'atto, e se il diritto preteso, che fu riconosciuto possibile, esista in realtà ed abbia per oggetto la persona che lo reclama. Bene altrimenti la cosa procede allorchè la domanda non sia accusata di chiamare l'Autorità giudiziaria ad invadere le attribuzioni degli altri poteri costituiti; imperocchè fuori di quel limite la funzione del magistrato non ne ha altro, e ad esso spetta di pronunziare su tutte le domande, quantunque infondate esse siano in fatto od in diritto. Ben è vero che anche in questo caso possono proporsi eccezioni di incompetenza, ma esse sono dirette a rivendicare i confini della attività in ciascun organo dello stesso potere giudiziario, i quali, come fu sopra accennato, sono impiantati non sulla possibilità di un diritto civile o politico in confronto della figura messa innanzi dalla dimanda, ma sull'indole e sul valore della controversia, o sulle ragioni di territorio o di gerarchia. Quindi, in questo caso, il giudice, il quale si dichiarasse incompetente perchè la domanda sia o infondata o prematura, confonderebbe la questione della competenza col giudizio circa il merito o circa la inammissibilità della azione. Or nella specie la Finanza convenuta eccepiva la incompetenza della Autorità giudiziaria, affermando che la domanda, quale era proposta, non assolveva gli estremi del diritto civile o politico e della corrispondente azione giudiziaria, perchè mancava il provvedimento legislativo sul quale avrebbe potuto fondarsi, ed i tribunali non potevano giammai, senza offesa della indipendenza degli altri poteri dello Stato, costringerli a proporre ed emettere provvedimenti di tal genere. La sentenza impugnata di fronte a questa eccezione, senza distinguere l'esame circa la possibilità del diritto e della azione, e quello che attiene alla effettiva esistenza di essi, ed applicando in un giudizio di attribuzioni le norme proprie della competenza fra i diversi agenti del potere giudiziario, non si perita di affermare che il tribunale, ove la Comunità attrice non avesse avuto diritto esperibile in giudizio, non doveva dichiararsi incompetente, ma rigettare la domanda per difetto di azione di chi l'aveva promossa. A questo modo però, come ognuno vede, la Corte di appello sostanzialmente nega perfino la possibilità di un giudizio di competenza tra i diversi poteri dello Stato e l'Autorità giudiziaria, giacchè, messo che il limite consista nel diritto civile o politico, e che la mancanza di esso costringa sempre ad una dichiarazione di merito, non resta più concepibile un giudizio di sola competenza. Ed è ben degno di nota, che la fallacia del sistema sostenuto dalla sentenza impugnata è messa al nudo dalla sentenza stessa. In effetto la Corte d'appello in altro luogo della sentenza afferma che la domanda di assegnarsi un termine alla finanza, affinchè svolga il riserbo racchiuso nel decreto del 3 novembre 1850, ove fosse diretta non contro l'amministrazione, ma contro il Governo oltrepasserebbe i limiti della competenza dei tribunali. Or questa dichiarazione di incompetenza evidentemente sarebbe frutto della ricerca nella quale il magistrato avrebbe accertato che nella domanda mancava la possibilità di un diritto o di una azione; per la quale il cittadino possa costringere il Governo a fare o non fare atti della propria missione. E non voglia sembrare superfluo in questione di tanto momento avvertire come la Corte d'appello di Lucca non abbia avuta buona ragione per dipartirsi dalla giurisprudenza stabilita dal Consiglio di Stato con i suoi decreti del 17 agosto 1870 nelle simili cause delle Comunità di Pisa e di Firenze, nonchè di questa Corte di cassazione con l'arresto del 18 maggio 1878 in occasione del giudizio promosso contro la pubblica finanza da alcuni danneggiati politici del Napoletano. Imperocchè non si sa comprendere come mai in causa, nella quale la pubblica Amministrazione in luogo di valersi del mezzo straordinario, opponga nei modi ordinari la

Per applicare un atto è d'uopo preliminarmente indagare se esiste l'atto del quale si intende fare applicazione: l'Autorità giudiziaria, che ha attribuzione di applicare la legge, ha necessariamente l'attribuzione di indagare se la legge esiste quale norma obbligatoria. Dal momento che, come si è visto più sopra, una legge non è obbligatoria se non è pubblicata, che una legge non è pubblicata se non è inserita nel bollettino delle leggi e decreti un atto avente la forma dalla legge stabilita per la promulgazione delle leggi, non vi può essere dubbio che è nelle attribuzioni

incompetenza dell'Autorità giudiziaria, i tribunali non possano fare quello che la Corte di cassazione in via di decisione diretta, ed il Consiglio di Stato in sede di conflitto, fecero.

« E da ultimo si noti che la sentenza per disapplicare, circa le eccezioni di competenza per manco di diritto civile e di azione giudiziaria, il citato arresto della Corte di cassazione, osservava che nel caso da questa deciso, l'oggetto della domanda usciva dai limiti della giurisdizione ed entrava nel campo delle attribuzioni del Governo, mentre la causa della Comunità di Lucca aveva certamente per oggetto non un atto di attribuzione, ma una questione giuridica, quale è l'aggiudicazione di un credito. Con questa asserzione però, della cui esattezza sarà discorso in seguito, la Corte di appello riconosce la possibilità di quella eccezione di incompetenza, che in principio delle sue considerazioni aveva negato, inquantochè a suo giudizio essa importava di necessità una decisione del merito e confondevasi colla inammissibilità della azione.

« Considerando che la sentenza impugnata abbia nella controversia respinta l'eccezione della Finanza e dichiarata la competenza dell'Autorità giudiziaria sul motivo che l'oggetto della domanda consisteva nella ricognizione o nel conseguimento di un credito, materia civile per eccellenza, civili essendo i diritti che si riferiscono a rapporti di proprietà e di obbligazione. Indarno però si cercherebbe nella sentenza donde la Corte di appello abbia ricavato un'affermazione così netta e recisa, tranne che non voglia dirsi che la Comunità attrice così aveva definito e chiuso il suo libello. Ma la competenza per ragione di materia non dipende dagli apprezzamenti delle parti, ed il giudizio sulla domanda comprende la qualità dei contendenti, la causa del domandare, ed infine la cosa o il fatto positivo che vogliasi conseguire. Il giudice quindi non può ammettere in una contestazione la competenza dell'Autorità giudiziaria, senza avere da sè stesso definito secondo legge il contenuto o l'obbietto della domanda in riguardo al triplice argomento del futuro giudicato; perchè in ciascuno di questi estremi, che sono tutti parte essenziale della domanda, egli può rinvenire il fondamento od il confine segnato alla propria attribuzione. E se principii siffatti, tante volte proclamati e seguiti da questo Supremo Collegio, avessero mestieri di ulteriore dimostrazione, basterebbe accennare come fuori di essi sarebbe impossibile una divisione certa fra i pubblici poteri, e tutte le competenze giudiziarie resterebbero stranamente confuse e rimescolate. Pongasi per poco che in questione di competenza sia vietata l'indagine, se, giusta la proposta stessa dello attore, l'adempimento chiesto contro la pubblica Amministrazione metta capo ad una funzione di governo o di gestione, se l'asserto debito di un fatto o di una somma derivi da disposizioni che ritraggano piuttosto la figura di un contratto civile che di un negozio commerciale; e se infine la poca quantità domandata risulta nella *causa petendi* parte di una somma maggiore. Pongasi ciò, dicevasi, e la naturale conseguenza di questo divieto sarà il pericolo che il giudice si tramuti in governante od amministratore, che il magistrato civile sentenzi in materia commerciale, e che infine il giudice unico pronunci, e talvolta inappellabilmente, sopra interessi gravissimi che la legge volle commessi al collegio e garantiti nel doppio grado di giurisdizione. A dir breve, siccome l'obbietto finale di qualunque domanda può bensì, a talento dello attore, tradursi e presentarsi sotto forma di un vantaggio che al diritto civile o politico non ripugni; così, per decidere la questione di competenza tra l'Autorità giudiziaria e l'Autorità amministrativa, non bisogna arrestarsi all'obbietto finale della domanda, considerato in sè stesso, o quale *in jure* viene qualificato dall'attore. È necessità, invece confrontarlo con le cause del domandare, per riconoscere se veramente i fatti posti a base della domanda rispondano alla ipotesi di un diritto civile o politico, se il vantaggio preteso, più che la manifestazione di un interesse, possa essere la naturale espressione di un diritto che debba dalla opera del magistrato venire reintegrato o difeso.

« Considerando che, stabilito come la eccezione d'incompetenza desunta dalle attribuzioni dell'Autorità giudiziaria in ordine agli altri poteri dello Stato, supponga essenzialmente l'esame se l'obbietto della domanda, il quale si compie nella qualità dei contendenti, nella *causa petendi* e nella petizione, presenta la figura di un diritto e di un azione esperibile dinanzi ai tribunali, non resta che a determinare se ciò si avveri nella domanda proposta dal Comune di Lucca contro il pubblico erario coll'atto 1° maggio 1878. Su questo argomento non vi ha dubbio che la Comunità di Lucca solo in forza di un atto d'impero sia stata costretta somministrare alle truppe austriache ausiliarie, o di occupazione che fossero, i viveri e l'alloggio, non altrimenti che a milizie nazionali in Toscana sarebbesi fatto. Ma qui la sentenza osserva che, quantunque in genere la responsabilità civile sia incompatibile con gli atti d'impero pure « se il rapporto divenga privato per la violazione dei diritti « possibili o reali dell'individuo, l'atto di impero tramutasi in atto « di gestione, la quale crea obblighi nel Governo, come li cree- « rebbe in qualunque altra persona ». Ora, lasciando da parte il concetto poco razionale che l'atto d'impero si muti in atto di gestione e certo che l'impero possa talvolta lasciar salvi ed intatti alcuni degli effetti di quel diritto individuale sul quale esso cade e prevale. Ma, perchè ciò possa verificarsi, occorre o che una legge in via di regola designi la conseguenza dell'atto d'impero, come accade nel caso di espropriazioni per pubblica utilità, o che il tenore stesso dell'atto imperativo stabilisca la limitazione od almeno la comporti. Ora il decreto granducale del 3 novembre 1850, attesa la impossibilità in cui trovavasi il regio erario di subito provvedere simultaneamente e direttamente a tutte le spese occasionate dalla presenza delle truppe ausiliarie nel granducato, non solo imponeva ad alcune Comunità la somministrazione, ma espressamente dichiarava che esse la rivalsa ed il rimborso di quell'aggravio straordinario avrebbero ottenuto quando un nuovo ordine dell'imperante verrebbe, nei modi reputati più giusti, a provvedere circa la distribuzione delle accennate spese, e circa i rimborsi di ragione dovuti alle Amministrazioni creditrici per tale dipendenza; sicchè l'atto d'impero estendevasi non solo alla somministrazione, ma anche alla rivalsa ed al rimborso, e la sentenza, che tanto legalmente giudicava incompatibile la responsabilità civile con gli atti d'impero, non avrebbe dovuto tale incompatibilità sconoscere, anche per quanto riferivasi al domandato pagamento. Del rimanente l'assoluto difetto della materia giudiziaria, nella specie, non può riuscire dubbioso a chiunque voglia seriamente considerare quale dovrebbe essere l'opera del giudice nel fare ragione alla domanda propostagli. Per una legge, quale era il decreto di sovrano assoluto, il rimborso e la rivalsa come sopra si è detto, era stata sottoposta e vincolata alla condizione di un nuovo provvedimento sovrano, il quale avrebbe distribuito e ripartito l'aggravio tra tutte le Comunità toscane, e fra queste e l'erario pubblico, di guisa che fino a quel giorno le Comunità somministratrici non avrebbero potuto conoscere nè qual parte delle spese effettivamente sostenute doveva essere risarcita, nè chi sarebbe stato, e per qual somma, il debitore. Ora, perchè il giudice potesse condannare la Finanza al chiesto pagamento, dovrebbe o dichiarare inefficace la disposizione del decreto del 3 di novembre 1850 che i rimborsi faceva dipendere da una distribuzione o riparto di quel pubblico aggravio; o con assegnazione di termine, mettere in mora i pubblici poteri, perchè l'annunciato provvedimento più oltre non ritardasse; ovvero, infine, valutando le condizioni del pubblico erario e le opportunità di governo il magistrato dovrebbe da sè stesso sciogliere il riserbo nel senso che ormai non occorra distribuzione o riparto e che il rimborso possa e debba immediatamente e tutto pesare a carico delle pubbliche fi-

delle Autorità giudiziarie indagare se nel bollettino vi è l'atto redatto nelle forme volute per la promulgazione delle leggi, e che ove l'atto manchi o non abbia la forma colla quale la legge deve essere promulgata, è nelle attribuzioni dell'autorità giudiziaria dichiarare che legge non esiste. Fin qui non vi sono difficoltà.

La promulgazione però della legge constata solennemente che il Senato e la Camera dei deputati hanno approvato ed il re ha sanzionato quanto nell'atto è contenuto: ora l'Autorità giudiziaria deve fermarsi a tale constatazione, od è nelle sue attribuzioni andare più in là, ed indagare se veramente ha avuto luogo l'approvazione delle Camere e la sanzione del re, negando all'atto virtù di legge se accerti la mancata approvazione dell'uno o dell'altro ramo del Parlamento è la sanzione reale a tutto o parte di ciò che nell'atto è contenuto? Una tale questione si differenzia da quella che sopra si è esaminata relativamente alla ricerca della costituzionalità della legge: nella questione presente non si tratta di esame della costituzionalità ma di esame sulla esistenza della legge (1).

Perchè legge vi sia è necessario che il Parlamento abbia deliberato ed il re sanzionato l'atto: l'art. 3 dello Statuto è esplicito su questo proposito. Quel qualunque atto che manchi di tali requisiti non è legge, perchè non è compiuto da quei poteri il concorso dei quali è necessario alla formazione della legge. La promulgazione della legge altro non fa che constatare la presenza di questi requisiti; non è che la solenne dichiarazione che il Se-

---

nanze. Ora nessuno è che non veda come in questo campo venga assolutamente meno la possibilità del diritto civile e dell'azione esperibile innanzi ai tribunali, e neanche conseguentemente la competenza dell'Autorità giudiziaria, la quale, se deve secondo legge, non può della legge giudicare e costringere gli altri poteri dello Stato ad esercitare le proprie funzioni in questo piuttosto che in quel tempo e modo, e molto meno tramutare sè stessa in potere politico e legislativo... ».

Vedi anche le osservazioni in proposito di questa decisione fatte dal Gabba nel *Foro Ital.*, 1884, I, 449.

(1) Una tale differenza tra le due questioni veniva rilevata dalla Cassazione di Roma nella decisione 28 giugno 1886, *Dini* c. *Finanze* (*Foro Ital.*, 1886, I, 705), che così sentenziava:

« Ha considerato che la questione come è stata messa e discussa con ingegno e dottrina dalla difesa erariale, per sostenere il conflitto di attribuzioni elevato dal prefetto della provincia di Livorno, sulla domanda giudiziale di Dino Dini, sarebbe assai delicata ed avrebbe molta importanza, facendola consistere nel quesito secondo da essa formolato e così espresso: se cioè il potere giudiziario resti nei limiti delle sue attribuzioni, di dichiarare, interpretare ed applicare le leggi ai casi particolari, quando esso volesse contraddire l'attestazione che è fatta dal re nell'atto della sanzione e della promulgazione e che è pure ufficio della sanzione stessa quello di essere stato approvato dal Senato e dalla Camera dei deputati quanto dalla sovranità del re è stato sanzionato e promulgato, e cercasse di inquirere su quanto attiene alla fattura interna della legge nei lavori parlamentari, per rilevarne la disarmonia della volontà dei fattori di essa e dichiarare la inesistenza della legge stessa, che fosse negata o invocata in giudizio. E la difesa erariale ha cercato di dare al quesito una risoluzione negativa, sostenendo la incompetenza della Autorità giudiziaria a far tali investigazioni ed inchieste, in quanto che, a suo dire, la Autorità giudiziaria, come potere derivato, debba stare alla formale promulgazione e pubblicazione della legge, e se volesse sorpassare questa fase della vita della legge, essa invaderebbe le attribuzioni non solo del potere esecutivo, ma pure del potere legislativo, facendosi giudice della legge, se non in quanto alla costituzionalità della forma, e processando il modo di funzionare dei fattori della legge medesima. Ma questa risoluzione avrebbe a superare gravi difficoltà, che si oppongono a mantenere questa limitazione della competenza certa dell'Autorità giudiziaria a dichiarare l'esistenza o meno di una legge invocata nel giudizio; stando autorevoli dottrine che non vogliono questa competenza dell'autorità giudiziaria resti passiva di fronte alla attestazione contenuta nell'atto della sanzione e della promulgazione, come apparisce dallo stesso esempio dato dalla costituzionale Inghilterra, che è stato ricordato dalla difesa erariale, in un caso simile, consistente cioè in un *bill* della Camera dei Lordi, che aveva modificato quello della Camera dei Comuni, e che fu sanzionato dalla Corona senza prima rinviare il *bill* alla detta Camera dei Comuni. Il capo di giustizia in quel caso disse valida la legge perchè era certificato dal re l'assentimento del Parlamento, mentre altri, fra i quali il direttore di giustizia, la dissero non valida.

« Difatti le difficoltà che resistono alla tesi così recisamente ed assolutamente sostenuta dalla difesa erariale, sono veramente non poco gravi.

« Imperocchè potrebbe dirsi che la questione che sorge in simili casi, quando cioè manca lo assentimento di una o più delle potestà che debbono, secondo lo Statuto, esercitare collettivamente il potere legislativo, non consista già nella disamina della costituzionalità o meno del contenuto o della forma della legge, che effettivamente esorbita le attribuzioni dell'Autorità giudiziaria, sia perchè non sono determinati nello Statuto il contenuto e le forme degli atti del potere legislativo, sia perchè in mancanza di questa determinazione statutale il potere giudiziario ha dovuto soltanto ottenere la missione di conoscere, interpetrare ed applicare le leggi nei casi particolari, da dover ritenere sempre per buono e vero tanto nel contenuto quanto nella forma la parola del potere legislativo; ma che invece consista nel vedere se la parola della sanzione e della promulgazione sia veramente la parola del legislatore, vale a dire, se sia la parola collettiva del re, del Senato e della Camera dei deputati, come è voluto determinatamente dalla disposizione statutale, che è norma fondamentale per tutte le costituite potestà, da non poter creare conflitti di attribuzioni la sua pratica estimazione, e nella quale, come in nessun'altra disposizione statutale, non si trova stabilito che l'attestazione della collettività della volontà legislativa sia ufficio affidato esclusivamente alla potestà, che è chiamata a sanzionare e promulgare le leggi, da dover valere anche per quanto non è verità e da doversi a fronte di essa mettere in non cale anche gli atti parlamentari renduti di pubblica ragione.

Inoltre potrebbesi pur dubitare della non pericolosità di affidare un simile ufficio ad una sola delle potestà che debbono collettivamente esercitare il potere legislativo, imperciocchè con questa prerogativa potrebbe da essa essere assorbito tutto il potere legislativo e frustrata la collettività statutale, potendo non prestarsi ad assentire alla contrarietà delle altre potestà, e la società, la cui posizione giuridica ha pur valore statutale e dev'essere mantenuta illesa dal potere giudiziario, potrebbe essere messa nella condizione di non avere il mezzo legale della difesa del suo stato del diritto, per un voto formato e risolubile soltanto a maniera alessandrina, non propria di un paese eminentemente giuridico come il nostro, coll'alma sua città, in cui con profondo senso di civiltà fu detto *cedant arma togae*. Le quali difficoltà dimostrano che la tesi sostenuta dalla difesa erariale non sia così piana come pare che essa creda; e la Corte regolatrice dovrebbe dare il suo giudizio per segnare il limite nel quale dovrebbesi arrestare l'attribuzione dell'autorità giudiziaria nel caso come quello trattato dalla difesa erariale, se le condizioni di fatto della causa vi si prestassero e lo richiedessero. Ma nella fattispecie che è contenuta nella domanda del Dini, concorrono circostanze di fatto tali che non autorizzano la risoluzione di una questione come quella di sopra accennata; e però la Corte regolatrice è tenuta a circoscrivere la pronunziazione giurisdizionale nei limiti segnati dai fatti giudicabili ».

nato e la Camera dei deputati hanno approvato ed il re ha sanzionato l'atto. Ma, dal momento che nessun certificato non può far sì che esistano i fatti che il certificato constata esistenti se i fatti non esistono punto, così la promulgazione della legge non può far sì che esista l'approvazione del Parlamento e la sanzione del re, se l'approvazione e la sanzione non vi sono. E, siccome se approvazione e sanzione non vi sono non vi è legge, così la promulgazione non può far sì che, mancando l'approvazione e la sanzione, legge vi sia. Se l'attribuzione dell'Autorità giudiziaria si è di applicare la legge; se chi ha l'attribuzione di applicare un atto ha l'attribuzione di indagare se l'atto da applicarsi esiste, se l'atto non esiste se non in quanto abbia gli elementi che ne costituiscono l'essenza, se di essenza della legge si è l'approvazione delle due Camere e la sanzione reale; se l'atto di promulgazione non crea l'approvazione e la sanzione che non esistano; attribuzione dell'Autorità giudiziaria si è di andar oltre all'atto di promulgazione ed indagare se l'atto promulgato sia stato approvato dalle Camere e sanzionato dal re.

L'Autorità giudiziaria, però, può risalire al di là delle promulgazione colla più ampia libertà di ricerca sulla esistenza della legge, oppure ha dei limiti alle sue attribuzioni (1)? Ciascuno dei rami del potere legislativo è sovrano

(1) La dottrina italiana è divisa su tale questione. Gabba (*Foro It.*, 1886, I, 715), Pacifici-Mazzoni (*Istituzioni*. Firenze 1874, I. 84), Fadda e Bensa (nella traduzione *Pandette* del Windscheid, Torino 1887, I, § 14), ritengono che l'Autorità giudiziaria debba andare oltre l'atto di promulgazione ed indagare se esista veramente ciò che l'atto di promulgazione certifica esistenti. Il Lai, *Tratt. del dir. civ. it.*, Cagliari 1885, I, 566, e l'Armani, nel *Foro It.*, 1890, I, 1105, ritengono invece che l'Autorità giudiziaria deve arrestarsi all'atto di promulgazione. La giurisprudenza italiana è per questa seconda opinione: ecco il testo delle due decisioni che vi sono al riguardo:

La prima è dell'Appello di Lucca, 22 febbraio 1889, *Finanze* c. *Dini* (*Foro it.*, 1889, I, 1181).

« La questione consiste nel determinare se l'Autorità giudiziaria possa estimare il dato di fatto risultante dagli atti parlamentari del disaccordo segnalato fra le due Camere nella votazione di detto articolo fino al punto da dargli valore probatorio, per contrapporlo a togliere fede all'attestazione sovrana sulla collettività dell'esercizio del potere legislativo contenuta nella formola di promulgazione della legge del 1878, e se possa, senza violare le norme della sua competenza giurisdizionale nella interpretazione in genere della legge, dichiarare la legale inesistenza ed invalidità di detta disposizione legislativa regolarmente sanzionata e promulgata dal re.

« Non è a mettere in dubbio, e non è contestato fra le parti, che la legge del 30 maggio 1878 fosse approvata e votata nel suo complesso e nel suo testo definitivo dal Senato e dalla Camera dei deputati, e fosse poi sanzionata e promulgata dal sovrano in conformità delle norme stabilite dalle correlative leggi. Solamente si obbietta apparire dagli Atti parlamentari un vizio intrinseco per un errore incorso nella votazione dei singoli articoli, e specialmente del numero 96 il quale si afferma per ciò non potersi ritenere come legge, in quanto per esso venne a mancare unanime assenso dei due rami del Parlamento.

« Ora la Corte ritiene che l'Autorità giudiziaria non abbia facoltà di contraddire quanto afferma il re nell'atto promulgativo, e sia obbligata a riconoscere la inesistenza della legge che deve interpretare ed applicare dai soli caratteri formali della promulgazione e pubblicazione di essa, senza che possa investigare e decidere sulla corrispondenza delle deliberazioni delle due Camere fra loro e con quanto viene solennemente attestato di essere stato dal re sanzionato e promulgato.

« A dimostrare la verità e la legittimità di questi limiti alle facoltà del magistrato nell'interpretazione in genere della legge ricorrono i seguenti riflessi.

« Bisogna prima di tutto distinguere nelle leggi due stadî o periodi successivi, l'uno di formaztone, l'altro di attuazione; il primo che comprende la proposta, le deliberazioni, e la sanzione; il secondo che abbraccia la promulgazione e la pubblicazione.

« La sanzione è l'assenso che il re dà, come partecipante al potere legislativo, alle deliberazioni delle due Camere. Essa perfeziona la esistenza della legge, si compie con la firma sovrana e risulta da dichiarazione espressa che si contiene nella formula stabilita per la promulgazione.

« La promulgazione è l'atto col quale il capo supremo dello Stato in cui risiede il potere esecutivo attesta alla nazione l'esistenza della legge ed ordina che sia pubblicata ed eseguita. Essa si manifesta per la formula prescritta dalla legge 23 giugno 1854, estesa a tutto il regno e modificata dall'altra del 21 aprile 1861, ed è resa autentica dalla firma del re accompagnata dalla controfirma del ministro proponente e dal visto del Guardasigilli che vi appone il sigillo dello Stato.

« Si noti però che la sanzione e la promulgazione si estrinsecano simultanee dalla stessa autorità da cui ambedue emanano e, sebbene teoricamente distinte, formano un atto solo ed unico, che riassume in sè la somma dei poteri riservati dalla Costituzione alla sovranità del re in relazione alle leggi.

« La dottrina e la giurisprudenza sono poi unanimi nel ritenere che, mentre la sanzione dà esistenza alla legge, la promulgazione dà a tale esistenza esteriorità ed autenticità, facendola certa ed incontestabile e rendendo la legge stessa esecutoria.

« Spetta perciò al solo re come capo supremo dello Stato l'ufficio di attestare l'esistenza della legge, sicchè a niuno sia più lecito contestarne nè metterne in dubbio l'impero.

« Dopo avere, infatti, l'art. 7 dello Statuto dichiarato che il re solo sanziona le leggi e le promulga, la menzionata legge del 1854 dispone:

« Art. 1. « La promulgazione della legge è espressa nella se-
« guente formola:
« (Il nome del re ecc. ecc.).
« Il Senato e la Camera dei deputati hanno approvato.
« Noi abbiamo sanzionato e promulghiamo quanto segue:
« (Testo della legge).
« Ordiniamo che la presente, munita del sigillo dello Stato, sia
« inserita nella Raccolta degli atti del Governo, mandando a chiun-
« que spetti di osservarla e farla osservare come legge dello
« Stato.
« Art. 2. « La legge porterà la firma del re ecc. ecc.
« Art. 3. « Le leggi sono esecutorie in virtù della promulga-
« zione che ne è fatta dal re. »

« Dalle quali disposizioni risulta che, se l'art. 7 dello Statuto attribuisce al re la sanzione e promulgazione delle leggi, e se l'atto che queste funzioni compie o riassume sta nell'attestare che Senato e Camera dei deputati hanno approvato, ne scende per necessaria conseguenza che l'attestazione della collettività della volontà legislativa è ufficio affidato dallo Statuto esclusivamente alla regia potestà.

« Inoltre si noti che secondo la formula anzidetta l'atto promulgativo contiene due parti:

« l'una, la sanzione, che completa la deliberazione legislativa, l'implica già avverata ed attesta intervenuto il concorso dell'azione collettiva dei tre fattori della legge;

« l'altra, la promulgazione, che proclama solennemente questo fatto al corpo sociale ed ordina che la legge sia eseguita, pubblicata ed osservata e fatta osservare da tutti.

« Ora la legge promulgata dal re essendo dopo la sua pubblicazione universalmente obbligatoria (art. 1° disp. prelim. cod. civ.) la promulgazione può dirsi anco l'atto che dà all'Autorità giudiziaria in custodia la legge, che gliela rivela come esistente ed imperante, e le impone perciò verso di essa il riconoscimento e l'ossequio.

nella cerchia delle sue attribuzioni; ciò che egli fa in questa cerchia sfugge al sindacato di qualunque Autorità, la quale ad altro non deve attendere che all'atto quale viene a risultare da ciò che il potere sovrano nel suo movimento interno ha compiuto per riuscire all'atto stesso. Se fosse nelle attribuzioni dell'Autorità giudiziaria indagare se o meno le Camere abbiamo osservato le disposizioni del loro regolamento circa la procedura alla qualeil progetto è stato sottoposto, circa al modo col quale la discussione è stata condotta, la sovranità di quei corpi non esisterebbe affatto, perchè non è potere sovrano quello il cui operato è sottoposto al controllo di altri poteri. Sicchè nel procedimento col quale

---

« Su questo punto si fanno due obietti. Si dice prima di tutto che, se quanto sopra si è affermato fosse vero, non vi sarebbero più garantie contro gli abusi del potere regio, il quale, lasciate in disparte le assemblee legislative, potrebbe emanare leggi a suo talento, onde la magistratura, riconoscendole ed applicandole, non sarebbe più, come deve essere, la tutrice dell'ordine legale e della costituzione dello Stato. Si dice in secondo luogo che la promulgazione è un atto del potere esecutivo, e perciò, in forza dell'art 2 della legge sul contenzioso amministrativo, sindacabile dall'Autorità giudiziaria, tanto in relazione alle forme, quanto alla legalità dei fatti anteriori alla promulgazione stessa.

« Non regge il primo obietto, perchè trasporta la questione dall'ordine giuridico nel campo politico, dove la giustizia non entra nè deve entrare; la rottura dell'equilibrio fra i poteri dello Stato è questione che interessa gli stessi poteri e si elimina mercè l'azione delle loro funzioni organiche nella difesa delle proprie prerogative, l'Autorità giudiziaria, che interpreta ed applica la legge esistente siccome viene promulgata dal re, senza giudicare l'opera dei poteri che concorrono alla sua formazione, non si rende per questo ministra e complice della tirannide, come non può nè deve mai divenire istrumento di rivolta contro i colpi di Stato a difesa del regime politico e delle politiche libertà.

« Non regge il secondo, perchè la promulgazione sarebbe sempre, per indole sua, un vero e proprio atto sovrano d'impero insindacabile dal magistrato; e perchè, in ogni modo, allorchè per dire la legge inesistente si attaccasse l'atto promulgativo nella parte della sanzione che attesta il concorso di tutti i coefficienti dell'azione legislativa, l'attacco vero non colpirebbe più l'atto del potere esecutivo come quando per la sostanza fossero negati alcuni tra gli elementi contenuti nella formula di promulgazione, o per la forma si obiettasse il difetto delle prescritte relative formalità, ma anderebbe invece direttamente a colpire ed investirebbe la legge stessa e l'atto del potere legislativo, contro il quale l'Autorità giudiziaria non ha facoltà d'indagine nè di censura.

« Il supposto, sul quale si basano tutti gli argomenti contrari alla tesi ammessa ed affermata dalla Corte, consiste nel ritenere come indubitata la facoltà nell'Autorità giudiziaria medesima d'inquirere e decidere sulla costituzionalità o meno se non del contenuto della legge, certo del modo e delle forme relative alla interna di lei fattura in quanto spetti ad essa la custodia e la difesa della legge generale e anteriore a tutte le altre, qual è lo Statuto del regno.

« Nulla di più erroneo di tale supposto. Ed invero, noi non ci troviamo sotto il regime della registrazione delle ordinanze reali, che vigeva una volta in Francia, nè sotto l'ordinamento della tutela delle norme statutarie affidata in America alla Corte Suprema federale; presso di noi il potere legislativo è il primo e il più eminente fra i poteri dello Stato, di fronte al quale il giudiziario è potere derivato e subordinato, nel senso che riceve la legge, non la fa, nè la giudica e risponde non *de legibus*, ma *secundum leges*.

« I nostri tribunali, se possono interpretare il significato e lo spirito delle norme scritte nello Statuto e farne giusta applicazione ai casi delle private controversie; se hanno ancora la podestà di far rientrare il potere esecutivo nei suoi limiti, sia negando l'autorità del diritto ai suoi atti illegali, sia giudicando e punendo gli atti arbitrarii dei suoi agenti, non possono fare indagini e statuire sulla costituzionalità delle leggi, vuoi per il contenuto, vuoi per i modi della loro formazione. Manca una disposizione precisa ed espressa nello Statuto nostro che tanto autorizzi; ed è naturale, poichè al giudice non spetta presso di noi di mantenere le leggi nei limiti della costituzione, incombendo invece al legislatore stesso di osservare questi limiti o di rientrarvi ove li abbia oltrepassati.

« L'accordare un tal diritto alla magistratura romperebbe, nel nostro sistema, l'eguaglianza di tutti di fronte al rispetto alla legge, alla quale debbono obbedienza cittadini, Autorità giudiziarie e amministrative, e lo stesso Governo. Ove si concedesse alla medesima il compito di fare osservare la disposizione dell'art. 3 dello Statuto, con diritto d'investigare, verificare ed accertare se il potere legislativo, in relazione ad una determinata legge, si manifesta esercitato collettivamente, non si vedrebbe più allora ragione per negarle l'eguale diritto d'inquirere, constatare ed attestare se, ad esempio, la discussione avvenne articolo per articolo, se la deliberazione delle Camere fu legale e valida per il richiesto numero dei membri presenti, se la legge fu votata a maggioranza di voti, e simili, spingendo così la magistratura in un campo senza confini. Nè si dica trattarsi di norme interne regolamentari, perchè formano anzi altrettante regole e garentie statutarie alla pari di quella dell'art. 3, le quali trovansi scritte negli art. 53, 54 e 55 dello Statuto del regno. Con tali smisurate facoltà e competenze date all'autorità giudiziaria si renderebbe immobile la nostra Costituzione, di cui verrebbe impedito ogni progressivo e legale svolgimento, e si paralizzerebbe compiutamente la legittima azione del potere legislativo.

« Ma si obietta che il magistrato, il quale ha da applicare la legge, deve aver diritto di assicurarsi dell'esistenza sua, se cioè veramente la legge fu fatta e se adozione di legge realmente sussista. Ciò non si nega e solamente si afferma in limitazione di questo diritto, che l'assicurazione dell'esistenza della legge e dei suoi caratteri giuridici il magistrato la rileva dagli elementi formali dell'atto promulgativo, ossia dalla formola della promulgazione stessa. Se in questa formula si riscontreranno mancanti o il nome del re, o l'attestazione dell'assenso per parte del Senato e della Camera, ed anche di una sola di tali assemblee, o la menzione della sanzione sovrana, o l'ordine per la pubblicazione, o la firma reale, o quella del ministro proponente, o il visto del Guardasigilli ed altri consimili elementi e forme essenziali, l'Autorità giudiziaria dichiarerà che non si ha la legge e che questa non esiste.

« Ma, quando i caratteri formali dell'atto promulgativo concorreranno tutti, quando la formula di promulgazione sarà, ai termini delle già citate leggi del 1854 e del 1861, regolare e completa, non potrà il magistrato qualificare come non conformi al vero le attestazioni ed affermazioni solenni ivi contenute.

« Non avendo il potere di richiamare a sè i verbali originali della Camera e del Senato relativi alla discussione e votazione delle leggi, invano tenterà di elevare al grado di prova contraria ciò che emerge dagli Atti parlamentari, imperocchè, per un principio ormai non più controverso di giurisprudenza e già rammentato, se essi valgono a chiarire e far valere il concetto o lo spirito di una legge esistente, non possono servire per modificarne o cambiarne il testo o per investigarne e censurarne la interna fattura. E sarebbe davvero singolare e stranissimo, che mentre un documento pubblico fa fede tra le parti del suo contenuto fino ad iscrizione in falso, perfino questo valore venisse a mancare all'atto sovrano di regolare promulgazione della legge, mentre esso porta seco impressa la presunzione di pieno diritto della sua costituzionalità e davanti al quale cittadini e tribunali devono inchinarsi ed obbedire.

« Ora la sentenza appellata è caduta appunto in tutti questi errori; ha fatto quello che si è qualificato per eccedente i limiti delle facoltà proprie del magistrato; ha intrapreso un esame critico retrospettivo sugli Atti parlamentari a cui ha dato valore probatorio per censurare la formazione della legge, e sostituendosi al potere legislativo, ha dichiarato valido il n. 96 della tariffa doganale del 1878, non per il dazio aumentato del 20 per cento, siccome è scritto nel testo della legge inserita nella *Raccolta degli atti del*

un progetto diviene legge vi sono certamente dei limiti ai quali l'Autorità giudiziaria deve arrestarsi. Ma quali saranno i limiti a varcare i quali l'Autorità giudiziaria non ha attribuzione?

Perchè esista l'atto parlamentare capace, in unione agli altri elementi, a costituire la legge, è necessaria la deliberazione presa a maggioranza di voti (art. 54 dello Statuto) a scrutinio segreto (art. 63 id.): è colla votazione a maggioranza di voti a scrutinio segreto che il corpo deliberante esaurisce la sua sovranità; finchè non ha votato egli è domino di ciò che gli conviene fare; deliberato a scrutinio segreto, l'atto parlamentare esiste in tutta la sua forza di atto

Governo, ma per il dazio aumentato del 15 per cento, secondo la deliberazione della Camera dei deputati, non accorgendosi che, se il fatto della discordanza dei voti avesse potuto portare a nullità, sarebbe stato illegale tanto l'aumento del 20 per cento, quanto quello del 15 per cento, e la legge avrebbe dovuto riportarsi tutta intiera alla Camera anzidetta per nuova discussione e votazione.

« Attesochè il secondo ordine di considerazioni e richiami, come è stato di sopra osservato, è un principio supremo che signoreggia nel concreto del caso. Ammettasi pure piena e sconfinata la podestà d'inquirere e censurare la formazione della legge, certo si è che, dovendo l'Autorità giudiziaria essere la naturale e prima tutrice della sicurezza dei diritti dei cittadini, concorrono nel caso circostanze talmente gravi ed apprezzabili che le impediscono l'esercizio di quelle sue facoltà.

« Ed invero, si tratta di una legge che è stata nel suo complesso approvata da ambedue le assemblee legislative, ed il di cui testo definitivo, ritenuto per errore concorde, venne da entrambe votato; che è stata nelle debite forme sanzionata e promulgata dal re; che è stata regolarmente pubblicata, e sarà dimostrato fra breve, nella *Raccolta delle leggi del regno*, e che ha ricevuto la sua piena applicazione ed esecuzione dal 1° giugno 1878 in poi, essendo stata perfino dal Governo del re tenuta a calcolo e valutata a base dei negoziati internazionali in occasione della stipulazione dei trattati di commercio e navigazione con l'Austria-Ungheria e con la Francia, come si ha dalle leggi 31 gennaio 1879, n. 4699 (serie 2ª), e 14 maggio 1882, n. 728 (serie 3ª). In questo stato di cose deve ritenersi come fuori di questione che la suprema necessità di mantenere la certezza e la sicurezza dei diritti dei cittadini abbia dato per sè stessa piena efficacia di legge a quel testo, salvo al potere legislativo, nella cui competenza rientra il giudizio sui vizi e difetti relativi alla formazione delle leggi, il determinare poi, e quando che sia, quali gli effetti e quali le correzioni dell'errore. Una diversa dottrina sarebbe assolutamente sovversiva, poichè distruggerebbe ogni protezione al diritto, metterebbe in dubbio il valore di tutta la nostra legislazione ed aprirebbe la via al possibile che un giorno o l'altro questa o quella legge si venissero a dimostrare infette di nullità, e cadessero quindi i diritti quesiti in virtù delle medesime; pericolo questo tanto più grave ed esiziale, ove si trattasse di leggi regolatrici di diritti importanti e fondamentali, quali, ad esempio, quelli riguardanti lo stato delle persone, la nazionalità, la costituzione della famiglia, le successioni e simili ».

La seconda è della Cass. Roma, 11 settembre 1890, *Dini* c. *Finanze* (*Foro It.*, 1890, I, 1105):

« Si sostiene in primo luogo che l'Autorità giudiziaria non doveva ritenersi incompetente a sentenziare sulla nullità di una legge, alla cui formazione non era concorso il voto conforme delle due Camere.

« Secondariamente si muove censura per essersi dichiarata valida ed efficace una legge cui faceva difetto la legittima pubblicazione. E si obbietta infine la falsa interpretazione della legge del 1883, in quanto la non si riconobbe dichiarativa, almeno implicitamente, della nullità ed inefficacia dell'altra legge che nel 1878 aveva approvata la tariffa doganale. E qui, a fin di procedere ordinatamente nella estimazione della triplice censura, muoveremo dallo osservare che, nel difetto di qualunque disposizione particolare e diretta, volendo definire se l'Autorità giudiziaria possa dichiarare inefficace ed invalida una norma che sia sanzionata e promulgata come legge dello Stato non ci si offra altra via che riconoscere e valutare i rapporti nei quali sono costituiti i supremi poteri dello Stato, e le funzioni che a ciascuno di essi specialmente appartengono.

« Perchè la divisione dei poteri riesca garentia di ordine e di libertà, ben è mestieri che nella cerchia di loro azione essi siano rispettivamente autonomi ed indipendenti; ciò che di certo non avverrebbe se le funzioni e l'opera degli organi onde un potere supremo si compone, dovessero sottostare al sindacato ed alla estimazione di un potere diverso. L'autonomia e l'indipendenza di un ente suppone di necessità che esso abbia esclusivamente in sè il Governo e la moderazione dei vari organi, per mezzo dei quali l'opera sua si compie. Ora, quando si ripensi che costituzionalmente al potere legislativo compete far leggi mediante il voto del Parlamento e la sanzione del re, e che al potere giudiziario per contra spetta dichiarare la legge per applicarla alle speciali controversie, ben è diritto conchiudere che il primo potere dello Stato non sarebbe più nè autonomo, nè indipendente, laddove l'Autorità giudiziaria non dovesse avere in conto di legge se non quelle che secondo le speciali sue indagini ed i suoi apprezzamenti le risultassero regolarmente votate e sancite. Mal si avviserebbe però chi credesse che a questa maniera argomentando si supponga o che alcuno dei vari organi legislativi non possa mai deviare, o che gli errori suoi debbano restare senza possibilità di riparo.

« Nulla di ciò; e solo si afferma che, come in grazia dell'autonomia ed indipendenza del potere giudiziario, non sia consentito che gli errori ed i deviamenti di alcuno dei suoi organi si correggano per intervento di estraneo potere, così il potere legislativo, ch'è primo fra tutti, non potrebbe al bisogno comportare altri sindacati e ripari, tranne quelli che secondo la sua natura e costituzione in sè medesimo raccoglie.

« L'Autorità giudiziaria adunque, la quale, in occasione di interpretare ed applicare le leggi, potesse coi suoi apprezzamenti circa la legittimità del loro contenuto o con ricerche istruttorie sul modo onde le leggi stesse vennero formate, sentenziarne la inefficacia e la invalidità, usurperebbe una funzione che non è sua, e scrollerebbe nel nostro diritto costituzionale il fondamento principale qual'è la divisione dei supremi poteri dello Stato, rispettivamente autonomi ed indipendenti.

« Ben è vero che la funzione giudiziaria, la quale muove di là dove il compito legislativo finisce, e su di esso in massima parte si aggira, non dovrebbe giammai prescindere dall'accertare preliminarmente la esistenza della legge. Di tale necessità però non sarebbe legittima conchiusione che quell'accertamento non possa altrimenti farsi che consentendo al potere giudiziario la facoltà di indagare per qualsiasi mezzo e di giudicare direttamente la maniera onde i singoli organi della potestà legislativa abbiano nella formazione della legge funzionato.

« In effetti, pel nostro diritto pubblico la legge già compiuta col voto concorde delle due assemblee e con la regia sanzione, non diventa esecutiva che per la promulgazione fattane dal re.

« Or, l'origine di questo istituto, come si riscontra nel decreto della Costituente francese (9 novembre 1789), ed il contenuto della sua formula, qual'è prescritta nelle nostre leggi del 23 giugno 1854 e 21 aprile 1861, dimostrano con quanta verità siasi affermato che con la promulgazione il capo dello Stato attesta in modo solenne ed autentico a tutto il corpo sociale la esistenza dell'atto legislativo che costituisce la legge, ed ordina alle Autorità amministrative e giudiziarie di pubblicarla e curarne l'osservanza. Sicchè non è questione se l'Autorità giudiziaria debba aver certezza della costituzionale esistenza della legge invocata, chè di ciò nessuno oserebbe dubitare; ma la questione è a quali fonti quella certezza debbasi attingere. E qui non è malagevole intendere, che laddove la teorica svolta nel ricorso dovesse prevalere, la promulgazione delle leggi più non sarebbe un atto d'impero, e resterebbe invece istituto addirittura vano ed inutile. Giacchè alle sue attestazioni

perfetto. Ciò a cui l'Autorità giudiziaria dunque deve arrestarsi è la deliberazione parlamentare presa a scrutinio segreto; se essa andasse al di là di questo limite invaderebbe il campo riservato alla sovranità del Parlamento.

Ma anche per l'atto parlamentare ci sono tre fatti distinti: la votazione, la computazione dei voti, la proclamazione del risultato. Il fatto reale dal quale la deliberazione risulta è la prima; la seconda non è che una constatazione del fatto già avvenuto; la terza non è che la solenne certificazione del risultato della seconda. Siccome è attribuzione dell'Autorità giudiziaria di andar oltre di quanto emerge dalle semplici constatazioni per arrivare al fatto reale, così attribuzione della Autorità giudiziaria sarà di andar oltre alla proclamazione della votazione ed alla constatazione del numero dei voti, arrestarsi alla votazione che è il fatto ultimo al quale il corpo deliberante nel suo movimento interno arriva. Anche qui però le attribuzioni dell'Autorità giudiziaria hanno dei limiti. Coloro che nelle Camere vengono chiamati a fungere da scrutatori onde constatare il risultato della votazione, sono pubblici ufficiali autorizzati ad attribuire la pubblica fede all'atto nel quale tale risultato è constatato. L'atto degli scrutatori è dunque un atto pubblico (1) che constata il fatto, seguito alla presenza dei pubblici ufficiali che lo hanno eretto, che nella seguita computazione i risultati furono quelli che da essi scrutatori sono accertati. Se ciò è vero, quell'atto fa piena fede (2); solo con una inscrizione in falso può essere impugnato quanto da quell'atto risulta. Sicchè attribuzione dell'Autorità giudiziaria si è di indagare la verità dei risultati della votazione solo in quanto sia impugnato per falso l'atto col quale gli scrutatori accertano il risultato della votazione avvenuta; in mancanza di tale inscrizione, l'Autorità giudiziaria non ha alcuna attribuzione per indagare se veritiero o no sia quanto dagli scrutatori è stato affermato (3).

22. Come si è veduto più sopra (al n. 18), per materie che devono essere regolate da legge, oltre la legge propriamente detta ci sono i decreti-legge emanati in casi di urgenza, ed i decreti-legge emanati dal potere esecutivo per delegazione del potere legislativo.

I primi ripetono la loro forza di legge dalla urgenza e dalla dichiarazione che, attesa tale urgenza, il potere esecutivo intende provvisoriamente usare del potere legislativo. Ambedue queste dichiarazioni sono necessarie acchè il decreto abbia provvisoriamente forza di legge: è indubbiamente attribuzione dell'Autorità giudiziaria indagare se nell'atto che innanzi ad essa viene fatto valere come legge vi sia l'una e l'altra dichiarazione, negando forza di legge al decreto nel quale le dichiarazioni stesse non si trovano fatte. Ma al di là di tali constatazioni non può andare: più specialmente non è nelle sue attribuzioni indagare se vi sia o no l'asserita urgenza di provvedere alla materia alla quale si è provveduto: un tale apprezzamento è apprezzamento puramente politico che però sfugge alle attribuzioni delle Autorità giudiziarie. Se tali decreti vengono convertiti in legge, l'atto è una legge come qualunque altra, ma se l'atto non viene presentato al Parlamento, o presentato al Parlamento venga respinto da uno dei rami di questo, o ritirato dal Governo, il decreto stesso cessa di aver forza di legge, senz'uopo che nel *Bollettino delle leggi e decreti* venga pubblicata una revoca del decreto-legge emanato. Atteso ciò è attribuzione dell'Autorità giudiziaria indagare se la presentazione al Parlamento abbia avuto luogo tostochè il decreto fu emanato, se il Parlamento in questi momenti teneva seduta, o tostochè il Parlamento è stato convocato, nel caso contrario (4), se il decreto è stato ritirato, se uno dei due rami del Parlamento lo ha respinto; e nel caso constati la non avvenuta presentazione, il ritiro od il rigetto è nelle sue attribuzioni negar forza di legge al decreto stesso che innanzi ad essa fosse fatto valere.

I decreti-legge emanati dal potere esecutivo per delegazione del potere legislativo, ripetono la loro forza di legge dalla delega avvenuta; attribuzione dell'Autorità giudiziaria, però, si è di accertare se l'atto che innanzi a lei si fa valere porti menzione della delega, e se la delega ha avuto luogo. Nè a questo punto si arrestano le sue attribuzioni; perchè l'Autorità giudiziaria deve indagare se il potere esecutivo abbia o no ecceduto i limiti della delega avuta. *Non* si è nel caso di poter fare applicazione dei principii del mandato pei quali quanto fa il mandatario con eccesso di mandato è valido se viene ratificato dal mandante, per concludere che, una volta che il Parlamento non chiama il potere esecutivo a rispondere dell'eccesso di mandato, s'intende che abbia ratificato quanto il mandatario ha operato eccedendo l'incarico avuto; questo principio trova la sua naturale applicazione in diritto privato, ma non può essere applicato nel diritto pubblico quando si vuole costringere il privato ad osservare una disposizione come disposizione che

---

sul voto delle due Camere e sulla sanzione del re, nonchè al suo comando di eseguire, sarebbe sostituito il risultamento d'una prova contraria, raccolta e valutata dagli organi di quell'altro potere cui l'attestazione autentica e l'ordine della promulgazione erano in special modo indirizzati.

« L'Autorità giudiziaria, adunque, non potrebbe dichiararsi competente a giudicare la validità delle leggi, investigando, al di là e contro la loro promulgazione, i modi onde le Camere ed il re sieno proceduti nella formazione di esse, e perchè la rispettiva autonomia ed indipendenza dei supremi poteri dello Stato vi si oppone, e perchè si spoglierebbe di ogni valore un istituto giuridico preordinato proprio nel fine che il magistrato abbia certo ed indubitato quel perno che basta all'inizio ed allo svolgimento della sua funzione.

« Ed in ciò è ben degno di nota che, quantunque l'eccesso e l'errore nella funzione di alcuno dei fattori legislativi, sono fuori dubbio un pericolo grave da evitarsi studiosamente, e che, ove in qualche contingenza siasi verificato, debba essere senza meno riparato e corretto, pure nessun pericolo saprebbe concepirsi maggiore per le libere istituzioni, quanto il sistema di sottoporre la efficacia dell'opera del legislatore alle ricerche ed agli apprezzamenti dei tribunali.

« Nè si pensi che la gravità di quel pericolo resterebbe scongiurata o diminuita, laddove, come nella specie, la competenza giudiziaria fosse limitata a sentenziare unicamente circa la corrispondenza dei voti delle due Camere sulla scorta dei soli dati offerti dagli atti parlamentari. Poichè, mentre il sitsema costituzionalmente non ne uscirebbe meno scorretto e viziato, i limiti e le distinzioni, manchevoli anche essi di qualsiasi fondamento legale, non sarebbero che l'aggiunta di arbitrio ad arbitrio ».

(1) Art. 1315 cod. civ.

(2) Art. 1317, 1ª parte cod. civ.

(3) V. anche **Contenzioso amministrativo.**

(4) In senso contrario, vedi le decisioni riportate ultimamente, le quali su questo punto non possono essere accolte senza sovvertire i principii del diritto pubblico italiano.

L'urgenza giustifica il provvedimento, ma non havvi alcuna ragione che, subito che è possibile, non si regolarizzi l'atto di urgenza emanato.

abbia forza legislativa. I limiti delle obbligazioni dei privati sono determinati dalla legge, ed i privati hanno diritto a che quando non havvi legge che li costringa ad alcunchè, o li costringa solo in certi limiti, di ritenersi perfettamente liberi oltre i limiti che dalla legge sono stabiliti. Ratifichi pure il potere legislativo l'eccesso della delega, se crede che ciò sia di interesse dello Stato, ma ciò faccia con apposita legge, non col silenzio, dal momento che il silenzio del potere legislativo non ha a termini della costituzione effetto di dar vita ad una legge.

23. Nei rapporti fra potere giudiziario e potere legislativo non può verificarsi un conflitto formale di poteri: la attività dei due poteri si svolge in un campo assolutamente diverso; l'uno fa la legge e l'altro la applica; non possono incontrarsi formalmente per contendere sulle rispettive attribuzioni. Potrebbe in quella vece verificarsi un conflitto materiale nel caso in cui l'Autorità giudiziaria eccedendo i limiti segnati dalla costituzione alla sua azione si rifiutasse, con uno o con altro pretesto, di applicare la legge quale dal potere legislativo formata. Ma l'Autorità giudiziaria che ciò facesse, più che mettersi in conflitto col potere legislativo, commetterebbe una ribellione che non con mezzi giuridici ma con mezzi politici dovrebbe essere sedata, e però un tale conflitto non interessa per la materia della quale in questa voce si fa l'esposizione.

24. Come si è veduto, il Parlamento ha anche attribuzioni giudiziarie esercitate dall'Alta Corte di giustizia. Alla voce **Alta Corte di giustizia** (1) fu dimostrato come quella assemblea sia una magistratura penale, e che però essa può giudicare della azione civile pedissequa alla azione penale, ma non può giudicare esclusivamente sull'azione civile, cioè delle materie sulle quali la giurisdizione contenziosa esercita le sue attribuzioni. Ma Camera dei deputati e Senato sono assemblee politiche, assemblee però che giudicano, più che secondo principii assoluti, secondo le opinioni che si formano nel loro seno in presenza di uno speciale momento politico; sicchè può ben darsi che in tema di responsabilità ministeriale la Camera dei deputati ponga in accusa il Ministero solo per ciò che concerne l'azione civile, o che ritenendo come sua esclusiva attribuzione l'iniziare una causa civile contro il Ministero per azioni contro lo stesso spiegate da un privato, deliberi che sia arrestato il procedimento in corso avanti la giurisdizione contenziosa, per essere deferito all'Alta Corte di giustizia, se ed in quanto essa Camera dei deputati lo creda del caso. Ciò avvenendo si sarebbe di fronte ad un conflitto di poteri che fu studiato alla voce relativa, e però si rimanda a quanto ivi è stato esposto.

25. Potere esecutivo-amministrativo e potere giudiziario hanno funzioni differenti; l'uno statuisce e gerisce, l'altro conosce e giudica. Avendo questi due poteri funzioni differenti, l'azione dell'uno deve svolgersi indipendente dall'azione dell'altro; l'Autorità giudiziaria è indipendente dal potere esecutivo, conosce e giudica anche se il potere esecutivo ha in precedenza conosciuto dello stesso oggetto; il potere esecutivo è indipendente dalla autorità giudiziaria. Attesa una tale indipendenza, nè il potere esecutivo può sindacare gli atti del potere giudiziario, nè l'Autorità giudiziaria può sindacare gli atti del potere esecutivo. Come conseguenza di tale indipendenza reciproca ognuno dei due poteri deve accettare l'atto dell'altro così come risulta per dedurne quelle conseguenze giuridiche che dall'atto stesso promanano.

26. Il potere esecutivo-amministrativo, come si è veduto, non è il solo potere dello Stato, esiste il potere legislativo, al quale appartiene creare, modificare e togliere diritti, o stabilire le condizioni in presenza delle quali i diritti sorgono, si modificano o cessano, ed il potere giudiziario al quale compete dichiararli nel caso speciale sottoposto al suo esame. Oltre a ciò le varie funzioni amministrative sono distribuite fra organi diversi, e per alcuni atti amministrativi sono determinate forme speciali. Ma tale distribuzione e tale forma alle volte sono stabilite dalla stessa legge, alle volte sono stabilite con norme generali amministrative come decreti reali, decreti e circolari ministeriali.

Fino a che l'Amministrazione pubblica, a mezzo dell'organo competente, statuisce e gerisce nei limiti assegnati alla sua zione e nelle forme volute, non vi può essere dubbio sulle attribuzioni dell'Autorità giudiziaria in ordine agli atti amministrativi. Potranno essere creati organi amministrativi, sia pure coll'ordinamento di magistrature speciali, attribuzione delle quali sia il giudicare della convenienza dell'operato di altri organi; vi potrà essere la responsabilità disciplinare del funzionario verso i suoi superiori gerarchici; ma non si potrà discorrere d'altra attribuzione della autorità giudiziaria in ordine agli atti amministrativi, che non sia quella di riconoscerli produttivi delle conseguenze giuridiche delle quali sono capaci. Come qualunque privato, che quando usa del suo diritto, ha diritto a che sia riconosciuto effetto giuridico al suo atto, sia o no conveniente l'atto stesso, così la pubblica Amministrazione ha diritto a che sia riconosciuto pieno effetto giuridico agli atti che essa ha posto in essere conformemente alla legge usando di quel potere discrezionale che dalla legge le fosse stato concesso, anche se in linea di convenienza il suo operato potesse essere esposto a censura: se in seguito ad atti di tali specie sorgono contestazioni non potrà essere che essa stessa il giudice della convenienza di mantenere o meno l'atto compiuto.

Ma, quando l'Amministrazione pubblica compie un atto il cui risultato di fatto si è la modifica o la soppressione di un diritto altrui, invadendo così il campo di azione del potere legislativo, o decide sugli altrui diritti, invadendo così il campo di azione del potere giudiziario, od un organo della amministrazione compie un atto che è nelle attribuzioni di altro organo, od infine l'atto amministrativo viene compiuto senza l'osservanza delle forme stabilite, l'Autorità giudiziaria avrà attribuzione di intervenire a richiesta di colui che si pretende leso, onde costringere con mezzi indiretti o con mezzi diretti l'amministrazione a rientrare nei limiti stabiliti alla sua azione e dai quali è uscita, o costringerla a restare nei limiti stessi se altro non vi è che una minaccia che li sia per varcare? Per questa materia, peraltro, vedasi la voce **Contenzioso amministrativo**, alla quale si rimanda anche per ciò che concerne i conflitti che possano sorgere fra Autorità giudiziaria ed Autorità amministrativa.

27. L'Autorità giudiziaria civile, che pronuncia in sede contenziosa non è la sola Autorità giudiziaria: come si è veduto vi sono anche l'autorità giudiziaria che pronuncia in sede di volontaria giurisdizione e l'Autorità giudiziaria penale.

Le relazioni dell'Autorità giudiziaria civile che pronuncia in sede contenziosa con l'autorità giudiziaria che pronuncia in sede di volontaria giurisdizione, sono, come si deduce dal principio della divisione dei poteri, che è uno dei principii

(1) N. 173.

fondamentali del diritto pubblico italiano, di mutua indipendenza: ognuno dei due poteri deve accettare l'atto dell'altro potere così come è stato emanato e derivar dall'atto stesso le conseguenze delle quali è capace. Come fu dimostrato alla voce **Camera di Consiglio** (1), i provvedimenti dati in sede di volontaria giurisdizione non pregiudicano punto quelli che dovessero essere dati in sede contenziosa; se per un atto emanato in sede di volontaria giurisdizione sorge contestazione, sol perchè vi è contestazione non si è più in sede di volontaria ma in sede di giurisdizione contenziosa, e l'Autorità giudiziaria contenziosa apprezza l'atto di volontaria giurisdizione a termini di legge, accertando anzitutto se la materia fosse o no di attribuzione della volontaria giurisdizione, negando l'esistenza giuridica dell'atto se la materia fosse tale che solo in sede contenziosa potesse essere decisa.

Un conflitto positivo fra i due poteri, se anche può sorgere, è improduttivo di effetti giuridici perchè non essendo, per la loro essenza, gli atti di volontaria giurisdizione capaci di esecuzione forzata, abbiano pure le due autorità emanato provvedimenti, il provvedimento di volontaria giurisdizione resta sempre un provvedimento ineseguibile, solo quello emanato in sede contenziosa può essere mandato in esecuzione. Ma ben può sorgere fra le due autorità un conflitto negativo ognuna rifiutandosi di dare il provvedimento richiesto; in tal caso il conflitto vien tolto con quel mezzo che è il regolamento di competenza, del quale fu detto alla voce **Conflitto di competenza**, cui si rimanda.

28. La giurisdizione contenziosa civile è separata dalla giurisdizione penale; quella decide una controversia che si agita fra le parti, questa applica la sanzione dalla legge stabilita per determinati fatti: la prima non deve ingerirsi negli atti della seconda; la seconda manca di giurisdizione per provvedere su ciò che è di attribuzione della prima. Ma dacchè la giurisdizione civile non deve ingerirsi negli atti della giurisdizione penale se ne deriva che essa non può applicare la sanzione dalla legge stabilita nè può compiere gli atti che alla applicazione delle sanzioni conducono, non ne deriva però che non possa qualificare un fatto come costitutivo o non costitutivo di reato, quando ciò sia necessario per la pronuncia su materia che entra nelle sue attribuzioni, ond'è che rettamente fu giudicato che l'Autorità giudiziaria civile è competente a determinare gli estremi necessari a qualificare un fatto se trattasi non della applicazione della pena ma del risarcimento di danno, e così anche per la indagine se l'azione civile è ammissibile anche quando è prescritta l'azione penale (2).

Applicando il principio generale relativo alla indipendenza reciproca dei pubblici poteri, corollario del principio della divisione, la giurisdizione civile e la giurisdizione penale dovrebbero poter muoversi liberamente nelle cerchia delle attribuzioni che ad ognuna di loro è dalla legge assegnata, con ampia libertà di ricerca su quanto è necessario per provvedere alle materie di loro attribuzione. Ma le materie assegnate alle attribuzioni delle due giurisdizioni presentano delle specialità. Alcune volte in tanto sussiste il diritto che si potrebbe far valere avanti la giurisdizione contenziosa in quanto sussiste un reato, altre volte in tanto sussiste un reato in quanto vi sia un rapporto giuridico la conoscenza del quale appartiene alla giurisdizione civile. Evidentemente in questi casi potrebbe avvenire che una delle due giurisdizioni pronunciasse in un modo, l'altra in modo diverso, e così trovarsi di fronte a giudicati contraddittori, a giudicati uno dei quali nega, od afferma, quanto dall'altro è affermato o negato. In questi casi non vi può essere dubbio sulla necessità di stabilire la pregiudizialità dell'uno all'altro giudizio sospendendo la decisione civile o la penale fino a che rispettivamente non sia stata data la decisione penale o civile, ed obbligando una delle due giurisdizioni ad accettare come cosa giudicata quanto dall'altra è stato deciso. Questa materia però non appartiene a questa voce, appartiene alla voce **Giudizio civile**, alla quale si rimanda. Qui è solo il caso di rilevare che quando il giudizio penale è pregiudiziale al giudizio civile, salvo gli effetti della cosa giudicata penale in ordine ai fatti nella sentenza penale ritenuta costanti, tostochè il giudice penale ha pronunciato la sua sentenza le contestazioni di natura civile che potessero sorgere appartengono esclusivamente alla competenza della giurisdizione civile; ond'è che se si tratta di decidere sulla domanda di consegna della cosa sequestrata dal magistrato penale ed in mancanza di restituzione del prezzo o di domanda del danno risentito dall'acquirente della cosa stessa, e tali domande sono avanzate dopo emanata la sentenza, è dell'attribuzione della giurisdizione civile la cognizione della stessa (3). Altre applicazione del principio saranno esposte alle voci **Azione civile nascente da reato** ed **Azione di danni**.

29. La legge, autorizzando le parti a compromettere le loro vertenze in arbitri, le ha autorizzate a stabilire un giudice contrattuale, ed una volta che havvi il contratto e che lo stesso è valido, cessa l'attribuzione dell'Autorità giudiziaria a conoscere della azione compromessa: la conoscenza di tale azione diviene attribuzione del giudice dalle parti contrattualmente instituito.

L'esposizione dei rapporti, però, fra la giurisdizione contenziosa civile e la giurisdizione arbitrale non appartiene alla voce presente, appartiene alla voce **Compromesso**, alla quale si rimanda.

Sezione II. — Competenza dell'Autorità giudiziaria in materia contenziosa civile.

Titolo I. — Generalità.

30. Altre giurisdizioni oltre quella della Autorità giudiziaria; rimando. — 31. Distribuzione della cognizione degli affari giudiziari fra le varie magistrature. — 32. Distribuzione degli affari fra più sezioni della stessa magistratura; norme relative alla competenza di ciascuna Sezione. — 33. Criteri a base dei quali sono distribuiti gli affari fra le varie magistrature. — 34. Delegazione della giurisdizione. — 35. Proroga della competenza. — 36. Concorrenza di competenza. — 37. Relatività della competenza per ogni singolo giudizio: competenza sulle questioni relative a sentenze. — 37 *bis.* Basi sulle quali la competenza è determinata; la competenza si determina a base dell'azione. — 38. Divisione delle azioni in relazione alla competenza. — 39. Tanti sono i giudizi quante sono le azioni esperite. — 39 *bis*. Elementi per decidere quale sia l'azione intentata. — 40. Effetti della citazione sulla competenza; effetti sulla competenza delle variazioni avvenute nello stato di fatto. — 41. Effetti sulla competenza della do-

(1) N. 246 e seg.

(2) App. Torino 7 giugno 1872, *Barella c. Barella* (*Gazz. G.*, 1872, 556).

(3) Cass. Roma, 14 febbraio 1883, *Montaschi c. Vichi* (*Rivista giuridica, Bol.* 1883, 87).

manda dell'attore e delle variazioni alla domanda avvenuta in corso di giudizio. — 42. Effetti sulla competenza delle deduzioni del convenuto; in ispecialità delle eccezioni dal convenuto opposte. — 43. Effetti delle questioni incidentali sulla competenza. — 44. Effetti sulla competenza delle domande od eccezioni del terzo intervenuto in causa. — 45. La presente voce è limitata alla competenza nei giudizi ordinari di cognizione.

30. Al n. 15 si è fatto cenno di una speciale competenza attribuita dalla legge ai capitani ed ufficiali di porto ed ai *probi-viri*. La legge consolare 28 gennaio 1886, n. 2804, agli articoli 65 e 66 attribuisce ai consoli ed ai tribunali consolari una giurisdizione contenziosa. Oltre a ciò si trovano devolute speciali materie concernenti diritti civili alla cognizione del Consiglio di Stato (1), della Corte dei conti (2), delle Commissioni amministrative delle imposte dirette (3), delle Commissioni censuarie (4), dei collegi dei periti doganali (5), dei comitati peritali e della Commissione centrale per la liquidazione delle tasse di fabbricazione degli spiriti (6), dei comitati forestali (7), delle Commissioni per le privative industriali (8), delle Commissioni permanenti per la fillossera (9), della Commissione agraria per il bonificamento dell'agro romano (10). Di queste giurisdizioni speciali non ci si deve occupare alla presente voce; il luogo opportuno per la trattazione di ciò che concerne le stesse è quello nel quale è trattata la materia alla quale la giurisdizione speciale si riferisce. Qui è solo il caso di rilevare che queste giurisdizioni sono eccezionali, che le leggi che le hanno create sono leggi che fanno eccezione alla regola generale che la cognizione di tutti gli affari nei quali si faccia questione di un diritto civile o politico appartiene alla autorità giudiziaria, e però le leggi stesse non sono estensibili a casi e tempi in esse non espressi. Questa voce è dedicata esclusivamente alla giurisdizione ordinaria.

31. Al n. 20 si è veduto quale sia la giurisdizione dell'autorità giudiziaria contenziosa, in quali affari cioè l'autorità giudiziaria contenziosa esercita il suo ufficio; ufficio che, astrattamente considerato, potrebbe essere adempiuto anche da un solo funzionario o da un solo collegio. L'estensione del territorio dello Stato però, la moltiplicità degli affari che devono essere trattati, la necessità di provvedere a che si verifichi il minor numero possibile di errori giudiziarii, non permettono certamente che in Italia ad un solo funzionario o ad un solo collegio venga devoluta la trattazione degli affari giudiziari; in Italia è assolutamente necessaria la moltiplicità delle magistrature giudicanti. Ed infatti la legge sull'ordinamento giudiziario creò come esercenti la giurisdizione ordinaria i conciliatori (11), i pretori, i tribunali civili, le corti di appello, le corti di cassazione (12). Ma una volta che eravi la necessità di creare molteplici ufficii giudiziari, eravi la necessità di togliere alle parti l'arbitrio di portare le cause ad una piuttosto che ad altra magistratura, e di rendere effettivo quel diritto che dall'articolo 71 dello Statuto è assicurato ai cittadini (13) designando il *giudice naturale;* di determinare di qual controversia ciascuna magistratura dovesse conoscere; era cioè necessario distribuire la cognizione delle singole controversie alle singole autorità giudiziarie dalla legge create. Oltre a ciò si presentava utile pella magistratura costituita in collegi, non costringere l'intiero collegio ad assistere al compimento di tutti gli atti del giudizio, ma per alcuni atti che non cotituiscono il giudizio, ed altro non sono che mezzi per arrivare a questo, determinare che l'atto si dovesse compiere dal presidente del collegio o dal giudice o consigliere delegato dal presidente o dal collegio istesso. La distribuzione della cognizione degli affari prende nome di designazione della competenza della singola autorità, o più brevemente, senz'altro, di competenza, la quale si presenta come la misura della giurisdizione che da ogni singola Autorità giudiziaria viene esercitata (14), e le disposizioni relative a tale materia si trovano nel codice di procedura civile.

32. Per provvedere alle necessità del servizio e per ottenere il sollecito disbrigo degli affari, non basta che gli affari sieno distribuiti fra diverse magistrature, qualche volta è anche necessario che in una stessa magistratura più persone possano occuparsi contemporaneamente degli affari portati alla conoscenza della magistratura stessa. Fino a che si tratta di magistratura e giudice unico, non havvi bisogno di speciali provvedimenti, ognuno degli appartenenti all'ufficio si occupa degli affari che dal capo dell'ufficio sono delegati alla sua cognizione. Ma, quando si tratta di collegio, siccome allora più sono le persone che devono occuparsi a conoscere lo stesso affare, il lavoro contemporaneo non può avvenire se non quando l'intiero personale venga distribuito in modo da formare distinti collegi, ognuno dei quali abbia la competenza dalla legge attribuita all'intiero corpo. Per provvedere a questo bisogno le corti d'appello ed i tribunali civili possono, per decreto reale, ove la necessità

(1) Art. 25, n[i] 1 e 2, testo unico della legge sul Consiglio di Stato, 6 giugno 1889, n. 6166, e 14 legge 27 aprile 1885, n. 3018 sull'esercizio delle ferrovie.

(2) Art. 10, ult. cap., ed 11 legge 14 agosto 1862, n. 800, sulla istituzione della Corte dei conti, art. 27 legge 14 aprile 1884, n. 1731 sulle pensioni ed art. 257 testo unico della legge sull'amm. com. e prov., 10 febbraio 1889, n. 5921.

(3) Art. 42 testo unico della legge sulla tassa di ricchezza mobile, 24 agosto 1877, n. 4021.

(4) Art. 22 legge sull'ordinamento della imposta fondiaria 1° marzo 1886, n. 3682.

(5) Art. 5 della legge 13 nov. 1887, n. 5028 che stabilisce il procedimento per la risoluzione delle controversie doganali.

(6) Art. 16 testo unico 29 agosto 1889, n. 6538 della legge sugli spiriti.

(7) Art. 5 legge forestale 20 giugno 1877, n. 3917.

(8) Art 43 legge sulle privative industriali 30 ott. 1859, n. 3731.

(9) Art. 8 testo unico della legge sulla fillossera 4 marzo 1888, n. [illegible]252.

(10) Art. 4 legge sul bonificamento dell'Agro romano 8 luglio 1883, n. 1849.

(11) Anche la giurisdizione dei conciliatori è giurisdizione ordinaria; tanto è ciò vero che il codice di procedura civile, il quale non fa parola delle giurisdizioni speciali, si occupa in quella vece dei conciliatori in quello stesso luogo nel quale si occupa dell'altra magistrature esercitanti la giurisdizione ordinaria, e che l'articolo 1 della legge sull'ordinamento giudiziario fra le varie autorità che amministrano la giustizia annovera i conciliatori. Contrariamente a questi principii la Cass. di Firenze (12 maggio 1873, *Lunardi* c. *Antoniani: Ann.* 1873, 2, 249) decideva che la giurisdizione dei conciliatori è straordinaria.

(12) Art. 1, 1ª parte r.. d. 6 dic. 1865, n. 2626, sull'ordinamento giudiziario.

(13) Art. 71 Statuto: « Nessuno può essere distolto dai suoi giudici naturali ».

(14) Per la distinzione fra giurisdizione e competenza vedi retro n. 18, *nota*.

del servizio lo richiede e lo acconsenta il numero del personale, essere divisi in più sezioni (1), ed annualmente con decreto reale, sono designati i magistrati che fanno parte di ciascuna sezione (2). Il presidente distribuisce le cause fra le varie sezioni (3), ognuna delle quali agisce da sè, come fosse una autorità giudiziaria distinta, ed ha quindi una giurisdizione (4). Oltre a ciò nel periodo delle ferie venendo a mancare metà del personale giudicante, cessa la distribuzione del personale nelle sezioni, e vengono composte le sezioni delle ferie pel disbrigo degli affari che anche durante le ferie devono essere sbrigati (5).

Una tale distribuzione però costituisce un provvedimento amministrativo e di regolarità pel migliore e più efficace andamento del servizio e non influisce punto sulla competenza, che è attribuita all'ente collettivo e non già alle singole sezioni (6). Di qui la conseguenza che fra sezioni e sezioni di uno stesso collegio non può sorgere una vera e propria questione di competenza (7). Ne viene anche che i magistrati che, compongono la sezione avanti la quale la lite fu discussa, finchè fanno parte della magistratura alla quale quella sezione appartiene, mantengano il potere di decidere la lite anche dopo che tale sezione è stata sciolta o dopo che passarono ad altra sezione della stessa Autorità, e non può essere fatta questione di competenza perchè la sentenza fu deliberata e sottoscritta dopo avvenuto lo scioglimento della sezione o la loro uscita dalla stessa (8).

Assegnata dal presidente la causa ad una sezione, la stessa deve immancabilmente essere trattata davanti la sezione

(1) Art. 44, I p. 69 cap., legge sull'ordinamento giudiziario.

(2) Art. 44 cap. I e 69 I p. legge stessa.

(3) Art. 210 regolamento generale giudiziario.

(4) Trib. Bologna, 21 aprile 1884, *Vaccari* c. *Braglia*, (*Riv. Giur.* Bol., 1884, 214).

(5) Art. 101 reg. gen. giud.

(6) Paoli *Studi di giur.it. comparata*, Firenze, 1873, cap. III, p. 40; Ricci, *Proc. civ.*, II n. 336; Cuzzeri e Gargiulo sull'articolo 357; Mariani, *Corso elem. di proc. civ. ed ord. giud.*, Pavia, 1879, pag. 103-105; Manfredini, *Le ferie giud.*, Bologna 1892, n. 27; Mattirolo, *Dir. giud.*, I, 367; Cass. Firenze, 5 febbraio 1872, *Mancini* c. *Tiribeschi* (*Ann.*, 1872, I, 7); App. Firenze 28 giugno 1875, *Lupi* c. *Finanze* (*Ann.*, 2, 1875, 282), 12 maggio 1885; *Buccianti* c. *Montier* (*Ann.*, 1885, 2, 243), confermata dalla Cassazione di Firenze 24 dic. 1885, (*Ann.* 1886, 1, 103); Cass. Roma, 11 aprile 1892, *Battinelli* c. *Soc. Nav. Gen. It.* (*Corte Suprema*, 1892, 245); Cass. Torino, 9 febbraio 1893, *Melzi* c. *Negroni* (*Giur.*, Torino, 1893, 663, App. Napoli, 23 luglio 1894, *Spina* c. *Cronesi* (*Foro It.*, 1893, 1, 12); App. Firenze, 1° marzo 1894, *Bellucci* (*Ann.*, 1894, 2, 128).

(7) Fu statuito che non può una Sezione civile di un tribunale cui fu dal presidente assegnata la tenuta di una asta rimettere le parti ad altra sezione perchè a questa sia stata in precedenza assegnata la causa. In tal caso in luogo di fare opposizione per incompetenza davanti ad altra sezione devesi prima reclamare entro tre giorni dinanzi al presidente affinchè esso rimetta le parti avanti la precedente sezione ovvero ad udienza fissa per la risoluzione dell'incidente. Ammesso il reclamo havvi il *judicium receptum* presso la sezione assegnata per la tenuta dell'asta. (Appello Venezia, 28 marzo 1877, *Canossa* c. *Palazzoli: Temi Ven.*, 1877, 524).

(8) Cass. Firenze, 5 febbraio 1872, *Mancini* c. *Tirabeschi* (*Annali*, 1872, 1, 7); App. Perugia 14 luglio 1870, *Impr. costrutt. ferr. umbra-aretina* c. *Susi* (*Id.*, 1870, 2, 243); App. Bologna 30 marzo 1869, *Orsi* c. *Brunetti*, e 16 gennaio 1872, *Bortolotti* c. *Tomba* (*Id.* 1869, 2, 416, e 1872, 2, 384); App. Firenze 8 agosto 1871, *Mancini* c. *Tirabeschi*, e 28 giugno 1875, *Lupi* c. *Finanze* (*Id.*, 1871, 2, 435, e 1875, 2, 282); App. Palermo, 5 luglio 1889, *Trigona* c. *Congr. Carità, Piazza Armerina* (*Circ. giur.*, 1890, 2); Cass. Napoli, 24 gennaio 1879, *Albertone* c. *Banco napoli* (*Ann*, 1879, 1, 303). La Cass. di Torino 11 marzo 1880, *Masserani* c. *Comune di Camagna* (*For. Ital.*, 1880, 1, 306) così considerava:

« Attesochè la tesi propugnata dai ricorrenti sostanzialmente consiste in ciò che, per ciò solo che la causa venne discussa innanzi il tribunale di Casale durante detto primo periodo di ripartizione delle ferie di quell'anno, e la sentenza invece venne proferita quando non solo quel primo periodo, ma l'intero corso di quelle ferie era terminato, fosse venuta meno nel 9 novembre 1867, cioè alla data di quella sentenza, nei giudicanti la giurisdizione ossia la potestà di sentenziare nella stessa causa, e quindi non si abbia una legale sentenza efficacemente sussistente;

« Attesochè, a dimostrare onninamente erronea la detta tesi, valgono tutte queste ragioni:

« La giurisdizione definita dagli interpreti *potestas publica judicandi causas sive civiles, sive criminales*, è una emanazione della potestà sovrana comunicata ai magistrati per amministrare la giustizia a nome del principe, ed è attribuita dalla legge genericamente, indistintamente ai Collegi giudiziari per tutte le materie di loro competenza, e dalla nomina regia ad ogni giudice che il re istituisce, senza determinazione o circoscrizione di un periodo, più che di un altro, di tempo, sia desso feriale o non feriale, sia primo o secondo turno di ferie, o sessione ordinaria, ed è poi la stessa giurisdizione quella esercitata nel tempo delle ferie, al pari di quella di tutto l'anno, non sono diversi nè di altro ordine i giudici, è lo stesso il Corpo giudicante in cui risiede, tuttochè, per la necessità di dar riposo ad una parte dei giudici, ridotto in sessione feriale o costituente la cosidetta Camera di vacazione.

« E quando pure, stante la confusione che comunemente si fa tra giurisdizione e competenza la quale propriamente consiste nella conformità della giurisdizione con le leggi che la distribuiscono fra i vari magistrati, a questa si fosse voluto accennare nel ricorso, invano si cercherebbe, e di fatti non si seppe indicare, una disposizione qualsiasi del codice di procedura civile, della legge d'ordinamento o del regolamento giudiziario, che tolga la potestà o, se più piace, la competenza per giudicare ancora dopo le ferie una causa discussa durante il periodo feriale per parte dei giudici che in quel tempo ne presero cognizione e ne furono, per la regolare discussione seguita innanzi di loro, legittimamente investiti. Tale legge non esiste, nè vi doveva essere, non essendovi ragione che giustificare potesse la creazione di una cotale incapacità giuridica alle funzioni del ministero giudiziario. Nè l'ora detto contraddice, anzi piuttosto, in linea d'analogia, trova conferma nella semplice regola di assegnazione delle cause contenuta nell'art. 213 di detto regolamento, informato al principio che in ogni causa, per quanto sia possibile, abbia a mantenersi lo stesso spirito giudicante.

« Ben lungi poi vi sia divieto di sentenziare anche fuori del periodo feriale dagli stessi giudici in una causa trattata pendenti le ferie, per lo contrario vi è obbligo generale, assoluto, indeclinabile per tutti i magistrati innanzi ai quali in modo valido e regolare fu una causa discussa e posta in piena conformità di legge in istato di decisione di definire la controversia con una loro sentenza, come è prescritto negli articoli 356, 539 cod. proc.civ., e senza poter evitare d'esserne altrimenti responsabili civilmente, come dispone il successivo art. 783, n. 2.

« Ed è veramente inconcepibile quale inconveniente possa derivarne, da che tre giudici di un tribunale, i quali hanno assistito alla discussione di una causa pendente il tempo o sul finire delle ferie, e per una circostanza qualsiasi, a cagion d'esempio, per la molteplicità o complicazione delle controversie, abbiano avuto bisogno di un intervallo di tempo maggiore, e sino al di là della durata del periodo feriale, per addivenire ad una assennata deliberazione o per compilare i motivi, mantenendo indubbiamente, come si è già dimostrato, la giurisdizione ad emettere il giudicato relativo, si radunino in camera di consiglio per ultimarlo e sottoscriverlo anche dopo le ferie, salvo poi a pubblicarlo nei modi di legge. Il pericolo addottosi in contrario senso di rendere possibile un'inde-

medesima fino a sentenza od ordinanza definitiva (1). Questa disposizione, che, per quanto regolamentare, non cessa però di essere obbligatoria pei magistrati, impedisce che una causa venga trasferita da una sezione ad un'altra (2), anche se la causa sia stata cancellata ad istanza della parte o di ufficio dal ruolo (3) venendo reinscritta, deve essere nuovamente assegnata alla sezione alla quale era stata già assegnata: il disposto dell'art. 213 reg. gen. giud. è generale ed assoluto, e non comporta distinzioni o restrizioni. E però deve essere applicato anche se è intervenuta una sentenza che non sia definitiva, sia la stessa interlocutoria e preparatoria (4), sia stata pronunciata dalla Autorità giudiziaria di primo grado o dall'Autorità di appello (5): una volta che la causa non è terminata deve essere trattata da quella sezione alla quale fu assegnata al momento in cui fu introdotta. Tanto è ciò vero che per l'art. 217 capov. 1° del regolamento generale giudiziario il procuratore a richiesta del quale ha luogo la rinnovazione della iscrizione al ruolo di spedizione dopo una sentenza interlocutoria, deve dichiarare che la causa fu già assegnata ad una sezione, disposizione che sarebbe inutile se la causa non dovesse essere portata avanti quella sezione che ha pronunciato la sentenza interlocutoria. Una difficoltà havvi pei giudizi di appello, dal momento che di regola ogni sentenza di prima istanza è appellabile, può avvenire che venga introdotto un appello da una sentenza, appello la cui cognizione venga assegnata ad una sezione che si pronuncia sullo stesso, e che successivamente venga introdotto altro appello contro una sentenza diversa. Nel proposito fu giudicato (6) che per gli effetti dell'art. 213 regolamento generale giudiziario non si possono considerare come altrettante cause i diversi appelli cui una lite può dar luogo, ma debbansi considerare come altrettanti episodi di una stessa causa, e però deciso il primo appello da una sezione, la cognizione del secondo appello deve essere portata alla stessa sezione che ha pronunciato sul primo. Ma questa decisione rimase isolata: in via generale in quella vece si ritiene che tante sono le cause quanti sono gli appelli, e che però il secondo appello, anche se il primo appello verti sulla sola inibitoria, possa esser portato avanti una sezione diversa da quella che sul primo ha pronunciato (7). E la giurisprudenza ritiene anche che non vi sia bisogno di assegnare la causa alla stessa sezione che ha pronunciato quando l'autorità giudiziaria avendo pronunciato sentenza interlocutoria, colla quale la causa venne rinviata ai primi giudici per l'ulteriore corso, sia nuovamente investita della cognizione della causa stessa per un secondo appello (8).

---

finita dilazione nel pronunziare, od una confusione dannosa nella spedizione delle cause, o nell'esercizio del ministero dei giudici, è più immaginario che reale e non inevitabile.

« E percorrendo sia il capo II, titolo VI, dell'ordinamento giudiziario, sia la sezione VIII, capo I, titolo I, del regolamento giudiziario, contenenti le disposizioni circa le ferie, è agevole lo scorgere come tutt'altro riguardino, ed abbiano carattere, se non di meri provvedimenti amministrativi e di ordine interno, e giammai possano avere virtù d'immutare le regole generali ed ordinarie della giurisdizione e competenza. Difatti siccome in ciascun anno ogni giudice non può avere più di 45 giorni di ferie, i primi presidenti e presidenti sono incaricati di compilare, nel modo richiesto dalle esigenze del servizio, le tabelle di ripartizione delle stesse ferie fra i funzionari giudicanti, e di rassegnarle alla necessaria approvazione ministeriale. Evidentemente nè le tabelle, nè l'ordinanza ministeriale d'approvazione delle medesime e nemmeno la designazione presidenziale, quando le peculiari circostanze lo esigano, di cui nell'art. 101 di detto regolamento, non possono considerarsi come attributive di una essenzialmente diversa ed esclusivamente particolare giurisdizione, limitata in ordine al tempo, in opposizione a tutti i principii generali legislativi al riguardo.

« Non vi è quindi ragione per potere ammettere la teorica patrocinata dal ricorrente, anzi se prevalesse ne ridonderebbe un incaglio certo al buon andamento del servizio, fors'anco un funesto interstizio di giustizia nello scorcio d'ogni turno o periodo di ferie e un danno gravissimo pei litiganti, e tutto ciò poi per dar vita ad un genere di nullità dal legislatore non voluto.

« E di vero è ben chiaro l'art. 56 cod. proc. civ., secondo cui non possono pronunciarsi nullità non espressamente comminate dalla legge. Ora, fra le varie nullità indicate nell'art. 361 codice proc. civ. per quanto riguarda la pronunciazione e la forma delle sentenze non vi fu annoverata quella escogitata dal ricorrente. E si potrebbe di più dire che vi fu implicitamente esclusa, dicendosi nell'art. 357, quanto ai giudicanti, ciò solo, che non possano concorrere alla deliberazione della sentenza se non quei giudici che hanno assistito alla discussione della causa, giacchè la sentenza è come la sintesi del giudizio, e vi debbono partecipare i giudici che hanno assistito la *cognitio causae*.

« Il legislatore aveva ben presente quanto poteva accadere, massime in tempo di ferie, e se avesse voluto che le sentenze relative a cause discusse pendente un turno od il periodo delle ferie si proferissero tutte e sempre, a pena di nullità, prima dello spirare delle ferie stesse, e che in caso di necessario ritardo venisse a cessare nei giudici investiti della causa ogni relativa giurisdizione e facoltà di sentenziare, l'avrebbe detto, e se non lo disse si può ragionevolmente dedurre che nol volle, perchè non poteva volere il danno della giustizia e delle parti ».

In contrario ci sono le seguenti decisioni: App. Casale, 7 dicembre 1867, *Com. di Casale* c. *Manacorda* (*Giur.*, Torino, 1867, 416) e 13 luglio 1869, *Patrucco* c. *Gassalti* (*Gazz. Giur.*, 1889, 75); App. Torino, 5 marzo 1869, *Calimar* c. *Torre* (*Giur.*, Torino, 1869, 479).

(1) Art. 213 reg. gen. giud.

(2) Contra Cass. Torino, 9 febbraio 1893, *Melzi* c. *Negroni* (*Giur.*, Torino, 1893, 663).

(3) Contra App. Trani, 20 ottobre 1893, *Banco di Napoli* c. *Lioy*, (*Giur it.*, 1894, 2, 111).

(4) Cass. Firenze, 10 aprile 1890, *Padovani* c. *Belloni* (*Temi Ven.*. 1890, 295).

(5) App. Venezia, 20 dic. 1883, *Simonetti* c. *Storchi* (*Temi Ven.*, 1884, 6).

(6) App. Bologna, 1° luglio 1887, *Lagnatti* c. *Baronetti*, (*R. Giur.*, Bologna, 1887, 269).

(7) App. Napoli, 22 dic. 1869, *Grasso* c. *Messina* (*Gazz. G.*, 1870, 1, 53); Cass. Roma, 5 luglio 1877, *Menghini* c. *Lovatelli* (*Legge*, 1877, 1, 801); Cass. Firenze, 30 marzo 1880, *Monti* c. *Lanetti* (*Temi Ven.*, 1880, 283); App. Torino, 16 aprile 1883, *Guttmann* c. *Robiolio* (*Giur.*, Torino, 1883, 591).

(8) L'App. di Venezia, 24 gennaio 1884, *Simonetti* c. *Storchi* (*Tem. Ven.*, 1884, 1, 58), così considerava:

« Ritenuto che la causa, con decreto presidenziale 25 agosto, fu assegnata alla sezione terza.

« Che, con ordinanza di detta sezione del 20 dicembre, fu rinviata all'udienza odierna della sezione prima sulla istanza del procuratore dell'appellato, il quale espose che la causa era stata anteriormente assegnata a questa sezione, la quale vi aveva già pronunciata una sentenza preparatoria.

« Considerando che, a termini dell'art. 213 del regolamento generale giudiziario, le cause devono essere trattate avanti la sezione alla quale furono assegnate, fino a che siano definite.

« Che, pertanto, qualora avvenga che una causa assegnata ad una sezione debba essere riassunta e nuovamente iscritta a ruolo, e, in difetto dell'avvertenza che il procuratore è tenuto a farne, giusta l'ultimo capoverso dell'art. 214 del regolamento, sia inconsapevolmente ascritta ad altra sezione, non solo ad istanza delle parti, ma altresì d'ufficio, e nonostante l'acquiescenza delle

E tali principi ammessi dalla giurisprudenza sono da accogliersi. Se la distribuzione delle cause fra le varie sezioni ha per iscopo il migliore andamento del servizio, le ragioni per decidere se una causa deve essere assegnata ad una piuttosto che ad altra sezione devono essere valutate per ogni singola causa che viene introdotta. Ogni nuovo appello che viene prodotto è un nuovo affare che è portato alla cognizione dell'Autorità giudiziaria, devono dunque relativamente allo stesso essere valutate le ragioni che influiscono ad assegnarlo ad una piuttosto che ad altra sezione.

Per quanto assoluto sia il disposto dell'art. 213 reg. gen. giudiz., non osta l'articolo stesso acchè la causa muti la sezione assegnata, quando la sezione stessa per una disposizione generale di servizio interno cessi di aver attribuita la cognizione di quel determinato genere di cause alle quali la causa già assegnata appartiene. E però, se la sezione alla quale la causa era stata assegnata cessa di essere sezione promiscua e diviene sezione penale, la causa dovrà cangiare di sezione ed essere assegnata ad una di quelle sezioni alle quali le cause civili sono devolute. Medesimamente si avvererebbe nel caso in cui la distribuzione degli affari fra le varie sezioni fosse cangiata in modo, per esempio, da assegnare ad una od all'altra sezione le cause a seconda del rito formale o sommario col quale vengono trattate. Se poi la distribuzione delle cause fra le varie sezioni fosse già in tal modo disposta per una causa introdotta a rito sommario, e però assegnata alla competente sezione, il rito venisse variato, dovrebbe avvenire anche il cangiamento della sezione che della causa deve conoscere. Dal momento che la disposizione dell'articolo 213 regolamento generale giudiziario è una disposizione regolamentare, che non ha altro intento che il miglior andamento del servizio, l'inosservanza di quel disposto di legge non produce nullità (1), non nel senso che sia permesso al giudice violarlo impunemente, ma nel senso che, se dalle parti non viene chiesto il rinvio della causa alla sezione prima designata, la sentenza è pienamente valida, quantunque pronunziata da una sezione diversa da quella che pronunciare doveva, anche se dalle parti fosse stato fatto ricorso al presidente per la regolarizzazione della assegnazione, ed il presidente non avesse creduto di dar corso alle istanze fatte in proposito (2). Ma, se l'istanza fu fatta all'udienza e l'autorità non abbia pronunciato sulla stessa, o, pronunciando, abbia violato l'art. 213 del regolamento, la sentenza può essere denunciata in appello, e, se di appello, in cassazione, dal momento che quella disposizione, sebbene regolamentare, non ha però, per questo, carattere di norma meno obbligatoria di quello che ha qualunque altra norma giuridica.

33. Le disposizioni del codice di procedura civile relative alla competenza di ogni singola Autorità non hanno per base unica il concetto dal quale le disposizioni stesse possono derivarsi come conseguenze da una premessa; nel dettare le disposizioni stesse il legislatore ebbe in considerazione una serie di criteri e precisamente:

1° l'importanza giuridica ed economica della causa;

2° la maggiore o minore celerità di procedura che ogni singola controversia esige;

3° la maggiore o minore facilità di procedere agli accertamenti di fatto necessari per le risoluzioni delle controversie;

4° l'impedire l'eccessivo agglomeramento degli affari in alcuni uffici e la mancanza in altri;

5° il fare, compatibilmente colle esigenze di una retta amministrazione della giustizia, più facile, e meno dispendioso che sia possibile, l'accesso al giudice;

---

parti, la causa deve essere rinviata alla sezione cui fu originariamente delegata.

« Che la stessa norma deve seguirsi eziandio quando, proferita una sentenza preparatoria od interlocutoria, la causa sia dalla Corte ritenuta, imperocchè in tal caso la prima pronuncia non esaurisce la causa.

« Che in questo senso ebbe già a giudicare la Corte colla sentenza 23 maggio e 1° giugno 1883 in causa *Sgarzi* c. *Naschauer*, nella quale rilevò d'ufficio la incorsa irregolarità.

« Che altrettanto non può dirsi nel caso in cui la Corte confermi una sentenza interlocutoria, o riformandola non decida il merito e rinvii al tribunale la causa, e poscia, in seguito ad altra sentenza dei primi giudici, la lite sia riportata in appello; poichè in tale ipotesi, rispetto alle norme rituali, e quindi anche rispetto alla disposizione contenuta nell'articolo 213 del regolamento, questa seconda è per la Corte una causa nuova.

« Che, ove, instando per la iscrizione a ruolo di questa seconda causa, il procuratore avverta che già la Corte, con sentenza interlocutoria, ebbe a delibare la controversia o a deciderla in parte, potrà questa essere norma opportuna pel presidente onde ascriverla, qualora non vi ostino le esigenze della distribuzione del servizio, alla stessa sezione; ma una volta seguita l'assegnazione della causa ad una sezione, cotesta considerazione non è motivo legittimo per dislocarla.

« Che in quest'ultimo caso si versa appunto nella specie, poichè l'assegnazione alla prima sezione, cui alluse il procuratore dell'appellante avanti la sezione terza, avvenne sulla citazione 26 aprile 1882, colla quale erasi interposto appello dalla sentenza interlocutoria del tribunale di Verona del 28 marzo 1882, causa che fu esaurita colla sentenza della Corte del 22 maggio 1882, confermante quella dei primi giudici; e la causa presente, iniziata con citazione del 13 aprile 1883, verte sull'appello interposto contro la sentenza definitiva del tribunale del 30 maggio 1883.

« Che intanto la sezione terza proferì l'ordinanza del 20 dicembre, in quanto le fu esposto, come risulta dal verbale di udienza, che la precedente sentenza di questa sezione era *preparatoria*, e che l'assegnazione alla sezione terza era avvenuta in occasione della *riassunzione* della causa, lo che implicava il concetto che si trattasse sempre di una stessa causa, sempre pendente e radicata avanti la sezione prima.

« Che, pertanto, essendo stata l'odierna causa regolarmente assegnata alla sezione terza, avanti ad essa deve essere discussa ».

Vedi la nota del Bolaffio a tale decisione, che, pur consentendo nella stessa, solleva qualche dubbio a base dell'art. 217, capov. 1°, reg. gen. giud.

(1) App. Firenze, 12 maggio 1885, *Buccianti* c. *Mantica* (*Ann.*, 1885, 243); Cass. Firenze, 24 dicembre 1885, *stessi* (*Ann.*, 1886, 1, 103 e 10 aprile 1890, *Padova* c. *Bellini* (*Temi Ven.*, 1890, 295); App. Milano, 28 dicembre 1889, *Ghislanzoni* c. *Brise* (*Monitore Trib.*, 1890, 235); App. Venezia, 3 dicembre 1889, *Minurello* c. *Pedrotti* (*Temi Ven.*, 1890, 70); App. Trani, 21 gennaio 1893, *Maccherone* c. *Pasculli* (*Pisanelli*, 1893, 12); App. Firenze, 1° marzo 1894, *Bellucci* (*Ann.* 1894, 2, 128); App. Trani, 15 gennaio 1894, *Com. di Gallipoli* c. *Min. Marina.* (*Riv di giur.*, Trani, 1894, 73); App. Messina, 6 agosto 1894, *Papardo* c. *Vico* (*Rif. giur.*, 1894, 16); Cass. Palermo, causa stessa (*Foro Cal.*, 1895, 158); App. Milano, 18 giugno 1895, *Ripamonti* c. *Pollaroli* (*Mon. Trib.*, 1895, 586).

(2) App. Milano, 10 giugno 1895, *Ripamonti* c. *Pollaroli* (*Mon. Trib.*, 1895, 586).

6° il fare, compatibilmente colle esigenze di una retta amministrazione della giustizia, più facile, meno dispendiosa e meno incomoda che è possibile la difesa;

7° il rendere necessari meno giudizi che è possibile, o, per esprimersi in termine tecnico, l'economia dei giudizii.

Come si vede, i criteri, che il legislatore valuta per determinare la competenza di ogni singola Autorità giudiziaria, sono criteri che in parte hanno per base considerazioni di pubblico interesse, in parte considerazioni di interesse privato. E tali criteri non determinano il legislatore a dare le sue disposizioni in seguito ad una valutazione separata di ognuno degli stessi, ma in seguito ad una valutazione complessiva, con prevalenza di uno o più sugli altri, a seconda che è consigliato nel caso speciale pel quale la competenza è determinata. E dal momento che la valutazione di tutte le circostanze che possono influire nella determinazione della competenza è fatta dal legislatore, nel determinare la competenza in ogni singolo caso pratico che si presenta all'esame dell'autorità giudiziaria non possono valere considerazioni di fatto, ma solo a considerazioni di diritto deve ispirarsi il giudice (1).

34. I criteri ai quali il legislatore si è ispirato onde determinare la competenza di ogni singola autorità giudiziaria sono, come si disse, criterii che hanno in considerazione tanto l'interesse pubblico che il privato, interessi che il legislatore valuta per attribuire alla parte il diritto a che il giudizio sia pronunciato da quel determinato giudice. Senza distruggere un tale diritto non poteva il legislatore autorizzare il magistrato investito di giurisdizione a delegare, o demandare la giurisdizione propria ad altro giudice, sia pure di grado eguale al suo; doveva obbligare il giudice designato a pronunciarsi, salvo in casi speciali, quando ciò si mostrasse conveniente, autorizzare il giudice alla delega della propria giurisdizione ad altro magistrato. Di qui il principio dell'art. 68 codice procedura civile: « Nessuna autorità giudiziaria può delegare ad altri la propria giurisdizione, salvo i casi stabiliti dalla legge. » (2).

I casi nei quali la legge autorizza la delega della giurisdizione sono i seguenti:

1° Il caso previsto dall'art. 156 codice procedura civile. Per questo disposto di legge il presidente può delegare ad uno dei giudici la facoltà a lui attribuita nella materia degli incidenti;

2° Il caso previsto dall'art. 208 codice di procedura civile. Per questo disposto di legge quando la prova non può essere eseguita alla udienza è delegato il giudice a procedervi; se il luogo in cui si eseguirà è distante da quello in cui ha sede l'autorità giudiziaria avanti la quale la causa pende, si può delegare il pretore; se la prova si deve eseguire nella giurisdizione di altra autorità giudiziaria, si può richiedere questa a delegare uno dei suoi giudici, o commettere direttamente il pretore del mandamento in cui la prova deve farsi: se la prova deve eseguirsi fuori del regno, la richiesta deve farsi nelle forme stabilite dal diritto internazionale;

3° Il caso previsto dall'art. 271 codice procedura civile. Per questo disposto di legge quando l'autorità giudiziaria crede necessaria l'ispezione del luogo o della cosa controversa può ordinare l'accesso per mezzo di uno dei giudici;

4° Il caso previsto dall'art. 254, 2° capov., codice procedura civile. Per questo disposto di legge l'ordinanza o la sentenza che ordina la verificazione della scrittura, delega un giudice per procedere alla relativa istruzione;

5° Il caso dell'art. 301, 3° capov., codice procedura civile. Per questo disposto di legge nel caso di querela di falso, il presidente delega un giudice per procedere alla istruzione;

6° Il caso dell'art. 312, codice procedura civile. Per questo disposto di legge il presidente delega un giudice perchè avanti di questo avvenga la discussione sul conto presentato da colui che rese il conto stesso;

7° Il caso dell'art. 331, codice procedura civile. Per questo disposto di legge quando il domicilio, la residenza o la dimora dalla parte o del fidejussore sia distinto dal luogo del giudizio l'autorità giudiziaria pel ricevimento della cauzione può delegare altra autorità giudiziaria;

8° Il caso dell'art. 371, codice procedura civile. Per questo disposto di legge la tassazione delle spese di lite alle quali una delle parti sia stata condannata, può essere delegata ad un giudice;

9° Il caso dell'art. 434, codice procedura civile. Da questo disposto di legge si argomenta in modo indubbio che un pretore può richiedere altro pretore per atti di istruzione della causa.

In tutti i casi nei quali la delega è autorizzata si osserva che, non è punto autorizzata la delega della pronuncia del giudizio, ma soltanto o semplici constatazioni di fatto, o, come si verifica nel caso dell'art. 323 codice procedura civile, il prendere atto dell'accordo delle parti ed emettere una statuizione in conformità all'accordo stesso; se come si verifica nel caso dell'articolo 375, è autorizzata la delega per la pronuncia in un giudizio, colla delega stessa non è tolto alle parti il diritto di avere la pronuncia della autorità giudiziaria dalla quale la delega è stata fatta, perchè la liquidazione del giudice delegato è impugnabile avanti il collegio del quale il giudice fa parte (3), e al quale era dalla legge attribuita la competenza a pronunciare sulle spese. Ond'è che si può affermare come principio generale, che il principio affermato come regola dall'art. 65 codice procedura civile non soffre eccezioni per quanto concerne la pronuncia del giudizio, soffre solo eccezione o per constatazione di fatto, o per constatazione dell'accordo delle parti, o per pronuncie che non sono definitive se non quando non siano impugnate.

Dal momento che le leggi le quali autorizzano la delega della giurisdizione sono leggi che fanno eccezione alla regola generale che la delega non può aver luogo, ne viene che le leggi stesse non sono estensibili oltre i casi e tempi in esse espresse. Da questo principio ne deriva come corollario che, dal momento che la legge non autorizza il delegato a delegare la funzione per la quale la delega ebbe luogo, il delegato non può delegare ad altri l'esercizio della funzione stessa (4).

(1) Cass. Napoli, 16 maggio 1871, *Fondo culto* c. *varii monaci* (*Legge*, 1871, 1, 547 *bis*).

(2) Confr. Cass. Torino, 19 gennaio 1870, *Sticca* c. *Oggero* (*Giur. it.*, XXII, 1, 55).

(3) Art. 377 cod. proc. civ.

(4) *Mandatam sibi jurisditionem. mandari alteri non posse manifestum est, L. 5 D. de off. eius cui mand.*, 1, 21.

Fu ritenuto che l'art. 68 cod. proc. civ. contempla tanto la giurisdizione propria che la giurisdizione delegata, ed il pretore delegato a ricevere una prova testimoniale non può delegare altro

35. Vane sarebbero le disposizioni della legge relative alla competenza, se fosse permesso all'attore di adire una Autorità diversa da quella dalla legge designata, se fosse permesso al convenuto di chiedere che ad autorità diversa da quella avanti la quale fu citato e che a norma di legge è competente, venga commessa la cognizione delle controversie; è una conseguenza necessaria delle leggi relative alla competenza, l'obbligatorietà da parte dell'attore di citare il convenuto avanti quella autorità che la legge designa, da parte del convenuto di discutere la controversia là dove fu dall'attore citato conformemente alla legge; la competenza non può essere prorogata tranne i casi determinati dalla legge (1). E se la competenza non può essere prorogata tranne i casi determinati dalla legge, fuori dai casi stessi le parti non possono concordarsi nella questione di incompetenza (2).

Le eccezioni stabilite dalla legge al divieto della proroga della competenza sono relative a singole specie di competenze: e però la loro esposizione troverà collocazione conveniente quando verrà discorso delle singole specie di competenze; qui è solo il caso di fare un rilievo e di esporre la teorica generale relativa alla proroga. Il rilievo si è che alla improrogabilità e prorogabilità della competenza fa capo la distinzione della incompetenza in *assoluta* e *relativa* (3); quella, che si verifica nei casi in cui il legislatore nel determinare la competenza fu guidato in prevalenza dai criterii di interesse pubblico, questa, che si verifica nei casi in cui il legislatore nel determinare la competenza fu guidato in prevalenza dai criteri d'interesse privato.

Perchè la proroga della competenza possa avvenire è anzitutto necessario che al magistrato spetti quella specie di giurisdizione che dalle parti si intende prorogare. Una volta che tale specie di giurisdizione appartiene al magistrato, la proroga della competenza può avvenire per disposizione di legge o per consenso delle parti, senza uopo che vi sia anche il consenso del magistrato (4). Per disposizione di legge avviene nella azione di garantia, nella compensazione e nella riconvenzione (5), e di questi casi ci si occuperà a luogo opportuno. Si disse che può anche avvenire per consenso delle parti; questo consenso può risultare da atto stragiudiziale (6) o da atto giudiziale. L'atto stragiudiziale può consistere in una obbligazione intervenuta fra le parti di adire per le contestazioni che fra loro fossero per nascere una determinata autorità giudiziaria, diversa da quella che per principio generale sarebbe la competente; può consistere nel divenire ad una stipulazione alla quale la legge dà effetto di prorogare la competenza (7). La capacità di divenire all'atto stragiudiziale di proroga della competenza deve esser determinata in base alla capacità necessaria all'atto giuridico del quale il patto è un accessorio, se l'atto stesso è un contratto, in tutti gli altri casi non essendo quel patto un atto diretto alla conservazione della cosa od a ritrarre dalla cosa l'utilità di cui questa è capace, e però essendo un atto eccedente i limiti della semplice amministrazione, la capacità necessaria sarà quella che si deve avere per gli atti eccedenti l'amministrazione semplice. All'atto stragiudiziale di proroga sono applicabili le norme tutte relative alle obbligazioni, e siccome le obbligazioni valgono non solo in confronto dell'obbligato, ma anche in confronto dei suoi eredi od aventi causa, così anche in confronto di questi la competenza sarà prorogata. Ond'è che pel cessionario sarà prorogata la competenza se dal cedente tal proroga sarà consentita (8).

L'atto giudiziale mercè il quale la proroga della competenza si effettua è la comparizione avanti il magistrato incompetente dichiarando che si acconsente alla proroga, o compiendo quegli atti al compimento dei quali la legge dà la forza di presunzione del consenso acchè la competenza sia prorogata. E siccome l'atto giudiziale è valido se compiuto a mezzo di un atto che non sia nullo nella forma pro-

pretore per l'audizione di un testimonio che non risiede più nel territorio da esso dipendente (App. Palermo 24 nov. 1884, *Salomone* c. *Salomone*: *Circ. giur.*, 1885, 74).

(1) Art. 69 cod. proc. civ. A vero dire questo articolo non dice che non può essere prorogata la *competenza*, dice che non può essere prorogata la giurisdizione, ma evidentemente non si allude alla prima ma alla seconda, dal momento che la giurisdizione non potendo prorogarsi a colui che non ne ha (L. 3 *Cod. de iudiciis*, 3, 1; L. 81 *D. de iudiciis*, 5, 1) non può avverarsi che la proroga della competenza, Se la legge parla di *giurisdizione* invece di *competenza* ciò è effetto di quell'uso promiscuo di due cose che dalla legge viene fatto e che al n. 18, nota, si è deplorato.

(2) Per regola generale nessuno può essere distratto dai suoi giudici naturali; l'eccezione fatta in determinati casi dalla legge a tal regola deve essere ristretta e limitata nei casi tassativamente in essa indicati: Trib. Vercelli 11 luglio 1867, *Furino* c. *Pretore d'Arboro* (*Giur.*, Torino, 1867, 491).

La giurisdizione non può essere prorogata per consenso delle parti: App. Genova, 8 giugno 1866, *Marenco* c. *Bogliolo* (*Gazz. G.*, 1866, 758); App. Milano, 17 nov. 1868, *Caradonna* c. *Maltese* (*Monit. Trib.*, 1868, 1101); Cass. Torino, 13 sett. 1873, *Meneghetti* c. *Tirindelli*, (*Ann.* 1874, 1, 20); Cass. Torino, 21 dicembre 1867, *Ghisolfi* c. *Torriani* (*Legge*, 1867, 1, 352); App. Genova, 21 dic. 1867, *Min. ll. pp.* c. *Carasale* (*Giur. It.*, 1867, 2, 787). V. però in contrario: App. Potenza, 29 maggio 1869, *Palestina* c. *Scafarelli* (*Gazz. G.*, 1869, 1, 620).

(3) Si considera incompetenza assoluta quella prevista dalla 1ª parte dell'art. 187 cod. proc. civ.. in quanto risulti indubbiamente dal titolo dell'azione o per la natura o per il valore dell'oggetto della causa. Si considera invece relativa l'incompetenza in quanto a determinarla occorra l'eccezione specifica delle parti convenute. App. Milano, 17 luglio 1879, *Volpato* c. *Lampugnani* (*Ann.* 1879, 308).

(4) Questo principio risulta da che per l'art. 187 capov., cod. civ. è vietato al magistrato di pronunciare di ufficio la propria incompetenza quando si tratta di competenza prorogabile.

(5) Confr. art. 100 cod. proc. civ.

(6) Cfr. Pisanelli nella *Rel. min. sul progetto di cod. di proc. civ.* (codice Gianzana di proc. civ., IV, pag. 37, n. 82); Borsari e Cuzzeri sugli articoli 40 e 95; Mattirolo, 3ª ediz. I, 739.

(7) Questa stipulazione consiste nella elezione di domicilio; siccome però la stessa è speciale alla competenza per territorio, e in questo luogo non ci se ne può occupare, ci si occuperà invece quando verrà discorso della competenza territoriale. Qui è solo il caso di rilevare che l'elezione di domicilio è uno degli atti coi quali si può prorogare la competenza, ma non è il solo, potendo bensì le parti stipulare che un magistrato determinato debba decidere della controversia, senza che fra queste vi sia elezione di domicilio. Ond'è che al patto non può darsi il nome di elezione di domicilio come ritiene il Mattirolo (I, 849). Che ciò sia esatto risulta dacchè la elezione di domicilio non solo proroga la competenza territoriale, ma può anche produrre altri effetti (confr. art. 40 e 140 cod. proc. civ.): la proroga della competenza è un effetto dell'elezione di domicilio, ma non essendo il solo, i concetti connotati dai due nomi non sono coestensivi e però il fatto di proroga della giurisdizione ed il fatto di elezione di domicilio devono essere tenuti distinti.

(8) Vedi, in senso contrario, App. Casale 15 luglio 1882, *Muscas* c. *Negro* (*Giur. Cas.*, 1882, 253).

cedurale, da chi è capace di stare in giudizio, così la proroga giudiziale è valida tostochè è fatta mercè un atto non proceduralmente nullo da chi ha la capacità di comparire in giudizio. Non havvi bisogno di occuparsi in modo speciale del consenso alla proroga della competenza risultante da espressa dichiarazione; vi è bisogno in quella vece di occuparsi in modo speciale del consenso presunto alla proroga (1).

E la legge presume che vi sia tale consenso tutte le volte che il convenuto accetta il giudizio avanti il magistrato incompetentemente adito, accettazione che avviene col fatto di non aver proposto l'eccezione di incompetenza prima di ogni altra istanza a difesa tostochè l'attore abbia colle sue conclusioni reso possibile che l'eccezione sia sollevata (2), anche se fu fatta riserva di sollevare in seguito la eccezione di incompetenza (3). Per determinare quale istanza o difesa sia stata proposta per la prima, si deve aver riguardo non all'ordine materiale seguito nelle deduzioni, ma bensì a quello osservato nel prendere le conclusioni (4), giacchè, se anche nella motivazione della eccezione di incompetenza si discorre dopo aver discorso del merito, ma nelle conclusioni la eccezione stessa precede quella sul merito, la proroga non può considerarsi come avvenuta (5).

Se la competenza è prorogata quando la eccezione di incompetenza non sia proposta prima di ogni altra istanza o difesa ne viene che havvi la proroga:

1° nel caso in cui fra la parte attrice ed altri convenuti sia intervenuto accordo per porre fuori causa altro convenuto, ed i convenuti rimasti in causa domandino un rinvio ad udienza fissa per chiedere la rimessione della causa a rito formale (6); non però se si sieno limitati a dare semplicemente il consenso al cangiamento di rito od alla riunione della causa ad altra causa (7);

2° nel caso in cui il chiamato in garantia si difenda nel merito (8);

3° nel caso venga eccepita la nullità della citazione (9) o la perenzione (10);

4° nel caso vi sia stata difesa in merito, tanto più se è intervenuta sentenza interlocutoria (11);

5° nel caso in cui il convenuto col suo contegno nel giudizio in prima istanza abbia abilitato il giudice a statuire sul merito della causa (12);

6° nel caso in cui si chiede che prima ed avanti ogni cosa sia ammesso un giuramento decisorio (13);

7° nel caso in cui nel giudizio di prima istanza si abbia accettato il giudice adito (14);

8° nel caso in cui si proponga l'eccezione di incompetenza in via subordinata (15);

9° nel caso in cui, proposta l'eccezione nella comparsa di risposta al merito, le ragioni di merito precedano la eccezione di competenza (16);

10° nel caso in cui si propone l'eccezione di incompetenza assoluta non unitamente a quella relativa (17);

11° nel caso in cui l'eccezione non è dedotta in forza di conclusione specifica anche se accennata nella parte motivata (18);

12° nel caso venisse proposta una domanda riconvenzionale (19).

In quella vece, non si ha per prorogata:

1° se il convenuto si è limitato ad elevare la sola eccezione di incompetenza (20); o se questa fu proposta insieme

(1) La legge, accordando alle parti di prorogare la giurisdizione territoriale sia mediante elezione di domicilio, sia col silenzio del convenuto, non ha voluto ordinare due modi tassativi di proroga, ma volle indicare essere necessario emerga il consenso delle parti ad essere giudicate da un magistrato diverso da quello del loro domicilio reale. Conseguentemente valido deve ritenersi il patto stipulato in un contratto di assicurazione pel quale l'assicurato si obblighi ad essere convenuto a placito della Società di assicurazione o dinanzi all'Autorità giudiziaria del domicilio della società, o di quello dell'agente incaricato per la riscossione del premio. Cass. Torino, 14 ottobre 1881, *Soc. R. it. di ass. mutua c. Scotti* (*Foro it.* 1882, 1, 330); App. Milano 7 giugno 1887, *Ravidà* c. *Soc. ass. L'Agraria* (*Mon. Trib.* 1887, 568); App. Genova, 6 maggio 1890, *Guidi c. Comp. La Metropol.* (*Mon. Trib.*, 1890, 676). Confr. anche Cass. Palermo 7 dic. 1889, *Bornan* c. *Brugone* (*Circ. giur.*, 1890, 206).

In contrario fu ritenuto che il convenuto può non opporre alla citazione avversaria la incompetenza territoriale, ma non possono le parti preventivamente convenire per un fòro diverso da quello di legge, fosse pur facoltativo, come il luogo della esecuzione del contratto. È quindi inefficace il patto contenuto in una polizza di carico che assegna la azione per indennità al fòro del luogo in cui è inscritto il bastimento: App. Venezia 24 novembre 1885, *Soc. Rubattino Florio c. Ditta Millin* (*Foro it.*, 1885, 1, 1087).

(2) Art. 187, capov. cod. proc. civ. L'eccezione di incompetenza per territorio può sollevarsi anche dopo le prime conclusioni di merito se l'attore lungo il corso del giudizio variando le conclusioni della citazione solo allora la abbia resa possibile: App. Torino 26 aprile 1873, *Pozzi* c. *Cerutti* (*Giur. it.* 1873, 2, 312).

(3) App. Venezia 6 dic. 1877, *Zilli* c. *Ivancich* (*Monit. Giudiz.*, Venezia, 1878, 6).

(4) App. Brescia 28 gennaio 1874, *Botturi* c. *Bontempi* (*Monit. Trib.*, 1874, 502).

(5) App. Catanzaro 15 sett. 1879, *Biamonti* c. *Erba* (*Giur. comm. it.*, 1879, 11, 50).

(6) App. Venezia 18 dic. 1873, *Vescovo di Padova* c. *Finanze* (*Monit. GiuZ.*, Venezia, 1874, 106).

(7) App. Milano, 5 febbraio 1889, *Soc. de tract. de quinquennes* c. *Banca Torino* (*Mon. Trib.*, 1889, 222).

(8) Cass. Napoli 23 marzo 1867, *Soc. Peirano* c. *Rossi* (*Gazz. Proc.* II, 148).

(9) App. Torino 22 genn. 1866, *Greborio* c. *Cillario* (*Giur.*. Torino, 1866, 140).

(10) Cass. Palermo, 14 nov. 1884, *Inglese* c. *Lo Bue* (*Giur. Cat.*, 1890, 20).

(11) App. Napoli 2 marzo 1873, *Finanze* c. *Battista* (*Ann.*, 1873, 2, 302).

(12) App. Genova 2 sett. 1873, *Salvastorno* c. *Repetti* (*Ann.*, 1873, 2, 377).

(13) App. Genova 10 maggio 1866, *Mancini* c. *Sbarbaro* (*Gazz. gen.*, 1866, 689).

(14) App. Milano 18 luglio 1867, *Finanze* c. *Russo* (*Gazz. gen.* 1867, 228); App. Roma 28 genn. 1887, *Speciale* c. *Arcivescovo di S. Lucia* (*Temi Rom.* 1887, 382, App. Venezia 1887; *Chiaramonti* c. *Chiaramonti* (*Temi Ven.*, 1887, 192); App. Catania, 23 aprile 1894, *De Ajello* c. *Spadaro* (*Giur. Cat.* 1894, 83).

(15) App. Milano 27 marzo 1876, *Pavesi* c. *Gerli* (*Monit. Trib.*, 1876, 446).

(16) Cass. Firenze 24 aprile 1876, *Corridi* c. *Cavalieri* (*Giur it.*, XXVIII, 1, 607).

(17) App. Modena 13 maggio 1885, *Savorelli* c. *Finanze* (*Foro it.* 1888, 1, 689).

(18) App. Modena 19 settembre 1876, *P. M.* c. *Ec. ben. vac.* (*Giur. it.*, 1876, 1, 2, 848).

(19) App. Ancona 21 febb. 1874, *Riccardi* c. *Albertini* (*Giur. it.*, 1874, 1, 2, 109).

(20) App. Roma 2 febbraio 1883, *Zacchero* c. *Istituto Pacifici* (*Temi Rom.*, 1883, 63).

ad altra domanda, da valere quest'ultima pel caso in cui l'eccezione di incompetenza fosse respinta (1);

2° perchè il convenuto nella prima comparsa non eccepì la incompetenza (2);

3° perchè il convenuto citato avanti il presidente per ammissione di una prova dichiarò di non opporsi previa riserva di tutte le eccezioni (3);

4° per la domanda di un termine per deliberare (4) o del rinvio della causa (5); o di comunicazione di documenti (6);

5° perchè si concluse per la reiezione dell'avversaria domanda, a meno che il magistrato non si dichiari incompetente (7);

6° perchè il convenuto si è lasciato nel giudizio di prima istanza condannare in contumacia (8), se la si propone nell'atto di appello, anche se subordinatamente si conclude nel merito (9);

7° perchè il convenuto nel giudizio di prima istanza si è limitato a chiedere uno o più differimenti della causa senza mai prendere alcuna deliberazione in merito (10);

8° perchè il convenuto dedusse contemporaneamente più eccezioni di incompetenza (11);

9° perchè non ha sollevato apposito incidente (12);

10° perchè il convenuto nell'intendimento che la pronuncia facesse stato contro altri convenuti rinnovò la citazione a quei convenuti non comparsi che non erano stati citati in persona propria (13);

11° perchè di più mezzi di incompetenza se ne fecero valere solo alcuni (14);

12° perchè in via subordinata fu fatta una difesa in merito (15);

13° perchè, essendo già in causa prima che la incompetenza sorgesse, il convenuto vi rimase e dopo non fece più atti nè prese alcuna conclusione in merito (16);

14° perchè si concordò preliminarmente la messa fuori di causa di alcuni convenuti da questi richiesta e dall'attore acconsentita quando subito dopo fu proposta la declinatoria del fôro (17).

Non qualunque atto che sia dal convenuto compiuto senza sollevare la eccezione di incompetenza basta a far sì che si debba ritenere la competenza per prorogata, ma è necessario che il convenuto ponga in essere l'atto in confronto dell'attore. Ond'è che, se il convenuto citato insieme ad una persona incapace da lui rappresentata, stante la contrarietà di interessi fra lui e questa persona, si rivolge al capo della Autorità giudiziaria adita onde far nominare all'incapace un curatore speciale, quest'atto non vale a far ritenere come prorogata la competenza, dal momento che, dovendo esservi, anche per discutere sulla competenza, la legale rappresentanza delle persone che intervengono in giudizio, l'atto col quale si provvede acchè tale rappresentanza ci sia, non può far presumere che si sia rinunziato al diritto di esser citato avanti al giudice competente (18).

La presunzione di consenso alla proroga della competenza risultante dal fatto di non aver sollevato la eccezione di incompetenza è una presunzione *juris et de jure* contro la quale non è ammessa la prova che coll'atto posto in essere non si è voluto acconsentire alla proroga. Infatti in seguito

(1) App. Venezia, 18 luglio 1889, *Brusoni* c. *Soc. Savigliano* (*Temi Ven.*, 1879, 472).

(2) App. Torino 15 aprile 1867, *Comp. ass. contro gli incendi* c. *Berta* (*Gazz. g.*, 1867, 447).

(3) App. Firenze 18 marzo 1868, *Groery* c. *Foggio* (*Ann.* 1868, 2, 680).

(4) Cass. Torino 8 marzo 1872, *Casapinta* c. *Comune di Ferriere* (*Ann.*, 1872, 2, 162).

(5) Trib. Vercelli 13 maggio 1879, *Verona* c. *Carpi* (*Giur.*, Torino, 1879, 470; App. Venezia 27 febbr. 1885, *De Castello* c. *Francolini* (*Temi Ven.*, 1885, 567). Contra: App. Milano, 22 aprile 1892, *Com. Spinazzola* c. *Ditta Compagnoni* (*Mon. Trib.*, 1892, 377; Cass. Torino, 5 dicembre 1892, *Devincenti* c. *Marani* (*Giur.*, Torino, 1893, 11).

(6) Cass. Napoli, 7 maggio 1886, *Com. Carletti* c. *Com. di S. Ruffo* (*Dir. e Giur.*, II, 18).

(7) App. Genova 4 giugno 1870, *Monteponi* c. *Garnier* (*Gazz. gen.*, 1870, 703).

(8) Trib. Novara 6 settembre 1878, *Biroli* c. *Gallina* (*Giorn.* 1878, 1087); Cass. Firenze 9 febbr. 1880, *Scarpelli* c. *Caraltoni* (*Legge* 1880, 1, 246); App. Casale 30 marzo 1883, *Orsi* c. *Caminetto* (*Giur. Cas.*, 1883, 239); Trib. Novara 25 gennaio 1884, *Mussi* c. *Savio* (*Monit. Trib.*, 1884, 208); App. Milano 4 aprile 1887, *Morelli* c. *Riva* (*Foro it.*, 1887, I, 452) App. Venezia 17 marzo 1888, *Fumagalli* c. *Marcotti* (*Temi ven.*, 1888, 394); App. Casale, 30 marzo 1883, *Orso* c. *Caminetti* (*Giur. Cas*, 1883, 239); Trib. Novara, 25 gennaio, 1884, *Mussi* c. *Ditta David* (*Mon. Trib.*, 1884, 308); App. Venezia, 17 maggio 1888 (*Fumagalli* c. *Marzotto* (*Temi ven.*, 1888, 394); Trib. Aquila, 25 aprile 1889, *Passacantando* c. *Pietropaoli* (*Foro Abruzz.*, 1889, 191; App. Genova, 3 nov. 1888, *De Andrea* c. *Amoretti* (*Temi Gen.*, 1889, 37); App. Milano, 25 giugno 1889, *Brambilla* c. *Longoni* (*Mon. Trib.*, 1885, 604); App. Torino, 3 febbraio 1891, *Lattuada* c. *Bollati* (*Giur.*, Torino, 1891, 257); Cass. Torino, 10 aprile 1892, *Fixi* c. *Scotto* (*Giur. U.*, 1892, 903 e 22 marzo 1892, *Berardi* c. *Valentinotti* (*Giur. U.*, 1892, 482); App. Trani, 12 maggio 1893, *Flaminio* c. *Stanga* (*Pisanelli*, 1893, 174); App. Torino, 2 aprile 1894, *Unione Bacologica* c. *Bavazzino* (*Giur.*, Torino, 1894, 704). Contra: Cass. Torino 22 marzo 1878, *Vallery* c. *Zaccone* (*Id.*, 1878, 306), 3 luglio 1885, *Civetta* c. *Ferannino* (*Id.*, 1885, 657); App. Venezia 9 febbraio 1886, *Scheggi* c. *Giuliani* (*Foro it.*, 1886, I, 252); Trib. Borgotaro 30 novembre 1887, *Garabelli* c. *Lavezzari* (*Giur.*, Torino, 1888, 52); App. Venezia, 9 febbraio 1886, *Ditta Scheggi* c. *Ditta Zuliani* (*Foro It.*, 1886, I, 252); Cass. Torino, 1° ottobre 1890, *Nelli* c. *Bosi* (*Foro It.*, 1890, I, 1252); App. Catania, 23 aprile 1874, *De Ajello* c. *Spadaro* (*Giur. Cat.*, 1894, 83).

(9) App. Torino, 3 febbr. 1891, *Lattuada* c. *Bollati* (*Giur.*, Torino, 1891, 257); App. Torino, 3 aprile 1894, *Unione bacologica* c. *Bavasiano* (*Id.*, 1894, 704); Cass. Torino, 22 marzo 1892, *Berardi* c. *Valentinotti* (*Giur. It.*, 1892, 1, 482).

(10) App. Firenze 17 aprile 1876, *Melitto* c. *Lefrea* (*Ann.*, 1876, 460); Cass. Firenze 9 febbraio 1880, *Scarpitti* c. *Chiarotto* (*Foro it.*, 1889, I, 990); contra: Trib. Modena 8 gennaio 1879, *Lodi* c. *Banca pop. di Modena* (*Riv. leg.*, 1879, 53); Trib. Verona 13 agosto 1879, *Scarpitti* c. *Chiarotto* (*Mon. giud.*, Venezia, 1879, 686); App. Venezia 10 marzo 1887, *Chiaramonti* c. *Chiaramonti* (*Temi ven.*, 1887, 192).

(11) Cass. Firenze 22 genn. 1876, *Ginaglia* c. *Ginaglia* (*Ann.*, 1876, 1, 169).

(12) Cass. Torino 23 marzo 1877, *Antona* c. *Fabbricani* (*Ann.*, 1877, 1, 267).

(13) App. Firenze 11 marzo 1878, *Guerrini* c. *Clementi* (*Ann.*, 1878, 2, 131).

(14) App. Bologna 4 maggio 1878, *Nicolai* c. *Bianconiani* (*Riv. leg.*, 1871, 233).

(15) App. Genova 9 maggio 1881, *Solinas* c. *Guerrazzi* (*Giur. it.*, 1881, 2, 364).

(16) Cass. Torino 11 gennaio 1867, *Petrucci* c. *Petrucci* (*Giur. it.*, 1867, 1, 30).

(17) Cass. Napoli, 9 giugno 1894, *Accarisi* c. *Scambio* (*Giur. it.*, 1894, 79).

(18) *Contra* Cass., Roma 9 gennaio 1880, *Procacciantì* c. *Fontanella* (*Giur. it.*, 1880, 62).

al non aver sollevata la eccezione di incompetenza, e però in seguito alla presunzione di consenso alla proroga della competenza che da questo fatto risulta, la legge nega l'azione in giudizio per far valer la incompetenza, dal momento che la legge non ha riservato le prove in contrario si è nei termini dell'art. 1353 del codice civile, non è ammessa veruna prova contro tale presunzione legale.

L'effetto della proroga della competenza per la non eccepita incompetenza, è limitato a quel convenuto che non sollevò l'eccezione; sicchè non osta a che gli altri convenuti in confronto dei quali la competenza non è stata prorogata, sollevando l'eccezione, impediscano che la proroga avvenga (1). E nemmeno produce effetto in confronto del terzo interveniente, il quale può impedire la proroga, sia o no questa intervenuta in confronto del convenuto (2). L'effetto della proroga è inoltre limitato a quel giudizio nel quale è avvenuta e non si estende a giudizio diverso, indipendente dal primo, che potesse aver luogo fra le parti per quello stesso merito che va sottoposto all'esame del primo giudice adito (3), poichè gli effetti procedurali degli atti del giudizio, e quello della proroga tacita della competenza è un effetto procedurale, sono limitati al giudizio nel quale l'atto intervenne. Oltre a ciò se la domanda dell'attore contiene più casi separati e distinti, la proroga della competenza per uno dei capi non importa la proroga per gli altri capi relativamente ai quali non sono avvenuti fatti che producano la proroga (4). Ma la proroga ha effetto non solo per colui che la ha consentita ma anche per i suoi eredi ed aventi causa (5).

36. In alcuni casi (6) la legge facoltizza la parte interessata a scegliere, fra più autorità giudiziarie specialmente competenti, quella avanti la quale crede di portare la cognizione della controversia. Questo caso è affatto diverso da quello esaminato nel numero precedente, perchè non è una delle parti autorizzata a scegliere, invece della autorità giudiziaria competente, altra autorità giudiziaria, ma è la stessa legge la quale designa più autorità giudiziarie egualmente competenti; non è il caso di proroga ma di *concorrenza* di competenza.

Una volta che alla parte interessata compete il diritto di scelta, indubbiamente essa ha facoltà di portare la cognizione della causa avanti ad una piuttosto che ad altra Autorità giudiziaria, senza che la parte avversaria possa insorgere contro la scelta fatta (7). Ma in forza dei principii relativi agli effetti della scelta, quando questa ha avuto luogo in confronto di altre persone, la scelta fatta è irretrattabile; la parte che ha fatto la scelta non può più, contro il volere dell'altra parte, portare la cognizione della causa ad una Autorità giudiziaria diversa (8), e se la parte la propone, la sua domanda non può aver corso; è questo che l'art. 104 rod. proc. civ. ha voluto disponendo: « quando una stessa causa sia stata promossa avanti due autorità giudiziarie egualmente competenti, essa deve decidersi da quella davanti cui è stata promossa preventivamente, la citazione determina la prevenzione ». A garantire alla parte, in confronto della quale la scelta è stata fatta, il diritto a che la causa venga decisa da quella autorità avanti la quale fu preventivamente promossa è data l'eccezione di litispendenza, della quale ci si occuperà sotto apposita voce.

37. La competenza è relativa ad ogni singolo giudizio nei diversi stadii pei quali il giudizio passa, di modo che la competenza del giudice di seconda istanza va giudicata a norma delle leggi che regolano ed il giudizio di seconda e quello di prima istanza (9), anche se in appello fosse stato ristretto l'oggetto del contendere sul quale il giudice di prima istanza aveva incompetentemente pronunciato (10). Per quanto concerne le omissioni ed errori che non producono la nullità della sentenza, a termini dell'art. 361, e per aggiungere alla sentenza alcuna delle conclusioni prese che dal giudice non sia stata riferita, ma che risulta che col dispositivo vi si è provveduto, e per correggere anche nella parte dispositiva un errore di calcolo, permane nel giudice che ha pronunciato la sentenza la competenza a dare i provvedimenti che venissero invocati (11). Ma pel rimanente, definita completamente la causa od emanata una sentenza che ne la spogli, l'Autorità giudiziaria adita resta priva di ogni e qualsiasi competenza a conoscere delle controversie che potessero sorgere fra le parti (12), come pure ne resta priva quando con transazione sia stato posto termine alla contro-

(1) Fu però giudicato che l'eccezione d'incompetenza per territorio ancorchè fatta valere dal convenuto dopo aver concluso per la sospensione del giudizio di merito onde far rinviare la causa dal procedimento sommario al formale, non può ritenersi tardiva per non essere stata opposta esattamente prima di ogni altra istanza quando non sia ragionevolmente da ammettersi una rinuncia ad opporla ma piuttosto un errore di diritto nel procuratore nella precedenza di una ad altra conclusione: App. Venezia 13 nov. 1878, *Barnabei* c. *Berlendis* (*Foro it.*, 1878, I, 1147).

(2) V. Cass. Torino 5 luglio 1867, *Adorni* c. *Serni* (*Legge*, 1868, 1, 49).

(3) Contrariamente a ciò fu giudicato che la citazione personale di un contraente nel luogo in cui fu stipulato il contratto a comparire avanti il giudice mandamentale che in seguito ad eccezione del convenuto diventa incompetente per ragione di territorio, e che lo sarebbe pure per territorio quando il convenuto non fosse stato citato personalmente in detto luogo, radica la competenza del tribunale da cui il mandamento dipende nel senso che il giudice può rimettere le parti avanti il medesimo tribunale: Cass. Torino 21 maggio 1874, *Cacciami* c. *Compiani* (*Giur.*, Torino 1874, 499).

(4) V. Cass. Firenze, 27 gennaio 1891, *Lobono* c. *Ditta Barchiera* (*Ann.*, 1891, 1, 52).

(5) In contrario fu giudicato che l'atto col quale la competenza viene prorogata vincola soltanto chi lo consentì, e però se questo patto trovasi stampato a tergo di una polizza di carico non vincola il ricevitore o proprietario della merce che non firmò la polizza: Trib. Catania, 20 dicembre 1884, *Ebel* c. *Bonanno* (*Foro Cat.*, 1884, 289).

(6) Vedi p. e. il capov. dell'art. 91 c. p. c.

(7) V. App. Genova, 27 agosto 1891, *La Fenice* c. *Dellamare* (*Temi gen.*, 1891, 562).

(8) Regolarmente incardinata una causa giusta la proposta domanda, non può più essere distratta dal giudice competente per cambiata volontà delle parti. Così ebbe a decidere la Cass. di Palermo 28 dic. 1886, *Russolillo* c. *Massara* (*Giur. cat.*, 1886, 227). Principio troppo assoluto perchè se le parti si accordano per abbandonare la lite già incominciata, e portare la cognizione delle stessa ad altra autorità giudiziaria egualmente competente, non havvi ragione per non dare al loro accordo pieno effetto giuridico.

(9) V. Cass. Torino 20 luglio 1870, *Fasoli* c. *Gavarina*, e 30 nov. 1871, *Prinetti-Bischizi* (*Giur. it.*, 1870, 1, 1, 641, e 1871, 1, 1, 761).

(10) Cass. Torino 21 giugno 1893, *Rossi* c. *Riccardi* (*Giur.*, Torino, 1893, 647).

(11) Art. 473 cod. proc. civ. Di questa materia non ci si può occupare *ex professo* formando la stessa tema di apposita voce. V. **Errore giudiziario (Correzione di)**.

(12) App. Venezia 7 sett. 1882, *Gonzato* c. *Zorsi* (*Temi Ven.* 1883, 119).

versia. Da qui la conseguenza che le azioni che sorgono in seguito ad un giudizio finito sono azioni nuove che seguono le regole ordinarie di competenza (1); che, se le parti abbiano transatto una lite recedendo da essa come se non fosse mai esistita e non avesse mai cominciato, risollevandosi più tardi la stessa questione deve adirsi *ex novo* il magistrato competente non già quello che era investito del giudizio abbandonato (2). Questo principio è vero, qualunque sia la specie della questione che possa sorgere, anche se si tratta di interpretazione della sentenza (3); il disposto dell'articolo 570 cod. proc. civ. suona chiaro in proposito: « Le controversie sulla esecuzione delle sentenze sono decise dal tribunale civile o dal pretore nella cui giurisdizione si fa l'esecuzione osservate le norme della rispettiva competenza per valore ». Questa disposizione di legge è assoluta, non ammette distinzione fra controversia e controversia, tutte le comprende. E ciò è logico: il dispositivo di una sentenza, è una norma giuridica avente fra le parti intervenute nel giudizio quella stessa forza che ha qualunque altra norma giuridica. E come per qualunque norma giuridica sia essa legge, disposizione testamentaria, contratto, ecc., vale il principio che tutte le questioni relative alla sua applicazione, comprese quelle relative alla sua interpretazione, non sono di cognizione di quel pubblico o privato potere che ha creato le norme, ma della Autorità giudiziaria investita ,secondo le norme ordinarie della competenza a conoscere, così anche per quella norma giuridica che è il dispositivo di una sentenza, deve essere seguito lo stesso principio. Del resto, se qualche dubbio potesse sorgere, questo dubbio sarebbe tolto dalla storia dell'articolo 570. Il codice di procedura Sardo del 1859, seguendo l'insegnamento della legislazione francese (4), disponeva all'art. 695 che « le controversie sulla esecuzione delle sentenze sono decise dai giudici che le hanno proferite ». In siffatta guisa il giudicare delle controversie sulla esecuzione delle sentenze era un complemento della giurisdizione. Ma il legislatore italiano, facendo suo il precetto di Ulpiano: *judex posteaquam semel sententiam dixit judex esse desinit... semel enim seu bene seu male officio functus est* (5), ha voluto immutare lo stato del diritto preesistente accogliendo il principio che le controversie sulla esecuzione delle sentenze, e però anche quello sulla loro interpretazione, danno luogo a cause nuove alle quali si applicano i principii generali sulla competenza.

Se è vero il principio che una Autorità giuridiziaria, pel solo fatto di avere pronunciato una sentenza, non è competente a conoscere della questione relativa alla applicazione del dispositivo della sentenza stessa, a tanto maggior ragione deve ritenersi il principio che un'Autorità giudiziaria, pel solo fatto di avere pronunciato una sentenza, non è competente a conoscere delle questioni che possono insorgere sull'atto di pubblicazione o di notificazione della sentenza stessa, e sugli effetti che da tale atto possono sorgere. Ond'è che rettamente fu giudicato: la Corte di appello è incompetente a giudicare della nullità della notificazione della propria sentenza rispetto al decorrimento del termine per ricorrere in Cassazione (6).

Relativamente all'applicazione del principio giuridico, che emanata la sentenza l'autorità giudiziaria che la ha pronunciata è spoglia di ogni competenza, è d'uopo però non confondere il giudizio distinto dal giudizio complesso; giudizio distinto si ha tutte le volte che dopo una sentenza, il cui dispositivo renda possibile l'attuazione del diritto dichiarato esistente, viene istituito un giudizio, per ottenere alcunchè anche se in questo giudizio venga fatta valere un'azione che è la conseguenza del diritto affermato esistente nella prima sentenza. Dichiarata con una sentenza esistente una obbligazione di una parte verso l'altra e rimasta tale obbligazione inadempiuta, il successivo giudizio che si istituisce per ottenere il risarcimento dei danni derivati dall'inadempimento sarebbe un giudizio distinto dal primo, quantunque l'azione che si fa valere sia una conseguenza del diritto affermato esistente dal giudicato. È in tali casi che il principio posto è applicabile. Giudizio complesso, in quella vece si ha quando per l'attuazione del diritto non basta la sentenza che fu pronunciata, ma questa deve esser susseguita da altra senza della quale l'attuazione del diritto non potrebbe essere ottenuta, quando cioè il secondo giudizio, più che un giudizio *ex novo*, è una prosecuzione del giudizio precedentemente vertito. Il giudizio in materia di danni dà un esempio di un giudizio che può essere complesso; la sentenza che dichiara l'esistenza del diritto generico al risarcimento non rende possibile l'attuazione del diritto del danneggiato ad essere risarcito, se non è susseguita da altra nella quale il danno venga liquidato. In questo caso il magistrato colla pronuncia della sentenza non resta privato della competenza a conoscere del giudizio di prosecuzione del primo giudizio; è a lui dunque che deve indirizzarsi la parte che vuol proseguire il giudizio onde ottenere l'attuazione del diritto che nella sua sentenza fu dichiarato esistente. Se non la sola, certamente la principale applicazione di questo principio si ha nei giudizii nei quali si richiedono i danni; della stessa però noi stessi ci siamo occupati alla voce **Azione di danni**, alla quale si rimanda.

La competenza è relativa a ciascun giudizio, ma lo è fino all'esaurimento del giudizio stesso; di qui ne viene che la competenza a pronunciare sulla perenzione del giudizio è di quella Autorità avanti la quale il giudizio è stato iniziato (7).

37 *bis*. La legge, stabilendo avanti quale Autorità giudiziaria devono essere portate le singole controversie, suppone necessariamente che ogni singola causa abbia degli elementi dai quali si possa desumere alla conoscenza di quale autorità giudiziaria deve essere sottoposta; elementi che, non solo devono essere diversi da quelli in base ai quali il giudice si determina all'accoglimento di tutto o parte, od al rigetto di quanto dalle parti è richiesto, ma anche devono essere tali da poter essere apprezzati prima ed indipendentemente dall'apprezzamento degli elementi che influiscono sul merito, perchè acciò il giudice possa co-

(1) Cass. Napoli 22 sett. 1875, *Laterza* c. *Rossi* (*Giur. it.*, 1876, I, 188).

(2) App. Firenze 6 ottobre 1871, *Trazza* c. *Berti* (*Gazz. Gen.*, 1871, 282).

(3) Cass. Torino 29 dicembre 1883, *Debenedetti* c. *Sacerdote* (*Giur.*, Torino, 1884, 154). - Contra: App. Genova, 17 luglio 1866, *Orvello* c. *Delacausa* (*Gazz. gen.* 1866, 106).

(4) Vedi cod. di proc. civ. francese, art. 449 e 553.

(5) L. 55 D. *de re jud.* 42, 1.

(6) App. Venezia, 7 settembre 1882, *Gonzalo* c. *Zorsi* (*Temi Ven.* 1883, 129).

(7) Cass. Napoli, 31 luglio 1889, *Genovese* c. *Vito* (*Cass. tor.*, XXIII, 140) e 3 febbraio 1896, *Imperiali* c. *Finanze* (*Giur. it.*, 1896, 1, 917).

noscere del merito, sia pure per rigettare la domanda, deve essere competente a conoscere (1). Delle regole sul proposito alcune sono relative a speciali competenze, e delle stesse, come è naturale, si discorrerà quando si parlerà di ogni singola specie di competenza; altre sono tanto generali tanto che quelle relative a singole competenze non ne sono che applicazioni, e delle stesse ci si deve occupare al presente.

La legge manca di regole generali da applicarsi a tutte le competenze relativamente agli elementi a base dei quali la competenza deve essere determinata, però al silenzio della legge devono supplire i principii generali di diritto formati sulla base di quelle disposizioni che il legislatore dà pei casi speciali dei quali esso si occupa. Se si osservano le disposizioni speciali della legge ci si accorge che tutte le volte nelle quali si parla di oggetto, la cui cognizione viene attribuita ad una piuttosto che ad altra autorità, si parla di *azione* (2), che viene considerata ora come appartenente ad una o ad altra specie (3), ora nel suo valore (4), ora nelle sue relazioni con altre azioni (5), ecc. Ma è sempre l'azione che viene considerata, sicchè si può affermare come principio generale di diritto che la competenza è determinata a base dell'azione che viene fatta valere (6), in tutti gli elementi che nell'azione stessa vi sono e che influiscono relativamente alla competenza (7); tenuto conto delle diverse ipotesi alle quali può riuscire il giudizio (8), nonchè di tutte le conseguenze che direttamente od indirettamente sarebbero prodotte dalla cosa giudicata, la quale accogliesse la domanda come fu formulata (9), relativamente alle parti in causa (10); perchè gli effetti della cosa giudicata costituiscono la misura del potere del magistrato, ed in tanto il magistrato può emettere una decisione che della cosa giudicata produca gli effetti, in quanto ne abbia dalla legge il potere (11).

Alla vera indole dell'azione esperita, cioè a ciò che costituisce la controversia (12) devesi aver riguardo, tenuto in considerazione il diritto esperito, lo scopo che le parti si propongono di raggiungere (13), la *causa petendi* (14); per dirla in breve, tenuto conto di ciò che è intrinseco e sostanziale (15), piuttosto che della materialità delle parole adoperate per formulare l'azione (16), perchè, essendo la dichiarazione di domandare alcunchè in giudizio una manifestazione di volontà, come per le altre manifestazioni di volontà tutte, il magistrato deve vedere ciò che è stato realmente voluto, e non deve fermarsi a quelle parvenze esterne che dalla manifestazione della volontà possono essere assunte. Come pure, nel determinare la vera indole dell'azione esperita, in tutti gli elementi importanti agli effetti della competenza, il magistrato non si deve occupare se l'indole dell'azione risulti da uno o più atti di citazione quando unico è il giudizio esperito, sicchè quando dalla unione di varii atti di citazione risultasse che l'azione esperita è diversa da quella che può risultare dagli atti di citazione singolarmente considerati, i varii atti di citazione devono essere da lui tenuti in conto per determinare dal loro complesso se l'azione è o no di sua competenza (17).

E medesimamente non deve tener conto di quegli errori materiali che possono essere accaduti nel formulare l'azione, ma deve interpretare l'atto col quale l'azione viene formulata nel vero significato che la stessa ha secondo

---

(1) Cass. Roma 19 aprile 1882, *De Felice* c. *Galliani* (*Corte Suprema*, 1882, 898).

(2) Conf. art. 70, 71, p. e., 1° capov. 82, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 103 cod. proc. civ.

(3) Confr. p. c. art. 70, 71, 90, 93.

(4) Confr. p. c. art. 70, 71.

(5) Confr. p. c. art. 100.

(6) A determinare il vero effetto della domanda per la determinazione della competenza conviene indagare quali sono i punti in questione che in via principale vengono sottoposti all'esame del giudice e la cui risoluzione è indispensabile per venire poi alla decisione su ciò che è l'obbiettivo finale della domanda stessa. Così, sebbene l'attore abbia chiesto la chiusura di un'apertura esistente nel muro, e l'abbia chiesta con azione personale derivante da contratto, cessa l'azione di esser personale e si converte in reale *negatoria servitutis*, sebbene non siansi variati i termini della conclusione, se il convenuto oppone che egli ha il diritto di conservare il buco esistente nel muro, non dovendo la chiusura esser totale onde esercitare la servitù di scolo che assume spettargli, e così la questione essendo ridotta a vedere se ancora sussista questa servitù o se non siasi rinunziato col detto articolo il magistrato deve tener conto di ciò essendo diversa la competenza per le azioni personali dalla competenza per le azioni reali. Così ebbe a decidere la Cass. Torino, 23 luglio 1883, *Giocosa* c. *Guglielmada* (*Giur.*, Torino, 1883, 991).

(7) La competenza va definita anche in rispetto alle ipotesi a cui sia per dar luogo l'azione libellata nei diversi aspetti da cui si prende a considerare, per non cadere nell'assurdo, che dallo svolgimento del merito fosse per derivare l'incompetenza di quella stessa autorità giudiziaria che mancava fin da principio di potere per ordinare i mezzi atti ad istruirlo: Cass. Napoli 16 maggio 1893, *Di Salvatore* c. *Marca* (*Mov. giur.*, 1893, 262).

(8) Contrariamente a ciò fu giudicato che la competenza del magistrato è determinata dalla natura della domanda e non da ciò che può essere una ulteriore ed indiretta conseguenza dell'accoglimento della stessa. Cass. Palermo 1 luglio 1876, *Economato generale benef. vac.* c. *Consolo* (*Giur. it.* 1876, 954).

(9) V. Cass. Torino 1° dic. 1882, *Colonificio Cantoni* c. *Oggini* (*Giur.* Torino, 1888, 97).

(10) In corrispondenza a questo principio v. Cass. Torino 25 marzo 1882, *Pigaglia* c. *Pigaglia* (*Giurs.* Torino, 1882, 234); 18 febbraio 1882, *Antona-Traversi* c. *Ministero lavori pubblici* (*Id.*, 1882, 121); Cass. Firenze 29 aprile 1889, *Prov. di Verona* c. *Giacomelli* (*Temi Ven.*, 1889, 304).

(11) App. Bologna, 4 maggio 1894, *Milani* c. *Marchetti* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1894, 220).

(12) App. Genova, 21 giugno 1888, *Penna* c. *Bacci* (*Eco giur.* 1888, 333); Cass. Torino, 12 sett. 1868, *Brasi* c. *Comune di Vicomarino* (*Monit. trib.*, 1868, 972); Cass. Firenze 20 luglio 1876, *Soc. Veneta* c. *Dallera* (*Giorn.*, 1876, 1161).

(13) Cass. Roma 9 maggio 1882, *Consor. Guà* c. *Prov. Vicenza* (*Temi Ven.* 1882, 212); App. Venezia 31 dic. 1883, *Com. di San Donà di Piave* c. *Min. lavori pubblici* (*Temi Ven.* 1884, 83); App. Macerata 4 settembre 1890, *Guilli* c. *Bernardini* (*Legge* 1890, 561); App. Bologna 4 maggio 1894, *Milani* c. *Marchetti* (*R. giur.* Bologna, 1894, 220).

(14) App. Venezia 13 sett. 1877, *Ranieri* c. *Andreon* (*Temi Ven.* 1877, 522); Cass. Roma 15 giugno 1881, *Sacerdoti* c. *Valleggia* (*Corte s. Roma*, 1887, 623); Cass. Firenze 20 luglio 1876, *Società veneta* c. *Dallè Ore* (*Giorn. dei Trib.*, Milano, 1876, 1161); Cass. Roma 9 maggio 1882, *Consor. Guà.* c. *Prov. Vicenza* (*Temi Ven.* 1882, 212); App. Bologna, dec. citata.

(15) App. Trani 14 maggio 1888, *Visciola* c. *De Rosa* (*Riv. di giur.*, Trani, 1888, 150).

(16) App. di Roma 21 dic. 1886, *Nani* c. *Di Bollaro* (*Temi Rom.*, 1886, 611).

(17) Cass. Torino 18 maggio 1870, *Cappo* c. *Arditi* (*Giur.*, Torino, 1870, 430).

la intenzione della persona dalla quale l'atto emana (1). Nel caso che sorgesse dubbio se l'attore abbia voluto esperire una piuttosto che altra azione, è d'uopo tener conto anche delle spiegazioni date dall'attore relativamente all'azione che intendeva esperimentare (2), non come criterio esclusivo, ma come elemento da tener conto nell'interpretazione dell'atto.

38. L'azione giudiziaria null'altro è che il diritto di potere invocare a tutela del proprio diritto l'Autorità giudiziaria; e siccome in tanto esiste un diritto in quanto sia possibile la coazione a mezzo della forza fisica della quale può disporre la società civile onde farlo rispettare, l'azione giudiziaria è un attributo concretato dal nome diritto, come una conseguenza degli attributi dal nome *diritto* concretati, e però inseparabilmente legato al nome *diritto* come effetto del diritto: per adoperare la terminologia della logica giuridica è un *proprio per causazione* del nome diritto (3).

Se l'azione giudiziaria null'altro è se non che il diritto di poter invocare, a tutela del proprio diritto, l'autorità giudiziaria, e se l'azione è un proprio del diritto; dal momento che i diritti sono reali e personali, anche le azioni saranno reali e personali: reali sono le azioni che si usano per la tutela della proprietà o di un diritto di servitù, di usufrutto, di uso, di abitazione, di pegno e di ipoteca; personali tutte le altre (4). Alle azioni personali e reali il diritto romano aggiungeva le azioni miste (5), e questa aggiunta fu accolta dal diritto anteriore alla codificazione (6). Il codice di procedura francese (7) dopo di aver parlato delle azioni in materia personale ed in materia reale, parla delle azioni in materia mista, ma la legge francese 25 maggio 1838 non ha parole su queste azioni. Sulle orme del codice di procedura francese ammisero le azioni miste, il codice delle Due Sicilie (8), il codice parmense (9) ed implicitamente anche il sardo del 1854 (10). Delle azioni miste non fece parola il codice sardo del 1859, ed il suo esempio fu seguito dal legislatore italiano, nonchè dagli autori di codici e di leggi giudiziarie più recenti (11). Di fronte al silenzio mantenuto dal legislatore italiano sorse la questione se la legislazione italiana ammetta o no le azioni miste (12). Non può negarsi che alcune volte nel nostro diritto vi sono casi nei quali ad una persona contro un'altra, per lo stesso titolo, competono due azioni, l'una personale e l'altra reale, o cumulativamente, come nel caso di azione personale accessoria ad una azione reale, o in via alternativa; la rivendicazione, azione essenzialmente reale, può essere accompagnata dalla azione personale di risarcimento del danno; colui che ha comperato un corpo certo e determinato, e che però ha acquistato la proprietà del corpo stesso per effetto del contratto, per ottenere la cosa può agire o con l'azione reale che gli compete in seguito all'avvenuto acquisto della proprietà, o colla azione personale proveniente dal contratto per costringere il venditore all'adempimento della obbligazione di fare la tradizione della cosa. Se si vuole serbare il nome di *azioni miste* per dinotare questi casi, quantunque il nome stesso non sia il più proprio, lo si serbi pure. Ma non sarebbe ammissibile l'uso di quel nome per indicare azioni che sieno nello stesso tempo personali e reali, perchè la formazione di una tale categoria di azioni sarebbe una violazione delle regole proprie alla classificazione. Per persuadersi di ciò, basta considerare che qualunque azione reale ha un qualche elemento di azione personale; nella rivendicazione stessa ciò che si vuol ottenere è la consegna della cosa rivendicata da parte di colui che la possiede, se vuol ottenere dunque il fatto della persona. Sicchè la classificazione delle azioni in reali e personali non è fatta a base della esclusione nelle prime di ogni elemento personale, ma nella prevalenza degli elementi reali ai personali. Ond'è che le azioni reali sono essenzialmente azioni miste, e però una categoria a parte per le azioni miste, come azioni formanti un gruppo a sè distinto dalle azioni reali, violerebbe quella delle regole della classificazione per la quale la classificazione deve esser fatta a base di punti di concordanza distintivi (13). Le azioni sono dunque solo personali o reali: in quei casi nei quali alle persone competono in forza dello stesso titolo l'azione

(1) App. Napoli 28 agosto 1878, *Casale* c. *Cap. di Baiona* (*Gazz proc.*, XIII, 392).

(2) App. Bologna 2 marzo 1885, *Lenzi* c. *Madoni* (*R. Giur.* Bologna, 1885, 85).

(3) Confr. Piola, *Elementi di logica giuridica*, n. 18, Roma, Loescher, 1892. Il Pescatore, *Lezioni universitarie*, pag. 103, *Sposizione compendiosa ecc.*, pag. 3 e 120, ritiene che vi possa esser diritto senza azione, e che l'azione compete solo in forza di un testo positivo di legge, ma con ciò si cade nell'errore di adoperare il nome diritto per denotare cosa affatto distinta, per denotare cioè tanto ciò che è significato dal nome diritto, preso nel senso tecnico, che è una facoltà della quale si può usare invocando contro colui che si oppone all'uso stesso la forza fisica della quale può disporre la società, quanto ciò che è denotato dal nome *giustizia*: chè non sempre è possibile ottenere mercè la coazione sociale ciò che sarebbe giustizia fosse ottenuto.

(4) Fra le azioni reali vengono generalmente comprese quelle che i romani chiamavano *praeiudiciales* in senso stretto, le quali hanno per oggetto di dichiarare e riconoscere lo stato civile di una persona (confr. Mattirolo, I, 28); ma qualunque possa essere l'importanza e l'esattezza di questa classificazione ad altri effetti, per gli effetti della competenza non può essere accolta. Per gli effetti della competenza ciò che ha importanza si è di vedere se l'azione tenda alla prestazione della proprietà o di un diritto reale, o se tenda alla prestazione di un qualunque altro diritto (confr. art. 70, I, p. 90 e seg. cod. proc. civ.), e però è d'uopo adottare la classificazione adottata nel testo.

(5) § 3, *Ist. de act.*, 4, 6; *Legge 37 d.*, *de oblig. et act.*, 44, 7.

(6) V. Richeri, *Univ. Jurispr.*, IV, 6; Pothier, *Introd. gen. agli Statuti*, n. 122.

(7) Art. 59.

(8) Art. 158.

(9) Art. 177.

(10) Art. 16, 17, 18.

(11) Vedi, per esempio, il cod. di proc. civ. per l'impero tedesco del 1877 e la legge belga 25 marzo 1876 sulla competenza in materia contenziosa. I relatori di quest'ultima legge (Allard e Dupont) dichiararono espressamente che non si volle introdurre nella classificazione delle azioni la categoria delle azioni miste perchè « ...elle n'a aucune utilité pratique, et ne fait que jeter les troubles dans les idées, surtout quand on recherche les règles de la compétence. » Nypels, *Loi 25 mars 1876, annotée* (Bruxelles 1876). pag. 28.

(12) Le ritengono ammesse: Pescatore, *Expos. comp.*, I, pagine 126, 127; Zavatari, *L'ord. giur. e la proc. civ.*, pag. 173, nonchè l'App. di Palermo, 21 aprile 1888, *Andragna* c. *Andragna* (*Circ. Giur.*, 1888, 301). Negano che le azioni miste sieno state ammesse dalla legislazione italiana tutti gli altri scrittori; fra i quali Borsari e Gargiulo sull'art. 90; Saredo, n. 218; Mortara, *Man.*, n. 14; Manfredini, *Programma*, n. 844, Padova, 1884; Mattirolo, I, 27 e seg.

(13) V. Piola, Op. cit., n. 15.

personale e l'azione reale, l'azione sarà o personale o reale a seconda che la domanda è diretta alla cosa od alla persona.

Le azioni in relazione alla competenza si distinguono anche riguardo all'oggetto del diritto tutelato in azioni mobiliari od immobiliari a seconda che sono dirette a conseguire una cosa mobile od una immobile. A seconda che colla azione si tenda ad ottenere la ricognizione definitiva del diritto controverso, o solo ad ottenere la tutela del possesso contro le altrui molestie o spogliazioni, le azioni si distinguono in petitorie o possessorie. A seconda, infine, che il diritto che si intende far dichiarare esistente non dipenda o dipenda da altro diritto, le azioni si distinguono in principali ed accessorie.

39. Se la competenza, come è stato dimostrato al numero 37, è relativa a ciascun giudizio, se la competenza, come al num. 37 *bis* si è veduto, è determinata a base delle azioni fatte valere, tanti sono i giudizi quante sono le azioni che si fanno valere, e la competenza va determinata in relazione ad ogni singola azione. Se qualche dubbio potesse sorgere sulla verità di questo principio, l'art. 73 del codice di procedura civile si incarica a toglierlo. In questo articolo si considera uno degli elementi della azione, che, come si vedrà a luogo opportuno, sono importanti per determinare la competenza — il valore della esperita azione — e si trova disposto che quando le domande dipendano da titoli distinti, non si cumula il valore dei vari titoli per determinare la competenza, ma si ha riguardo solo al valore di ciascun titolo; principio questo che non essendo che applicazione del principio che la competenza viene determinata in relazione a ciascuna delle azioni che si fa valere, dimostra la verità di un tale principio generale. Da qui ne deriva che se da un medesimo atto derivano più azioni, come per esempio da un contratto di locazione, l'azione pel pagamento della mercede e quella pello sfratto per finita locazione, la competenza deve essere determinata in relazione a ciascuna di tali azioni a seconda che l'una o l'altra si faccia valere. Ne viene anche che fatte valere più azioni in uno stesso giudizio, alcune che sono di competenza, altre che non sono di competenza del giudice adito, questi può entrare a giudicare quelle che sono di sua competenza e deve dichiarare la propria incompetenza sulle altre (1).

39 *bis*. Coll'affermare che la competenza si determina a base della azione intentata, si è fatto un passo innanzi per stabilire su quali basi la competenza si determina, ma resta sempre da stabilire in base a quali elementi si deve decidere quale è l'azione intentata.

Un principio è certo, ed è, che non si può determinare la competenza a base delle decisioni che sarà per dare il magistrato sulla azione intentata (2), del giudizio che sarà per dare il magistrato sulla spettanza o no del diritto che si è fatto valere (3), dal momento che per dare una decisione sul merito, sia anche per rigettare la domanda, il magistrato deve essere competente a darla, e che però sulla competenza deve conoscere pria di conoscere del merito.

Fu deciso che la natura dell'azione in quanto può influire sulla competenza si determina dalla domanda. Ma tale principio nei termini assoluti nei quali è formulato non può essere accolto. È d'uopo tener presente che la domanda è un atto unilaterale, è un atto di una delle parti, il giudizio in quella vece è un atto che interviene fra due persone, ad ognuna delle quali la legge garantisce dei diritti in confronto dell'altra, e sarebbe inutile che la legge garantisse tali diritti se poi fosse lecito ad una delle parti riuscire con mezzi diretti od indiretti, col deliberato proposito o solo come risultato pratico ad eluderne le disposizioni. Quello di fare giudicare la contestazione da quel giudice che è dalla legge designato, è un diritto che spetta tanto all'attore quanto al

---

(1) « Anche secondo la nostra legislazione attuale, scrive il Mattirolo (ed. 1892, I, 27), tutti i diritti sono necessariamente o reali o personali; di guisa che un diritto il quale non sia nè reale nè personale, oppure che sia ad un tempo e reale e personale in verità non esiste. Ma nel sistema della nostra legge ben può avvenire che due diritti, di cui l'uno reale e l'altro personale, competano ad una stessa persona contro una persona medesima, abbiano lo stesso scopo, e si riferiscano ad un identico oggetto. Ciò accade per effetto delle obbligazioni contrattuali, che siano destinate a trasferire la proprietà di cose certe e determinate, o altro diritto reale su queste cose.

« È noto come il legislatore italiano scostandosi dal diritto romano, e seguendo le orme del codice civile francese e di vari altri, stabilì all'art. 1125 del codice civile, che nei contratti i quali hanno per oggetto la translazione della proprietà o di altro diritto reale, la proprietà ed il diritto *si trasmette e si acquista per effetto del consenso legittimamente manifestato*. In forza di questa disposizione, dai contratti translativi di proprietà di cosa certa e determinata — ad esempio dalla vendita — derivano due diritti a favore dell'acquirente (il compratore): l'uno personale nascente dalla obbligazione che il cessionario (il venditore) ha assunto verso il cedente; l'altro reale rappresentato cioè dalla proprietà che si è acquistata per effetto diretto ed esclusivo del contratto. A tutela dei due diritti stanno due azioni, l'una personale, l'altra reale; entrambe competenti a una stessa persona contro una stessa persona, tendenti a un identico scopo, relativo a un medesimo oggetto. Ora poichè a norma della legge che ci governa, l'attore, a differenza di quanto prescriveva il diritto romano, non è più obbligato a dichiarare l'azione (*eadem actionem*) che intende far valere in giudizio, necessariamente avviene che, quando l'acquirente, iniziando la causa contro il cedente, si fa a domandare a questi la consegna della cosa acquistata, non si potrà accertare se egli agisca in qualità di creditore o in qualità di proprietario, se cioè delle due azioni che gli spettano intenda proporre la personale o la reale, ovvero far valere contemporaneamente entrambe nella loro duplice qualità di creditore e di proprietario. Ad esprimere siffatta congiunzione delle due azioni, si usò e si usa tuttavia la denominazione di azione mista. E questa denominazione, per quanto autorevoli scrittori la dicano impropria, non crediamo opportuno di mantenere, perchè il congiungimento delle due azioni, a cui essa si riferisce, ha una importanza non solo teorica ma anche pratica come vedremo in seguito discorrendo della competenza territoriale. »

Il Mortara (Manuale, n. 14) in quella vece censura il nome di azione mista, dicendo che « può servire tutto al più come improprio termine convenzionale per designare la duplicità della azione inerente ad un diritto ». Questa censura però è immeritata. Nelle azioni miste, che con tanta chiarezza sono descritte dal Mattirolo, non ci sono due azioni ed un diritto, ci sono due diritti e due azioni per farle valere; il diritto personale di ottenere l'esatta esecuzione del contratto, diritto che colla azione personale proveniente dal contratto si fa valere, il diritto reale certo in seguito all'acquisto della proprietà o di altro diritto reale che nella azione si fa valere. Se l'attore dichiarerà che si vuol valere dell'uno o dell'altro diritto, la sua azione, naturalmente, sarà reale o personale a seconda che fa valere il diritto reale od il personale; ma se ne fa alcuna dichiarazione, non potendosi pel suo silenzio rigettare la domanda, dovendosi separare il diritto e la conseguente azione, termine più proprio di azione mista non si può trovare.

(2) App. Genova 23 febbraio 1880, *De Amicis* c. *Gianfelso* (*Eco gen.*, 1880, 185).

(3) Cass. Roma, 12 febbraio 1886, *Zara* c. *Martelli* (*Temi Ven.*, 1886, 11).

convenuto, quell'atto unilaterale, che è la domanda, di una delle parti non può attentare il diritto che ha l'altra parte ad essere giudicata solo da quel determinato magistrato. Invano si invoca a favore del principio che la domanda da sola non basta per stabilire la competenza, il disposto dello art. 72, 1ª parte, codice procedura civile. Anzitutto questa disposizione di leggenon è una disposizione che si trovi dettata per tutte le competenze, la stessa concerne lasola competenza per valore. Ora è risaputo che, in tanto a base di una disposizione di legge data per un caso speciale si può formare un principio generale di diritto, in quanto il principio formato non si trovi in contraddizione con altro principio di diritto in modo indubbio accolto dal legislatore. Il principio che la competenza si determina dalla domanda, perchè la competenza per valore, a termini dell'articolo 72, prima parte, codice procedura civile, in tal modo si determina, si trova precisamente in contraddizione con un principio di diritto consacrato dal legislatore in un apposito articolo del codice; si trova in contraddizione cioè col principio generale accolto dall'art. 69: la competenza non può essere prorogata dalle parti. Infatti a nulla altro che ad una proroga di competenza si riuscirebbe riconoscendo alla domanda formulata dall'attore la forza di determinare la competenza anche nel caso in cui pei rapporti esistenti fra le parti la domanda avrebbe dovuto essere formulata in modo tale che la competenza sarebbe riuscita diversa (1). Indipendentemente da ciò, l'art. 72, prima parte, codice procedura civile, non ha il significato che alla stessa si vuol dare per costruire il principio di diritto che si sta oppugnando.

L'art. 72, 1ª parte, codice procedura civile ha la sua origine nel principio di Ulpiano che si legge nel Digesto (2): *quoties de quantitate ad jurisditionum pertinente quaeritur semper quantum petatur quaerendum est non quantum debeatur*, ed interpretato l'art. 72 colla scorta del principio da cui deriva, il suo significato si è che per decidere della competenza si deve stare non già al domandato ma al deciso (3), principio che sopra si è affermato, ma che non autorizza punto a formulare il principio generale che la domanda dell'attore sia quella a base della quale si deve giudicare dell'azione che viene esperita in tutti gli elementi importanti per la competenza.

Ammesso che la competenza è quale risulta a base della azione, che per determinare l'indole dell'azione non può essere presa a base esclusivamente la domanda, è d'uopo ammettere che l'indole dell'azione fatta valere, e però la determinazione della competenza, non può essere decisa che in base agli atti della causa al momento nel quale la causa viene consegnata al giudice per una decisione (4).

40. Il primo atto della causa è la citazione, e quest'atto ha degli effetti procedurali e degli effetti sul fondo del diritto. Gli effetti sul fondo del diritto quelli sono di assicurare alle parti quei diritti che alle stesse competevano in base ai fatti che sussistevano a quel momento. E siccome i fatti che sussistevano al momento della citazione davano alle parti il diritto di essere giudicate da un determinato magistrato, così colla notifica della citazione resta determinato il giudice che, considerati i fatti che sussistevano a quel momento, era il competente a giudicare. I fatti successivi, però, che accedano ai fatti che esistevano a quel momento, anche se apportassero una variazione agli elementi dell'azione influenti sulla competenza, non producono alcun effetto sulla competenza già definitivamente fissata in base ai fatti che al momento della citazione esistevano, competenza che il giudizio del magistrato accerterà qual'è. È in questo senso che rettamente fu giudicato che la competenza del magistrato nasce, si determina e si radica al momento in cui si invoca il suo ministero (5). Se qualche dubbio potesse nascere sulla verità di questo principio, il primo capoverso dell'art. 72 codice procedura civile lo toglierebbe.

Infatti quel capoverso fa una distinzione fra gli interessi, le spese e i danni anteriori alla domanda giudiziale, e quelli posteriori alla domanda stessa, disponendo che i primi si sommino col capitale per determinare l'incompetenza per valore, implicitamente dispone che quelli posteriori non hanno alcun effetto sulla competenza già fissata in base a ciò che prima della domanda giudiziale era avvenuto. E che altro è questa disposizione se non che una applicazione del principio che la competenza si determina a base dei fatti esistenti al momento della citazione, competenza che i fatti posteriori che

(1) Ad ovviare all'inconveniente della proroga della competenza alla quale si riuscirebbe qualora la competenza dovesse essere determinata dalla domanda, l'Appello di Palermo per la competenza per valore ha giudicato (12 aprile 1889, *Ditta Frank* c. *Faraone*, *Dir. e giur.*, V, 273) che il valore della causa si determina dalla domanda, salvo che la domanda siasi esagerata allo scopo di rendere la causa di competenza del tribunale anzichè del pretore. Ma con questo principio si introduce nella determinazione della competenza l'elemento subbiettivo dello scopo dell'attore nel formulare la domanda, elemento che non vi stà. È o non è vero che il diritto del convenuto ad essere giudicato da un determinato magistrato viene leso qualunque fosse l'intendimento dell'attore nel formulare la domanda? E siccome a questo quesito non si può rispondere che affermativamente, così è fuor di luogo il volere tener conto della intenzione dell'attore; ad altro non si può badare che al fatto, e quando nella realtà delle cose per un determinato rapporto giuridico deve essere adita una determinata magistratura, se ne viene adita una diversa, in qualunque modo sia redatta la domanda, havvi l'incompetenza.

(2) L. 19, § 1, *d. de jurisd.*, 1, 5.

(3) La Cassazione di Roma, 29 luglio 1885, *Comune di Amaseno* c. *Colonna* (*Foro It.*, 1885, 1, 960) così statuiva:

« Attesochè il principio sancito nell'art 72 codice procedura civile, che cioè il valore della causa si determina dalla domanda, esprime soltanto che esso valore non cambi, nè abbia a determinarsi agli effetti della competenza da quanto il giudice venga ad aggiudicare colla pronuncia definitiva. Non esclude però mai, lo che cangerebbe l'indole e la portata di ogni contestazione giudiziaria, la quale sorge e dalla domanda dell'attore e dalla eccezione del reo, che ove la eccezione implichi la disamina di un fatto o titolo importante un valore superiore, e talmente connesso col diritto reclamato dall'attore da non potersi giudicare di questo senza anche conoscere di quello, conforme anche si avvera nel caso soggetto, non esclude diciamo il principio summentovato, che il valore e la competenza analoga abbia a desumersi e determinarsi dall'intiero contenuto della contestazione nata fra le parti in lite. »

(4) Il Mattirolo, I, 212, Ediz. 1892, ritiene che si deve guardare il momento in cui la istruttoria della causa viene chiusa; ma siccome anche dopo la chiusura della istruzione delle cause, se non possono essere avanzate nuove domande o nuove eccezioni, l'attore però può restringere la domanda proposta, così è evidente che gli atti della causa in quel momento non sono quelli che fissano definitivamente l'oggetto della controversia, e però fissano definitivamente la competenza.

(5) Cass. Napoli, 10 dicembre 1868, *Nunziante* c. *Nunziante* (*Giur.*, Torino, VI, 368); App. Milano, 4 marzo 1869, *Antonelli* c. *Nunziante* (*Ann.*, 1869, 2, 683).

accedano ai primi non hanno potenza di variare; applicazione che dimostra la verità del principio posto (1)?

Dal principio accennato ne deriva che non è la competenza che muti cogli atti della causa; gli atti della causa ad altro non servono che a dare al magistrato gli elementi per giudicare quale era il vero oggetto del contendere al momento in cui il giudizio fu introdotto, per decidere in base agli elementi stessi se dell'oggetto del contendere egli sia o no competente a conoscere. Non è il caso dunque di distinguere la incompetenza in originaria e sopraggiunta (2); l'incompetenza o la competenza vi è fin dal momento in cui viene intentata l'azione, solchè gli atti della causa possono dimostrare solo se vi è l'una o l'altra, gli atti successivi possono dimostrare che vi era o non vi era quella competenza che dagli atti precedentemente eseguiti appariva esservi o non esservi.

Se la competenza si determina a base dei fatti che esistevano al momento della domanda giudiziale, le variazioni fatte dall'attore agli elementi della azione influenti sulla competenza, prima della domanda o contemporaneamente alla stessa, in tanto possono influire sulla competenza in quanto il rapporto giuridico fra attore e convenuto che si fa valere in giudizio venga a trovarsi per effetto dei cangiamenti dall'attore fatti allo stesso effettivamente cangiato. Questo principio più che altro vale a determinare gli effetti che sulla competenza sono prodotti dalla rinuncia fatta dall'attore a parte di ciò che aveva diritto di pretendere, rinuncia fatta preventivamente o contemporaneamente alla citazione in modo che, in seguito alla rinuncia, competente a conoscere sia un magistrato diverso da quello che sarebbe stato se la rinuncia non avesse avuto luogo. Se la rinuncia è accettata, costituendo la stessa un vincolo obbligatorio fra attore e convenuto, in modo che il primo non può più richiedere al secondo quanto è stato rinunciato, indubbiamente della rinuncia deve essere tenuto conto per la determinazione della competenza; ma, se questo vincolo obbligatorio non vi sia, o per la mancanza della accettazione o per la nullità della rinuncia, della stessa non può essere tenuto conto nella determinazione della competenza, la competenza deve essere determinata come se la rinuncia non avesse avuto luogo (3).

Posto ciò, la teorica relativa agli elementi a base dei quali la competenza deve esser determinata sarà completamente costruita tostochè sarà determinato di quali elementi, forniti dagli atti della causa, deve essere tenuto conto per decidere della competenza.

41. L'atto più importante, qualche volta il solo, che havvi per determinare la competenza, è la domanda dell'attore. Non vi può esser dubbio che il magistrato debba tener conto dell'atto stesso. Ma l'attore può nel corso del giudizio variare la sua domanda, e le variazioni che alla stessa possono esser introdotte sono di più specie. Può la variazione consistere in una radicale mutazione della azione esperita, o nella aggiunta alla azione esperita di altra azione. Può l'attore aver adito un giudice che a base della domanda sarebbe stato incompetente, e variare la domanda in modo da farla di competenza del giudice adito. Può l'attore aver adito un giudice che a base della domanda sarebbe stato competente, e variare la domanda stessa in modo che la causa, se la domanda fosse stata formolata colle variazioni fatte posteriormente, sarebbe stata di competenza di un magistrato diverso da quello adito.

Indubbiamente la parte in confronto della quale l'attore immuta radicalmente la domanda può chiedere di essere assolta dalla osservanza del giudizio che era stato introdotto per una azione diversa; ma può anche accettare che la controversia sia dibattuta sulla nuova azione fatta valere dall'attore. Questa controversia però agli effetti della competenza costituisce un giudizio nuovo da regolarsi colle norme relative ai giudizî nuovamente introdotti; agli effetti della competenza cangiata l'azione, il giudizio resta cangiato. Se la variazione consiste nell'aggiunta alla proposta azione di altra azione, allora dal momento che tanti sono i giudizî quante sono le azioni, si tratta di più giudizi riuniti in un solo. E però della competenza relativamente alla azione aggiunta sarà a decidersi colle norme proprie alla azione stessa, indipendentemente dalle norme che valgono per l'azione alla quale l'altra azione fu aggiunta (4). Di qui ne deriva che le variazioni allo stato degli atti delle quali si è discorso, non possono a stretto rigore parificarsi a quelle che costituiscono elementi per determinare di che azione si tratti e statuire sulla competenza, sono nuovi giudizi che si sostituiscono o si aggiungono a quello introdotto, e che come giudizi a sè stanti devono essere trattati.

Posto il principio che sono i fatti sussistenti al momento in cui la citazione viene notificata quelli che servono a definire l'azione e determinare la competenza, è facile dettare le regole relativamente alla influenza che hanno le altre due specie di variazioni che venissero dall'attore fatte alla domanda introduttiva; se la variazione dipende dallo stato di fatto esistente al momento della notifica della citazione, in modo che la variazione in altro non consista se non che nel porre la domanda all'unisono collo stato di fatto stesso, le introdotte variazioni sono elementi dei quali il giudice deve servirsi onde decidere se è o no competente a sentenziare, ma, se le variazioni non dipendono da tale stato di fatto, le stesse non esercitano alcuna influenza sul giudizio, il convenuto ha diritto a che il giudice, non ostante la variazione fatta dallo attore alla domanda, si dichiari competente od incompetente a seconda che dallo stato di fatto risulti (5), ed eguale diritto lo ha l'attore se il convenuto, in seguito a una variazione della domanda dell'attore avvenuta in seguito a fatti sòrti durante il giudizio, p. e., un pagamento parziale dal convenuto effettuato, pretende che il giudice adito che in origine era competente, sia divenuto incompetente in seguito alla variazione della domanda (6).

Nei casi nei quali il giudice dovrebbe tener conto delle

(1) Cass. Roma, 26 marzo 1885, *Cini* c. *Marinelli* (*Legge*, 1885, 2: 115.

(2) Vedi Mattirolo, ediz. 1892, I, 212.

(3) Cass. Firenze, 2 maggio 1887, *Sione* c. *Pelizzo* (*Giur. it.*, XXXIX, 1, 1, 678); Cass. Torino, 9 maggio 1893, *Soc. Operaia* c. *Drago* (*Giurispr.*, Torino, 1893, 356).

(4) V. Cass. Torino, 4 maggio 1885 *Costa* c. *Ducato* (*Giur.* Torino, 1885, 492).

(5) Per la dottrina italiana sul proposito vedi Pisanelli, Mancini e Scialoja, *Com. al Cod. Sardo*, I, n. 544; Borsari, Gargiulo, Mattei, Cuzzeri sull'art. 72; Saredo, I, 313; Ricci, I, 125; Mariani, 94; Mattirolo, ediz. 4ª, I, 215.

(6) Vedi App. Lucca, 5 agosto 1871, *Giure* c. *Perret* (*Annali*, 1871, 2, 460); Cass. Firenze, 7 febbraio 1895, *Strana* c. *De Reali* (*Temi Ven.*, 1895, 189); App. di Genova, 10 febbraio 1883, *Ratto* c. *Fabbric. di Alpicelle* (*Eco*, Genova, 1883, 203); Cass. Torino, 16 maggio 1882, *Borgatto* c. *Borgatto* (*Cass. Tor.*, 1882, 415); 6 settembre 1882, *Morosin* c. *Civelli* (*Legge*, 1883, 1,

variazioni nella determinazione della competenza, non ne deve tener conto se la variazione stessa non sia ammissibile nel giudizio che verte; onde è che, se, p. e., le variazioni consistono in una nuova domanda che viene fatta valere nel giudizio d'appello, della variazione che colla nuova domanda è introdotta nello stato degli atti non deve essere tenuto conto alcuno, perchè le nuove domande in appello sono inammissibili (1).

42. Il convenuto comparisce, e comparendo può ammettere l'azione proposta dall'attore e può oppugnarla; oppugnandola, può limitarsi a negare i fatti o ad opporre ragioni alle ragioni fatte valere contro di lui dall'attore, può far valere cioè difese, può far valere eccezioni, cioè far valere diritti che a lui appartengono in seguito a fatti diversi da quelli addotti dall'attore a base della sua domanda. Nel caso in cui il convenuto ammette l'azione proposta o si limita a difendersi, sebbene possa avvenire che le difese mettano a nudo circostanze che a tutta prima non apparivano dalla citazione e che possono influire sulla competenza, di regola gli atti della causa non subiscono in forza delle deduzioni del convenuto alcuna variazione, le deduzioni stesse non possono essere elementi per determinare che l'azione intentata dall'attore è diversa da quella che apparisce; è sullo stesso terreno che dall'attore fu scelto, che è circoscritto il dibattito, la competenza od incompetenza risulta dalla citazione, le deduzioni del convenuto nulla offrono di nuovo acciò il giudice possa ritenere variati gli elementi forniti dagli atti della causa per determinare la competenza (2). Nel caso in cui il convenuto opponga eccezioni, i fatti dedotti come base della eccezione possono essere tali che, ove sussistessero, l'attore non avrebbe potuto esperire l'azione esperita, ma avrebbe dovuto esperire un'azione diversa o radicalmente, o solo in qualcuno degli elementi importanti per la competenza; così, p. e., possono dimostrare che l'attore non doveva esperire un'azione di sfratto ma un'azione di rivendicazione; che doveva essere esperita non un'azione di un valore tale che stava nei limiti della competenza del giudice adito, ma un'azione di un valore superiore od inferiore ai limiti stessi; che non era un'azione per un contratto stipulato nel luogo in cui il giudizio fu introdotto che doveva esser esperita, ma un'azione per un contratto stipulato in un luogo diverso. Rimandando a quando si parlerà del giudizio sulla competenza l'esposizione delle regole relative alle deduzioni da parte del convenuto di fatti diretti al solo intento di oppugnare la competenza dell'Autorità giudiziaria adita, cioè delle regole relative alla eccezione d'incompetenza; a questo punto non è il caso di parlare che delle eccezioni opposte dal convenuto non tanto per oppugnare la competenza del giudice adito quanto per oppugnare il merito, e l'effetto delle quali sulla competenza, se effetto vi è, non è che indiretto.

In materia di influenza delle eccezioni del convenuto sulla determinazione della competenza vi sono alcuni punti nei quali i principii da adottarsi sono certi. E certo che, quando il convenuto oppone una eccezione per determinare la competenza non si deve cumulare l'azione e la eccezione, ma della competenza si deve giudicare avuto riguardo all'una ed all'altra (3). Infatti il diritto che si fa valere coll'azione è distinto dal diritto che si fa valere colla eccezione, se non altro relativamente alle persone alle quali i diritti appartengono, e però non possono cumularsi per determinare quale sia il magistrato competente a pronunciare sugli stessi. È anche certo che, quand'anche il convenuto alleghi diritti propri in confronto dell'attore, se si limita a riservarsi di far valere i diritti stessi a suo tempo, la sua riserva non produce alcuna variazione allo stato degli atti relativamente alla competenza (4); dal momento che per effetto della riserva il giudice non è chiamato a dare una decisione sulla esistenza o meno di quei diritti, è evidente che di variazione degli atti in tal caso non è da parlare. Un terzo principio anche certo si è che, quando il convenuto colla eccezione fa valere un diritto che se si fosse fatto valere con azione principale la pronuncia sullo stesso sarebbe stata di competenza del magistrato adito o di un magistrato a lui inferiore, la eccezione non introduce alcuna variazione nello stato degli atti relativamente alla competenza: la continenza della causa fa sì che il giudice che pronuncia sull'azione pronunciar debba anche sulla eccezione. Il capoverso dell'art. 101 e la prima parte dell'art. 102 codice procedura civile sono la dimostrazione della verità di un tale principio.

Ma quando colla eccezione il convenuto fa valere un diritto che se fosse fatto valere con azione principale avrebbe dovuto essere conosciuto da un giudice superiore a quello che è stato adito dall'attore, è controverso se l'eccezione faccia o non faccia variare lo stato degli atti della causa relativamente alla competenza.

Per una decisione (5), opposta dal convenuto una eccezione che non entra nella competenza del giudice adito, il magistrato può ritenere la causa principale sospendendo la decisione della stessa fino al giudizio sulla eccezione che può essere rinviata al giudizio competente; ma ben si contraddice ad un tale principio rispondendo (6) che non può la continenza della causa essere scissa, non può essere disgiunto il giudizio sull'azione da quello sulla eccezione; o vi è l'incompetenza o vi è la competenza per l'intiera causa, non vi può essere per una parte di essa la competenza, e per un'altra parte la incompetenza del magistrato adito. Per un'altra decisione (7), quando il convenuto sollevi coll'eccezione una questione che eccederebbe la competenza del giudice adito, se le parti sono di accordo nel voler limitata la decisione alla domanda principale proposta dall'attore, può il giudice esaminare la eccezione in quanto sia necessario per giudicare delle questioni di sua competenza, e l'autorità del suo giudicato non si estenderà oltre queste. Ma con ciò si ammette che le parti possano cangiare l'indole dell'azione, ciò che si è veduto non essere possibile.

---

199); Cass. Napoli, 5 aprile 1882, *Stelle c. Niccoli* (*Gazz. Proc.*, XVIII, 138); Cass. Torino, *Vacce* c. *Badano* (*Gazz. pret.* 1885, 2); Cass. Firenze, 15 agosto 1885, *Ospedale di Lucca* c. *Orlandi* (*Temi Ven.*, 1885, 372); App. Venezia, 19 dicembre 1884, *Cortese* c. *Garofolo* (*Temi Ven.*, 1885, 32).

(1) Cass. Roma, 3 gennaio 1879, *Melini* c. *Sciorea* (*Corte Supr.*, 1879, 53).

(2) V. App. Macerata, 4 settembre 1890, *Gentili* c. *Bernardini* (*Legge*, 1890, 2, 561).

(3) Confr. art. 101, 102 codice procedura civile; Cassazione Roma, 10 dicembre 1880, *Conti* c. *Comune di Calvi* (*Legge*, 1881, 1, 511).

(4) App. Torino, 2 marzo 1872, *Antongini* c. *Albertone* (*Giur.*, Torino, 1872, 362).

(5) Cass. Napoli, 4 maggio 1867, *Trovillo* c. *Torelli* (*Gazz. Proc.*, II, 347).

(6) Cass. Firenze, 11 dicembre 1879, *Comune di Greve* c. *Fabbri* (*Temi Ven.*, 1880, 65).

(7) Trib. di Bologna, 30 gennaio 1886, *Mazzetti* c. *Mazzetti*, (*Riv. Giur.*, Bologna, 1886, 46).

Sgombrato così il campo dalle opinioni isolate, si può senz'altro entrare nell'esposizione di quelle che hanno un seguito nella giurisprudenza.

Alcune decisioni stabiliscono in modo assoluto il principio che, quando il convenuto oppone una eccezione con la quale vien fatto valere un diritto che se fatto valere con azione principale sarebbe di cognizione di un giudice superiore all'adito, gli atti della causa subiscono agli effetti della competenza una variazione della quale deve essere tenuto conto (1); altre vanno nel principio opposto, stabiliscono cioè che colla eccezione del convenuto lo stato degli atti relativamente alla competenza non subisce alcuna variazione, e la competenza è quale si determina a base delle azioni fatte valere dall'attore (2); fra queste ultime, alcune negano al

(1) Cass. Napoli, 14 nov. 1872, *Merolla* c. *Vigorito* (*Gazz. Proc.*, VII, 583) e 21 gennaio 1869, *Guadagno* c. *Prea* (*Ann.* 1869, 1, 208); App. Venezia, 24 nov. 1874, *Camerini* c. *Manzetti* (*Eco Trib.*, 1874, 461); Cass. Napoli, 8 febbraio 1868, *Carbone* c. *Licopoli* (*Giur.* Torino, 1868, 331); Cass. Firenze, 25 giugno 1874, *Bellotti* c. *Collegio degli Armeni* (*Ann.* 1874, 427); Cass Torino, 3 aprile 1868, *Porto* c. *Pallavicino* (*Gazz. G.*, 1868, 184) e 24 gennaio 1868, *Alberti* c. *Mun. Milano* (*Giur.* Torino 1868, 135); App. Napoli, 20 aprile 1875, *Andreani* c. *Salandra* (*Gazz. Proc.* X, 390); Cass. Firenze, 11 dic. 1871, *Mittanda* c. *Frugoli* (*Ann.*, 1872, 35); App. Napoli, 24 aprile 1874, *Zaccaro* c. *Costanzo* (*Gazz. Proc.*, IX, 318); Cass. Torino, 30 novembre 1871, *Bischizio* c. *Prinetti*, (*Giur. Ital.*, 1871, 1, 761); Cass. Firenze, 12 magg.o 1873, *Lunardo* c. *Antoniani* (*Ann.*, 1873, 1, 249) e 9 febbraio 1880, *Ercolani* c. *Abelli* (*Giur. Ital.*, 1880, 1, 680); Cass. Napoli, 21 luglio 1879, *Com. riuniti di Castri* c. *De Limone* (*Legge*, 1880, 230); Cass. Roma, 25 maggio 1878, *Lefevre* c. *Morgani*. *Giur. It.*, 1878, 1, 1027); Cass. Torino, 8 marzo 1878, *Pallavicino* c. *Finanze* (*Ann.*, 1878, 1, 233); Cass. Napoli, 18 novembre 1876, *Del Balzo* c. *De Leonardi* (*Gazz. Proc.*, XI, 54); Cass. Roma 30 novembre 1876, *Finanze* c. *Cong. di Vesciano* (*Legge*, 1877, 1, 31 e 23 agosto 1877, *Sciarra* c. *Primavera* (*Foro It.*, 1877, I, 432; Cass. Palermo, 21 dicembre 1878, *Lollina* c. *Cacciola* (*Circ. Giur.*, 1879, 367); Cass. Firenze, 11 dicembre 1876, *Guida* c. *Scafini* (*Ann.*, 1877, 28); App. Roma, 26 aprile 1881, *Bellaganza* c. *Cavatelli* (*Temi Rom.*, 1881, 177); Cass. Napoli, 13 maggio 1881, *Tufari* c. *Anguilli* (*Gazz. Nap.*, 1881, 554); Cass. Torino, 24 aprile 1882, *Cajero* c. *Destefanis* (*Cass. Tor.*, 1882, 2, 407); Cass. Torino, 23 dicembre 1873, *Scala* c. *Zauli*, (*Giur.* Torino 1874, 264); Cass. Torino, 16 maggio 1882, *Borgatta* c. *Borgatta* (*Cass. Tor.*, 1882, 415); Cass. Napoli, 12 giugno 1883, *Spagna* c. *Guarino* (*Gazz. Proc.*, XVIII, 310); Trib. Torino, 9 giugno 1883, *Benvenuti* c. *Perna*, (*Giur.* Torino, 1883, 774); App. Casale, 8 maggio 1883, *Repetto* c. *Repetto*, (*Giur. Cas.*, 1883, 273); Cass. Torino, 23 luglio 1883, *Giacosa* c. *Guglielmada* (*Giur.* Torino, 1883, 991); Cass. Roma, 26 marzo 1885, *Gini* c. *Marinelli* (*Tem. Rom.*, 1885, 95); Cass. Firenze, 11 dicembre 1884, *Menichetti* c. *Sforza* (*Temi Ven.*, 1885, 70); Cass. Roma, 27 gennaio 1885, *Piergiovanni* c. *Nossa* (*Foro It.*, 1885, 1, 129); Cass. Firenze, 22 gennaio 1885, *Pirocca* c. *Bertani*, (*Temi Ven.* 1885, 83); App. Aquila, 27 dicembre 1887, *Di Fante* c. *De Gregori* (*Foro Abruzz.*, 1881, 14); Cass. Torino, 17 maggio 1888, *Patroni* c. *Parodi* (*Giur.*, Torino, 1888 361); Cass. Roma, 12 gennaio 1890, *Campo* c. *Cavallini* (*Foro It.*, 1890, 1, 175) e 10 luglio 1890, *Palmigianni* c. *Crescenzi* (*Legge*, 1890,, 2, 39); App. Torino, 26 maggio 1891, *Rovere* c. *Zampini* (*Giur. It.*, 1891, 2, 535); Cass. Torino, 9 settembre 1891, *Giravegna* c. *Poggio*, (*Giur.* Torino, 1891, 625); Cass. Firenze, 11 maggio 1891, *Gheri* c. *Saccardi* (*Tem. Ven.*, 1891, 303); Cass., Napoli, 15 dicembre 1890, *Anzalone* c. *Modugno* (*Dir. e Giur.*, IV. 332); Cass. Palermo, 8 novembre 1891, *Bonanno* c. *Greco* (*Foro It.*, 1892, 1, 808); Cass. Roma, 24 luglio 1893, *Garroni* c. *Marzari* (*Foro*, *It.*, 1893, 1, 1000).

Quest'ultima decisione è così motivata:

La Corte, ecc. — « Considerando che con l'art. 82, n. 5, cod. proc. civ. si concede al pretore la potestà di conoscere delle azioni di sfratto *per finita locazione*, anche se eccedano il valore dell'ordinaria competenza pretoriale. Tale speciale attribuzione però non avviene, come sorge chiaro dalle parole *per finita locazione*, se non quando cadendo in disputa la fine della locazione, occorra al locatore un qualche provvedimento che valga a fargli ottenere il pronto sgombro del conduttore dal fondo locato. Non si verifica lo stessso se il conduttore, ricevuta, come nella specie, la disdetta, vi si opponga, pretendendo che la locazione debba invece proseguire. In questo caso l'azione di sfratto non più ha per base la semplice e non controversa fine della locazione, e quindi cessa la competenza speciale attribuita al pretore eziandio per valore eccedente la costui ordinaria competenza, e subentra quella che si misura dal valore della locazione che si assume dover continuare. Torna poi palese che, così essendo, non si offre, *in iure*, possibile separare dall'azione di sfratto per finita locazione la pretesa di dover la medesima proseguire.

« Nè giova in contrario l'invocare l'art. 101 di detto cod. proc. civ. Non si versa, secondochè in cotesto articolo si richiede, in due azioni di cui una sia principale e l'altra riconvenzionale, da poter esse rimanere separate per far luogo a due cause distinte.

« Costituisce in effetti una eccezione veramente perentoria contro la pretesa di locazione finita l'altra che questa non sia finita, e non un'azione priva di un nesso immediato e diretto con la domanda principale, sì da escluderne l'unico presupposto essenziale.

« Inoltre la voluta riconvenzionale della pretesa continuazione locativa ha un valore, come ritennero i giudici di merito e non si nega dalle parti, eccedente la competenza ordinaria pretoriale, diguisachè, ove fosse il caso della riconvenzionale, mancherebbe, per applicare nella specie l'invocato art. 101, il valore della stessa, che non dovrebbe eccedere le lire 1500. Identicamente non è il caso di azione accessoria che segua la competenza dell'azione principale, trattandosi di eccezione, che si radica nella domanda e non di azione.

« A chi poi, per confortare la teorica della separazione, osservi che l'accolta interpretazione appresti ai conduttori di mala fede un modo facile di eludere le azioni di sfratto per finita locazione, non si tarda a ricordare che non si neghi punto al giudice non tener conto di eccezione la quale sembri elevata senza ombra di fondamento a scopo esclusivamente dilatorio: *malitiis non est indulgendum*. Ma non sarebbe giusto aggravare la condizione giuridica di un conduttore che presentasse ragioni serie e plausibili per sostenere che una locazione non fosse finita. Se è giusto tutelare i diritti dei locatori, non è men giusto tutelare, all'identica stregua, i diritti dei conduttori. »

(2) Cass. di Torino 26 luglio 1872, N. N. (*Ann.*, 1872, 1, 358 e 17 maggio 1875, *Derossi* c. *Bettini* (*Monit. Giud.*, 1875, 587); Cass. Napoli, 17 giugno 1869, *Gusmann* c. *Torelli* (*Giur. It.*, 1869, 371); 22 aprile 1873, *Basili* c. *Lionello* (*Giur.* Torino, 1873, 192); 14 agosto 1867, *Cesarò* c. *Clarizia* (*Monit. Trib.*, 1867, 676); 5 marzo 1872, *Onofrio* c. *Parascandalo* (*Gazz. Proc.*, VII, 298); Cass. Firenze, 25 giugno 1874, *Belletti* c. *Collegio degli Armeni* (*Ann.*, 1874, 1, 427); Cass. Palermo, 1° luglio 1873, *Grasso* c. *Arcola* (*Ann.*, 1873, 1, 478); Cass. Firenze, 5-10 aprile 1875, *Chiavistelli* c. *Trassini* (*Monit. Giud.*, 1875, 460); Cass. Napoli, 22 marzo 1870, *Ciantelli* c. *Chiai* (*Legge*, 1870, 1, 609); Cass. Torino, 31 gennaio 1879, (*Notazzi* c. *Casella* (*Foro It.*, 1879, 1, 1221); Cass. Firenze, 11 aprile 1878, *Panerà* c. *Mengozzi* (*Monit. Giud.*, 1878, 276); Cass. Messina, 30 agosto 1877, *D'Arrigo* c. *Riolo* (*Temi Zancl.*, 1877, 101); Cass. Roma, 15 marzo 1876, *Lenzi* c. *Locci* (*Giur.*, Torino, 1876, 323); Cass. Torino, 27 dicembre 1879, *Vairo* c. *Pozzoli* (*Id.*, 1879, 112); Cass. Roma, 3 maggio 1877, *Modigliani* c. *Galcara* (*Legge*, 1877, 1, 477; Trib. Bologna, 30 novembre 1871, *Ponsot* c. *Massa*, (*Riv. Giur.*, Bologna, 1879, 349); Cass. Torino, 14 febbraio 1881, *Mearre* c. *Franzi* (*Giur.*, Torino, 1831, 284); Cass. Roma, 27 luglio 1876,

magistrato adito perfino il potere di occuparsi delle eccezioni dal convenuto opposte (1). Altre infine distinguono le eccezioni in due categorie: la prima è costituita dalle eccezioni che non hanno alcuna influenza sulla domanda (2), che non sono tali da cangiare la domanda e la relativa competenza (3), che involgono questioni estranee alla causa (4), la cui decisione non è necessaria per la decisione sull'azione (5), che sono improponibili nel giudizio (6), che non esorbitano dalla competenza del magistrato adito (7), che non variano l'indole dell'azione (8), il cui oggetto non è distinto dalla domanda essendo diretto puramente a respingere l'azione (9), che hanno il carattere di un mezzo di difesa (10), che riguardano la esistenza e la portata del titolo su cui l'azione si fonda (11), la cui decisione non può andare più in là della domanda (12), che sono un mezzo per decidere sulla domanda (13), che hanno il solo scopo di conoscere l'esistenza delle condizioni di diritto che sono il fondamento delle azioni intentate (14); e per queste si ammette la nessuna influenza

---

Jacobini c. *Cerri* (*Monit. Giud.*. 1876, 785); Cass. Firenze, 20 febbraio 1873, *Vitarelli* c. *Maderno* (*Foro It.*. 1883, 1, 611); Appello Genova, 10 febbraio 1883, *Rutta* c. *Fabb. di Alpicella*. *Eco gen.*. 1883, 203; Cass. Roma, 17 dicembre 1884, *Valipiani* c. *Di Tizio* (*Temi Rom.*. 1884, 681); App. Trani, 5 febbraio 1884. *Lieti* c. *Gioffrese* (*Riv. giur.*, Trani, 1884, 458; Cass. Torino, 30 giugno 1886, *Deminotti* c. *Damina* (*Foro It.*. 1886, 1, 861); Cass. Napoli, 19 ottobre 1886, *Santillo* c. *Petrillo* (*Dir. e giur.* II, 233); Cass. Roma, 7 febbraio 1887, *Grandino* c. *Santini* (*Foro It.*. 1887, 1, 718): Cass. Napoli, 26 gennaio 1888, *Leone* c. *Rasauda* (*Gazz. Proc.*. XXII, 291); Pret. Palermo, 30 aprile 1888, *Cuccia* c. *Rainari* (*Mon. pret.*, 1889, 96); Trib. Bologna, 31 gennaio 1890, *Golforni* c. *Drusiani* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1890. 73; App. Catania, 29 settembre 1891, *Capinetto* c. *Batacchio* (*Giurisprudenza Cat.*. 1891, 201); Cass. Torino, 30 maggio 1892, *Currioni* c. *Vecci*. (*Mon. Trib.*. 1892, 545); Cass. Firenze, 15 marzo 1895, *Chigi* c. *Ferretti* (*Temi Ven.*. 1895, 169); Cass. Roma, 25 gennaio 1893, *Vicentini* c. *Orlandi* (*Foro It.*, 1893, 1, 114).

La sopracitata decisione 7 febbraio 1887 della Cass. di Roma è così motivata:

« La Corte ha osservato:

« Che si sia venuto per sostenere, in sostanza, che la competenza eccezionale data ai pretori per le azioni di sfratto sia limitata soltanto al caso in cui dalle parti non si faccia contrasto alcuno in ordine alla durata del contratto. Ma, poichè, nella fattispecie, così dal ricorrente si argomenta, la durata del contratto era dipendente dalla validità della disdetta; così questa oppugnandosi, si veniva indirettamente ad impugnare la pretesa finita locazione. D'onde la illazione, che il pretore avrebbe dovuto dirsi incompetente a conoscere della proposta azione di sfratto a tenore degli art. 100, n° 3. 101 e 102 cod. proc. civ.

« Però all'argomento del ricorrente il tribunale civ. rispose, e bene avvedutamente, nelle sue considerazioni, invocando la massima per la quale si vuole che il giudice dell'azione sia pur competente a conoscere dell'eccezione; e più specialmente quando l'eccezione non abbia serio fondamento; non essendo lecito alle parti di rendere oziosa una disposizione di ordine giurisdizionale, con una eccezione manifestamente insussistente.

« Ora, non può dirsi, invero, che le considerazioni premesse a questo riguardo dal tribunale civile offendano le regole dalla competenza segnate negli articoli di procedura pur dianzi accennati. La materia dedotta in lite era infatti un'azione di sfratto per finita locazione, compresa certamente fra quelle che sono dall'art. 82 espressamente devolute alla cognizione dei pretori. Nè per l'eccezione proposta dal convenuto venne punto ad immutarsi la natura e l'indole dell'azione promossa in giudizio; imperciocchè da parte del convenuto non si venne per sostenere che la locazione non fosse finita in forza del primo contratto, ma si pretese negare che si potesse volere lo sfratto del locatario da chi non era all'epoca della intimata disdetta il vero e definitivo deliberatario del Comune.

« Però in questa che era una pura eccezione dedotta al fine di insistere soltanto all'intenzione dell'attore e di evitare una condanna, non si conteneva punto una vera riconvenzione, che per materia o valore uscisse dai limiti della competenza pretoriale. Le disposizioni quindi dell'alinea dell'art. 101 e 102 sono male invocate ed inapplicabili al caso inesame.

« Ed invero, altra cosa è l'eccezione, ed altra e ben diversa la riconvenzione; l'una è data per escludere l'azione avversaria o per menomarne l'effetto, l'altra tende a paralizzarla alla mercè di un'azione consimile ovvero contraria. *Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni minusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationem deductum est* (*1, 2 princ. Dig. 44. 1, de except. praescr.*). *Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem* (*1, 22 princ. Dig. cod.*).

« Nell'eccezione si ha una pura *defensio*, una *replicatio*; nella riconvenzione invece commista alla *defensio* havvi pure l'*actio* e perciò dicesi azione in riconvenzione.

« D'onde la conseguenza, che quando trattasi di un'eccezione semplice che si elevi a solo scopo di escludere l'azione principale, non si possa per essa sola alterare l'ordine delle giurisdizioni; ed il giudice dell'azione rimanga giudice ancora dell'eccezione. Quando però trattasi di una eccezione nella quale è implicita la deduzione di un'azione contraria e per cui dicesi più correttamente riconvenzione, la competenza può sicuramente variare secondo che diverso sia il valore o la materia che si viene per essa a mettere in questione, essendo risaputo come in questo caso *maior quaestio minorem ad se trahit*.

« Questo modo d'intendere le disposizioni eccezionali scritte negli art. 100, n. 3, 101 al. e 102, pone in armonia le disposizioni stesse col n° 5 dell'art. 82, e salva da ogni censura l'applicazione che di esse ebbe a farne la denunciata sentenza.. »

(1) Cass. Roma, 6 aprile 1880, *Malatesta* c. *Vescovo di Aquila* (*Giur. It.*, 1880. 1, 1); Cass. Torino, 29 gennaio 1880, *Clerici* c. *Trivulzii* (*Giur.*, Torino, 1880, 218).

(2) Cass. Firenze, 22 gennaio 1867, *Ghilli* c. *Ciambellini* (*Gazz. G.*, 1867, 433); Cass. Torino, 8 marzo 1878, *Pallavicino* c. *Finanze* (*Ann.*, 1878, 1. 233); Cass. Roma, 11 giugno 1879, *Caresi* c. *Coletti* (*Legge*, 1879, 1, 535).

(3) App. Torino, 8 maggio 1874, *Cassa generale delle famiglie* c. *Tornati* (*Giur.*, Torino, 1874, 475).

(4) Cass. Torino, 21 maggio 1889, *Salsi* c. *Cong. di Carità di Gimeno* (*Giur.*, Torino, 1889, 728).

(5) Cass. Torino, 24 agosto 1892, *De Azarta* c. *Com. Genova* (*Giur.*, Torino, 1892, 585).

(6) Cass. Torino, 20 ottobre 1892, *Firgio* c. *Rossi* (*Giur.*, Torino, 1892, 774).

(7) Cass. Roma, 30 giugno 1893, *Marella* c. *Poggiosi* (*Corte Supr.*. 1893, 252).

(8) Cass. Firenze, 21 novembre 1872, *Marcandino* c. *Bessone* (*Giur.* Torino, 1873, 112).

(9) Cass. Torino, 17 luglio 1892, *Aziello* c. *Aimone* (*Legge*, 1872, 1, 1109); Trib. Viterbo, 17 novembre 1881, *Coletta* c. *Coletta* (*Temi Rom.*, 1881, 556); Cass. Napoli, 5 febbraio 1884, *Nardulli* c. *Papadopoli* (*Cass. Proc.*, XIX, 33); Cass. Torino, 1 giugno 1885, *Vecchi* c. *Angeloni* (*Giur.* Torino, 1885, 397).

(10) Cass. Torino, 24 agosto 1882, *Caiero* c. *De Stefanis* (*Cass. Tor.*, 1882, 407).

(11) App. Milano, 7 ottobre 1892, *Repetto* c. *Ferrovie Merid.* (*Gazz. Trib.*. Milano, 1892, 996).

(12) Cass. Firenze, 20 luglio 1893, *Santini* c. *Niccolini* (*Temi Ven.*, 1893, 494).

(13) Cass. Torino, 21 marzo 1894, *Para* c. *Curti* (*Giur. It.*, 1894, 1, 1, 518).

(14) Cass. Palermo, 18 luglio 1895, *Monti* c. *Scindesi* (*Foro Sic.*, 1893, 304).

a variare lo stato degli atti relativamente alla determinazione della competenza (1).

La seconda categoria è costituita dalle eccezioni che:

ampliano l'oggetto della contesa (2);

implicano una indagine sul fondamento dell'azione (3);

cangiano l'oggetto della domanda (4);

si immedesimano, si compenetrano nella domanda (5);

hanno un effetto proprio (6);

oltre l'oggetto della domanda involgono anche il tit. (7);

importano la necessità di statuire sulla stessa in modo diretto (8);

sollevano una questione diversa da quella promossa dall'attore (9);

divengono dipendenti dalla domanda (10);

vengono a costituire colla domanda una questione unica (11);

implicano una questione che deve necessariamente risolversi per decidere della causa (12);

si rannodano ad un titolo la cui cognizione è di diversa competenza (13);

offrono un reale impedimento al corso della azione (14);

involgono una controversia la cui decisione farebbe stato fra le parti (15);

assorbono l'azione in guisa da diventare oggetto principa'e della domanda (16);

si riferiscono ad un diritto sul quale il giudice deve statuire (17);

distruggono ed isteriliscono l'azione principale nascente dal titolo dell'attore (18);

investono il diritto su cui la domanda s'incardina (19);

sono in rapporto diretto colla domanda in modo che non si può pronunciare su questa senza pronunciare su quella (20);

assorbono la questione principale (21);

sono così connesse colla domanda principale da non poter esserne separate (22);

involgono questioni pregiudiziali all'azione (23);

costituiscono una questione sulla quale non si può pronunciare in via incidentale, ma sulla quale si deve pronunciare in via principale (24);

non possono scindersi dalla domanda (25);

accampano un diritto che si contrappone a quello dello attore (26);

tendono ad immutare il significato e la portata giuridica della domanda (27);

hanno un merito obbiettivamente ed intrinsecamente connesso coll'oggetto dedotto in giudizio (28).

---

(1) Decisioni citate.

(2) Cass. Roma, 13 gennaio 1879, *Petroni* c. *Sandroni* (*Gior. giur.*, 1874, 230) e 28 luglio 1881 *Sperling* c. *Marini* (*Legge*, 1881, 2, 599); Pretore Cotignano, 18 febbraio 1885, *Aliprandi* c. *Pulsonelli* (*Foro Abruzz.*, 1885, 179): Cass. Roma, 10 marzo 1886, *Pandolfi* c. *Vicoli* (*Temi Rom.*, 1886, 291 e 23 novembre 1886, *Pariani* c. *Ciri* (*Temi Rom.*, 1886, 577); Cass. Napoli, 3 marzo 1886, *Ricciardi* c. *Ornatello* (*Gazz. Proc.*, XX, 524); App. Torino, 28 marzo 1887, *Bertoli* c. *Miletto* (*Giur.* Torino, 1887, 367); Cass. Torino, 29 dicembre 1886, *Malfanti* c. *Ferrando* (*Giur.* Torino, 1887, 102); Cass. Roma, 20 gennaio 1887, *Fanelli* c. *Liberatore* (*Legge*, 1887, 112); App. Roma, 10 maggio 1887, *Palmegiani* c. *Crescenzi* (*Temi Rom.*, 1887, 132).

(3) Cass. Roma, 28 luglio 1881, *Sperling* c. *Marini* (*Legge*, 1881, 2, 579).

(4) App. Torino, 8 maggio 1874, *Cassa generale delle famiglie* c. *Tornati* (*Giur.* Torino, 1874, 479).

(5) App. Torino, 8 maggio 1874, *Cassa generale delle famiglie* c. *Tornati* (*Giur.* Torino, 1874, 479); Cass. Firenze, 9 febbraio 1880, *Ercolani* c. *Abelli* (*Giur. It.*, 1880, 1, 1, 573); Cass. Napoli, 30 dicembre 1876, *Marino* c. *Baratta* (*Giur. It.*, 1877, 306); Cass. Torino, 24 agosto 1882, *Cajero* c. *De Stefanis* (*Cass. Tor.*, 1882, 407); Cass. Napoli, 10 gennaio 1882, *Serrata* c. *Colasso* (*Gazz. Proc.*, XVII, 331); Cass. Roma, 6 aprile 1880, *Malatesta* c. *Vescovo di Aquila* (*Giur. It.*, 1880, 1, 1, 820).

(6) App. Palermo, 22 gennaio 1879, *Bagnasco* c. *D'Amico* (*Circ. giur.*, 1879, 61); App. Venezia, 21 febbraio 1882, *Comp. « La Nazione »* c. *Giandini* (*Riv. giur.* Bologna, 1882, 88).

(7) Cass. Firenze, 22 giugno 1876, *Rosa* c. *Scolari* (*Ann.* 1876, 534); App. Venezia, 19 marzo 1879, *Beltrami* c. *Suetz* (*Temi Ven.*, 1879, 1, 213); Cass. Firenze, 11 novembre 1889, *Pasqui* c. *Gandolfi* (*Temi Ven.*, 1890, 78).

(8) Cass. Roma, 31 gennaio 1879, *Petracca* c. *Guarrone* (*Giur. It.*, 1879, 1, I, 202).

(9) Trib. Viterbo, 17 novembre 1881, *Coletta* c. *Coletta* (*Temi Rom.*, 1881, 550).

(10) Cass. Napoli, 1° gennaio 1882, *Serrata* c. *Solazzo* (*Gazz. proc.*, XVII, 331).

(11) Cass. Napoli, 1° dicembre 1882, *Testini* c. *Chiara* (*Gazz. proc.*, XVII, 66); Cass. Torino, 5 aprile 1886, *De Terzi* c. *Franzoni* (*Giur.* Torino, 1886, 456).

(12) Cass. Napoli, 24 novembre 1882, *Caruso* c. *Graziano* (*Gazz. proc.*, XVIII, 568).

(13) Cass. Firenze, 5 aprile 1883, *Mattei* c. *Dragoni* (*Temi Ven.*, 1883, 380).

(14) Cass. Roma, 12 febbraio 1880, *Zara* c. *Martelli* (*Temi Rom.*, 1881, 81).

(15) Cass. Firenze, 9 luglio 1874, *Caetani* c. *Fagioli* (*Ann.*, 1874, 1, 392) e 5 aprile 1883, *Mattei* c. *Dragoni* (*Temi Ven.*, 1883, 380); Cass. Torino, 24 agosto 1886, *Albertazzi* c. *Barbera* (*Giur.*, Torino, 1886, 655); App. Milano, 7 ottobre 1892, *Rapetti* c. *Ferr. Meditt.* (*Mon. Trib.*, 1892, 996); Cass. Torino, 24 agosto 1892, *De Aziarte* c. *Comune di Genova* (*Giur.* Torino, 1892, 585); Trib Lecce, 25 maggio 1895, *Albano* c. *Lupo* (*Pisanelli*, 1895, 159).

(16) Trib. Lanciano, 26 settembre 1887, *Di Giuseppe* c. *Di Giuseppe* (*Temi Abruzz.*, 1884, 64).

(17) Trib. Camerino, 15 giugno 1888, *Piselli* c. *Capucci* (*Giorn. giur. dell'Italia centrale*, 1888, 172).

(18) App. Messina, 19 dicembre 1887, *Siracusa* c. *Siracusa* (*Foro Mess.*, IV, 137).

(19) Cass. Roma, 3 febbraio 1888, *Venturi* c. *Com. di Gatteo* (*Legge*, 1888, 1, 469).

(20) Cass. Torino, 21 maggio 1889, *Saleri* c. *Congr. di carità di Giminiano* (*Giur.* Torino, 1889, 728); Cass. Torino, 24 agosto 1892 *De Aziarte* c. *Com. di Genova* (*Id.*, 1892, 585).

(21) Cass. Torino, 24 gennaio 1891, *Pescarmone* c. *Ayene* (*Giur.* Torino, 1891, 93) e 21 dicembre 1892, *Bernardi* c. *Coronetti* (*Id.*, 1893, 84).

(22) Cass. Roma, 1 giugno 1876, *De Dominicis* c. *Colangelo* (*Ann.*, 1876, 1, 530); Cass. Torino, 6 giugno 1893, *Villiere* c. *Prazzi* (*Giur.* Torino, 1893, 385).

(23) Trib. Messina, 23 febbraio 1870, *Buscaini* c. *Ansalone* (*Temi Zancl.*, 1870, 12).

(24) Cass. Torino, 13 settembre 1870, *Liberati* c. *Giordano* (*Giur. It.*, 1870, 1, I, 777); Cass. Firenze, 19 giugno 1879, *Giulay* c. *De Re* (*Mon. Trib.*, 1879, 764); Cass. Firenze, 11 dicembre 1879, *Fontelli* c. *Fabbri* (*Foro It.*, 1880, 1, 296).

(25) Cass. Firenze, 6 febbraio 1880, *Ercolani* c. *Rossi* (*Legge*, 1880, 1, 680).

(26) Cass. Roma, 22 marzo 1878, *Lefevre* c. *Morisani* (*Legge*, 1878, 1, 492).

(27) Cass. Roma, 13 gennaio 1879, *Petroni* c. *Gandoni* (*Giorn. giur.* 1879, 320).

(28) Cass. Roma, 28 luglio 1885, *Sperling* c. *Marini* (*Legge*, 1881, 2, 579).

Per questa categoria di eccezioni si ritiene che gli atti della causa subiscano a causa delle eccezioni opposte una tale variazione da tenerne conto nella determinazione della competenza in modo che in seguito alla loro opposizione il magistrato adito diviene incompetente a pronunciare anche sull'azione principale e deve rinviare l'intiera causa al magistrato superiore (1). Alcune decisioni però non ammettono che tale effetto si avveri in ogni caso, addossando al giudice l'obbligo di delibare sommariamente l'eccezione, con giudizio impugnabile in appello (2), onde decidere se la stessa presenta o no fondamento, e di ritenere variato lo stato degli atti solo allora che un tale fondamento apparisca esistente (3).

Tale è lo stato della giurisprudenza al riguardo.

Quando le eccezioni del convenuto siano tali che la sentenza che si dovesse pronunciare sulle stesse non vada più in là della azione dall'attore proposta, il principio che le eccezioni non variano agli effetti della competenza lo stato degli atti quale è determinato dalla azione proposta, il principio cioè che il giudice della azione è il giudice della eccezione, si presenta come un principio di una indiscutibile verità. Infatti il giudice investito della cognizione di una azione può accogliere o respingere l'azione stessa, e necessariamente per far ciò deve poter usare i mezzi all'uopo opportuni, conoscere cioè di quanto dalle parti viene allegato per persuaderlo ad accogliere o rigettare l'istanza a lui fatta. La competenza del giudice, come si è dimostrato più sopra, va calcolata in base agli effetti che la sua decisione sarà per avere come cosa giudicata, ed una volta che conoscendo di una eccezione gli effetti della cosa giudicata sulla stessa non vanno al di là della azione proposta, è indifferente che il diritto che la eccezione tende a far affermare esistente, se invece di eccezione si trattasse di azione principale, sia di competenza del giudice adito o del giudice superiore. In questo caso il giudizio non viene pronunciato sulla eccezione nella sua totalità, ma in quella parte della stessa che è relativa alla azione. Così, dato, p. e., che una persona impetisca, con una azione che sta nella competenza del giudice adito, un'altra persona per ottenere il pagamento di un legato, ed il convenuto eccepisca di non essere erede, anche se atteso il valore della eredità il decidere sulla qualità di erede, se proposta tale questione come questione principale, sia fuori di competenza del giudice adito, egli sarebbe medesimamente competente a decidere sulla eccezione, poichè il suo pronunciato non sarebbe tale da costituire cosa giudicata sulla qualità di erede del convenuto, non costituirebbe cosa giudicata che sul punto se dal convenuto si debba o no all'attore il pagamento del legato. Un argomento per ritenere la verità di questo principio è dato dall'art. 79 della legge consolare: per questo articolo sono sempre riservate ai tribunali civili del regno le cause riguardanti lo stato civile delle persone, salvo ai consoli ed ai tribunali consolari la cognizione di tali questioni in via incidentale, nel quale caso gli effetti della cosa giudicata sono limitati alle specie decise.

Ma non sempre le eccezioni sono tali che possa un giudizio sulle stesse contenersi nei limiti della azione proposta; spesso accade che necessariamente il giudizio che vien pronunciato sulle stesse non può contenersi entro i limiti anzidetti; ciocchè si avvera tutte le volte che colla eccezione si fa valere un diritto che contrapposto al diritto fatto valere dall'attore lo viene a distruggere. Così, per citare un caso che spesso offre occasione alla giurisprudenza di pronunciarsi, dato che l'attore faccia valere l'azione di sfratto e che il convenuto opponga come eccezione di essere proprietario dell'immobile o di aver diritto di rimanere nello stesso per uno o per altro titolo, l'effetto della cosa giudicata sulla eccezione non è limitato all'azione di sfratto, si estende necessariamente al titolo che il convenuto fa valere come controperante alla azione proposta. Per questi casi manca una norma generale di legge che in modo espresso sancisca per tutti i casi il principio che agli effetti della competenza lo stato degli atti quale risultante dalla azione proposta è stato variato; si trovano in quella vece norme speciali per due casi; per la azione di riconvenzione e per la eccezione di compen-

---

(1) La Cass. di Firenze, 11 dic. 1879, *Fondelli* c. *Fabbri*, (loc. cit.), così considerava:

« Attesochè sia da riconoscere giuridicamente fondato il primo mezzo del ricorso. È principio nella esplicazione della giurisprudenza razionalmente desunto dagli art. 100, 101 e 102 cod. proc. civ., dal ricorrente invocati, che, sebbene la domanda dell'attore stia nei limiti della competenza pretoria, quando la eccezione del convenuto implica controversia o per materia o per valore attribuita esclusivamente alla competenza, occorra risolvere *principaliter* e non per incidenza all'oggetto di ben giudicare della domanda proposta dall'attore, allora la competenza si determina dalla intiera contestazione risultante dalle cose dedotte tanto per l'attore quanto pel convenuto; il pretore, che sarebbe stato competente per l'azione considerata in sè stessa, cessa di esserlo stante la maggiore portata della causa; deve rimettere la cognizione dell'una e dell'altra all'Autorità superiore, che sola ne può giudicare; deve spogliarsi della intiera causa, non consentendo ragione di scindere in due la disputa per diretta indissolubile connessità nel suo svolgimento unica, e tanto meno consentendo giustizia che si possono fare diritto alla domanda dell'attore senza conoscere della eccezione opposta dal convenuto. »

(2) Cass. Firenze 31 marzo 1892, *Masetti* c. *Brasioni* (*Temi Ven.*, 1892, 309).

(3) Cass. Firenze 18 marzo 1878, *Trentin* c. *Avogadro* (*Ann.* 1878, 1, 231); App. Venezia 18 marzo 1879, *Beltrami* c. *Suetz* (*Foro it.* 1879, I, 213); Cass. Firenze, 4 agosto 1881, *Palma* c. *Cappellini* (*Foro it.* 1881, I, 1073); Trib. Roma 31 gennaio 1883, *Milanesi* c. *Weiss* (*Temi rom.* 1883, 245); Pret. Calascibetta, 30 gennaio 1883, *Consoli* c. *Minco* (*Mon. pret.* 1883, 311); App. Venezia 8 aprile 1884, *Vicentini* c. *Boni* (*Temi Ven.* 1884: 623); Cass. Firenze, 6 marzo 1884, *Pasqualetti* c. *Contrace* (*Foro it.* 1884, I, 627); Cass. Roma 11 gennaio 1884, *Di Giulio* c. *Montaldo* (*Ann.*, 1884, 1, 50).

La Cassazione di Firenze nella citata decisione 6 marzo 1884 così considerava:

« Attesochè, sebbene l'art. 82, n. 5, del cod di proc. civ. attribuisce alla competenza pretoriale l'azione relativa allo sfratto per locazione finita, qualunque sia il canone od il valore della casa, salvo il disposto dell'art 70 codice stesso, nondimeno la giurisprudenza è ancor ferma nel ritenere che ove dal convenuto si opponesse essere l'affitto duraturo per tanto tempo, quanto importi un cumulo di canoni eccedente le lire 1000, in tal caso cessi la competenza pretoriale e prende vita quella superiore dei tribunali, a meno che in seguito ad un esame sommario delle prove esibite, venga dichiarata la eccezione priva affatto di fondamento.

« E ben a ragione così pronunciavasi la giurisprudenza, imperocchè se l'elemento essenziale di tal giudizio è la locazione finita, quando sorga seria contestazione sul termine dell'affitto e si ponga in dubbio l'elemento che ne determina la competenza eccezionale, di leggieri si scorge quanto giustamente si richiamino le regole generali della competenza per valore, e come sia conveniente far capo all'art. 77 del citato codice, in cui si dispone che nelle controversie sulla validità e continuazione di una locazione il valore si determina cumulando il fitto, la pigione, ecc. »

sazione (1); e per questi due casi si trova disposto che, se l'azione di riconvenzione e l'eccezione di compensazione non sono di competenza del giudice adito, questi deve rinviare le parti alla autorità giudiziaria competente per la causa principale e per la riconvenzione o la compensazione. Se le disposizioni degli articoli 101, cap., e 102, cap. 1°, cod. procedura civile fossero disposizioni facenti eccezione alla regola generale o ad altre leggi, indubbiamente non potrebbero autorizzare la formazione di un principio generale di diritto applicabile a tutti i casi nei quali una eccezione viene opposta; ma, se a quella vece, le disposizioni stesse si potessero legare ad un principio giuridico di ordine superiore, esse null'altro sarebbero che una applicazione di quel principio, ciocchè prova che il legislatore ebbe in considerazione quel principio, come principio giuridico da lui accolto, nel dettare le disposizioni pei casi speciali di azione di riconvenzione e di eccezione di compensazione pei quali lo ha dettato. Si vuole che quelle disposizioni facciano eccezione alla regola generale dell'art. 72, 1ª parte, cod. proc. civ., pel quale il valore della causa si determina dalla domanda. Ma quale sia il vero significato che a quel disposto di legge deve essere dato, si è veduto al n. 39, ove fu dimostrato che in quel disposto di legge si parla di domanda come opposto di decisione. E se in quel disposto di legge *domanda* è opposto di *decisione*, non è opposto di *eccezione*; quel disposto di legge non contiene una regola generale alla quale gli articoli 101 e 102 della procedura civile facciano eccezione. È facile in quella vece dimostrare che gli articoli 101 e 102 sono la conseguenza di un principio tanto generale da valere per le eccezioni tutte. Infatti, se il giudice della azione potesse pronunciare anche sopra una causa di riconvenzione o sopra una eccezione di compensazione eccedente la sua competenza, ne deriverebbe che il giudice sarebbe autorizzato a pronunciare fuori di quei limiti che alla sua competenza sono dalla legge determinati. Se in quella vece il giudice fosse autorizzato a pronunciare sulle azioni proposte mandando le parti a provvedersi per la pronuncia sulla riconvenzione o sulla compensazione, ne verrebbe che la continenza della causa sarebbe scissa, il convenuto per una azione che nulla ha a che fare nel fondo del diritto, quale è la competenza a conoscere sullo stesso, si troverebbe privato del diritto di opporre all'attore quei diritti che esso convenuto ha verso di questo, e con questo mezzo di far respingere la domanda contro di lui proposta o di ottenere contemporaneamente alla affermazione del diritto dell'attore verso di lui l'affermazione del diritto di lui verso l'attore.

È per ovviare agli inconvenienti che deriverebbero dallo autorizzare a pronunciare anche sulla riconvenzione o sulla compensazione od a scindere la continenza della causa che le disposizioni degli articoli 101 e 102 della procedura civile sono dettate. Ma queste ragioni che valsero per la riconvenzione e per la compensazione valgono per le altre eccezioni tutte che sieno tali da non poter pronunciare sulla azione senza pronunciare sulle stesse nella loro totalità; gli articoli 101 e 102 non sono dunque eccezioni ad una regola generale, sono anzi applicazione di un principio generale di diritto che vale per le eccezioni tutte: se l'eccezione è di tale natura che necessariamente il magistrato deve pronunciare sulla stessa in via principale, se il giudice, pur essendo competente per l'azione, è incompetente sulla eccezione deve rinviare la parte al giudice superiore competente per quest'ultima onde pronunciarsi sulla azione e sulla eccezione. Questo principio ha l'appoggio della Relazione ministeriale al progetto di codice di procedura civile. Infatti in quella Relazione si legge: « Non può giuridicamente essere dubbio che il giudice della azione è pur competente per l'eccezione, salvo che la legge disponga espressamente in casi speciali o l'eccezione racchiuda una questione che per indole sua propria non appartenga alla stessa giurisdizione » (2).

Per altre vie si giunge allo stesso risultato. L'attore, che sia pure per ignoranza delle eccezioni che possono essere opposte del convenuto, formulando la sua domanda in modo che delle eccezioni stesse non è tenuto conto, adisce un giudice diverso da quello che sarebbe stato adito se le eccezioni fossero state calcolate, viene, como risultato pratico del suo agire, a prorogare la competenza del magistrato che egli adisce. La competenza però, già si sa, non può essere prorogata. E se la competenza non può esser prorogata, l'eccezione del convenuto, se è fra quelle appartenenti alla specie della quale si discorre, deve far variare lo stato degli atti della causa in modo da impedire quella proroga che dalla legge è vietata, deve determinare il magistrato adito a dichiarare la sua incompetenza. Ed in tal modo il principio che la eccezione del convenuto sulla quale il magistrato deve pronunciarsi in via principale, se eccedente i limiti della competenza del giudice adito, rende incompetente il magistrato stesso per l'intera causa, si dimostra come un corollario del principio che la competenza non può essere prorogata dalle parti.

Se l'attore non può prorogare la competenza del magistrato adito col non tener conto della eccezione che il convenuto può opporre all'azione come egli la formula, non può essere permesso al convenuto coll'opporre eccezioni non serie, eccezioni prive affatto di fondamento, di prorogare egli la competenza del magistrato adito dall'attore. Col principio, come è stato enunciato non si impedisce al convenuto di riuscire a ciò che dalla legge è proibito, ci deve essere un mezzo che, nel mentre impedisce all'attore di attentare ai diritti del convenuto, impedisce al convenuto di attentare ai diritti dell'attore. Questo mezzo non può essere che quello di riconoscere al magistrato avanti il quale l'azione è proposta, ed è opposta l'eccezione, di delibare sommariamente l'eccezione opposta, onde vedere se essa ha o no un qualche fondamento, se presenta un qualche carattere di serietà, e di dichiarare la propria incompetenza nel caso affermativo; nel caso negativo invece di conoscere della azione proposta senza tener conto della opposta eccezione riserbando al convenuto ogni diritto da far valere, se il crede, in separata sede.

Qualche volta i termini del giudizio non si limitano alla proposizione di una azione ed alla opposizione di una eccezione; qualche volta il giudizio si amplia con delle eccezioni che l'attore oppone alla eccezione del convenuto, e così di seguito (3). In questi casi si deve far applicazione dei principii esposti; la controeccezione dell'attore alle eccezioni del convenuto, le controeccezioni del convenuto alle eccezioni dell'attore sono pur sempre eccezioni che varieranno o no relativamente alla competenza lo stato degli atti pre-

(1) Art. 101 cap. 102 cap. I cod. civ.
(2) Cod. Gianzana, *di proc. civ.*, IV, pag. 39, n. 89.
(3) V. Cass. Firenze 15 marzo 1895, *Ghigi* c. *Ferretti* (*Temi Veneta*, 1895, 169); Cass. Roma 25 gennaio 1893, *Vicentini* c. *Ortenzi* (*Foro it.*, 1893, I. 184).

esistente alla loro deduzione, a seconda che a tenore dei principii sopraesposti le eccezioni lo fanno o non lo fanno variare.

Gli effetti immutativi dello stato degli atti si producono tanto se le eccezioni o controeccezioni sono proposte in prima istanza, quanto se le stesse sono proposte in appello, dal momento che delle eccezioni anche opposte per la prima volta in appello il magistrato deve tenerne conto per dare il suo giudizio.

In conseguenza dei principii esposti può avvenire che l'attore intenti la sua azione in giudizio, e che in seguito alle eccezioni opposte dal convenuto sia costretto a sentire il giudice adito dichiararsi incompetente a pronunciare. Ad ovviare a siffatto inconveniente la Cassazione di Firenze (1) affermò il principio che, quando l'attore conosce la natura delle eccezioni che si vogliono sollevare dal convenuto, con ragione adisce quell'Autorità giudiziaria che ne è competente. Ed applicando un tale principio continuava coll'affermare che, se il locatore conosce le pretese del conduttore il quale si è ricusato per ragione di diritto importante esame di titoli alla consegna delle cose locate, rettamente propone le proprie azioni di sfratto per locazione finita direttamente avanti il tribunale, ove ritenga la causa di valore incerto o superiore a lire 1,500. Il principio affermato è esatto, ma è inesatta la sua applicazione. Se è un obbligo dell'attore di tener conto nel formulare la sua azione delle eccezioni che il convenuto sarà per opporre ad una azione formulata in un determinato modo, una volta che esso conosce le pretese del convenuto, non solo ha il diritto, ma ha obbligo di adire quel giudice che, attese le eccezioni che ad una domanda formulata in un dato modo sarà per opporre il convenuto, è il competente a giudicare. Ma non è già colla azione che avrebbe potuto proporre se non avesse tenuto conto delle eccezioni del convenuto che egli può adire il giudice competente. Il rapporto giuridico risultante dalle pretese reciproche delle parti è diverso dal rapporto giuridico risultante dalle pretese di una sola di esse, l'azione, quale può delinearsi in questo secondo caso, è diversa da quella che si delinea nel primo. Nel caso deciso dalla Cassazione di Firenze non poteva l'attore dirigersi coll'azione di sfratto al tribunale civile, doveva dirigersi con una azione che tendesse ad affermare l'inesistenza delle pretese del convenuto, l'esistenza fra attore e convenuto di un rapporto di locazione e conduzione, e solo come conseguenza di queste due domande chiedere lo sfratto. Perchè è d'uopo tener presente che l'effetto dell'eccezione sulla azione è di cangiare l'indole di questa, di dimostrare che essa è una azione diversa da quella che potrebbe apparire dalla esposizione fattane dall'attore: in questo principio sta la ragione della parte immutativa dello stato degli atti, quale determinata dalla azione proposta, che possiede la eccezione.

43. Dalle eccezioni si distinguono gli incidenti, perchè, nel mentre le prime sono difese che prendono di mira l'oggetto della domanda, gli incidenti non concernono che le ragioni sulle quali la domanda si fonda (2): anche gli incidenti possono prendere l'apparenza esterna delle eccezioni, ma dalle stesse intrinsecamente si distinguono pel carattere anzidetto.

Gli incidenti possono consistere o in una questione pregiudiziale dalla cui risoluzione dipende la decisione sulla domanda principale, o nell'esame di un titolo che non è quello dedotto in giudizio, ma la decisione sul quale può influire sulla decisione della controversia. Se l'esame della questione incidentale è di competenza eguale od inferiore a quella del giudice adito non vi sono difficoltà, ma, se la questione incidentale fosse, se proposta come azione principale, di competenza superiore, si tratta di sapere se pella necessità della risoluzione della stessa avviene una tale variazione nello stato degli atti da dover essere tenuta in conto per la determinazione della competenza.

Su tale proposito si trova fatta una distinzione: se le parti, che figurano nella causa principale sono i legittimi contraddittori nella questione incidentale, questa diviene la questione principale e quella che era questione principale ne diviene una dipendenza, ed è sulla base della questione incidentale che la competenza deve essere determinata; se in quella vece nella questione incidentale le parti, ove la stessa fosse proposta come azione principale, non fossero i legittimi contraddittori, nessun cangiamento avviene nello stato degli atti quale determinato dalla azione principale esperita. Una tale distinzione procede da una inesatta concezione di ciò che è una questione incidentale come distinta dalla questione principale. Può benissimo avvenire che le parti chiedano al magistrato la decisione di una questione non già perchè serva soltanto alla decisione di altra questione che dalla stessa dipenda, ma per se stessa, indipendentemente dalle sue relazioni coll'altra questione, sia pure che della decisione intendano servirsene in seguito per la decisione di quest'ultima. In questo caso fu rettamente giudicato (3) che, se la questione che si vuol far risolvere per sè stessa non è di competenza del giudice adito, questo debba dichiararsi incompetente (4). Può anche avvenire che l'indole della questione, la cui risoluzione è necessaria per il giudizio sulla azione proposta, sia tale che sia impossibile dare un giudizio sulla stessa limitato nei suoi effetti alla azione che si è fatta valere in giudizio. Ed anche in questo caso fu rettamente giudicato che, se la questione da risolversi non è di competenza del giudice adito, questo è per intiero incompetente (5). Ma queste non sono questioni incidentali, sono questioni principali, che sorgono in occasione di altra questione principale che si dibatte, questioni che non dalle norme relative alla questione principale ma da quelle relative alle questioni incidentali devono andar regolate. La vera questione incidentale è quella che, se anche astrattamente guardata può avere un oggetto a sè, eccedente nella sua portata la portata della questione pure principale, una volta che è decisa, può esser limitata nei suoi effetti alla azione proposta.

E sul proposito il legislatore oscilla fra due diversi sistemi. Per alcune materie il legislatore italiano dispone che l'Autorità adita debba sospendere il giudizio sulla questione incidentale, rimettendo le parti avanti il giudice competente sull'incidente, salvo poi ad incidente esaurito riprendere

(1) 11 maggio 1891, *Gheri* c. *Saccardi* (*Legge*, 1891, 2, 586).

(2) Confr. Ricci, *Proc. civ.*, 1, 62

(3) Cass. Torino, 27 febbraio 1878, *Ghirardelli* c. *Bosco* (*Monitore Trib.*, 1878, 374.

(4) Vedi sul proposito nello stesso senso il Pistoni nella monografia: *Della regola « il giudice dell'azione; il giudice della eccezione »*; Genova, 1881,

(5) Cass. Torino, 31 dicembre 1870, *Taddei* c. *Comune di S. Severino* (*Giur. It.*, 1870, 1, 987).

la conoscenza della causa principale. È questo il principio che stabilisce l'art. 19 del codice di procedura civile, per le questioni incidentali relative allo stato delle persone od a materie che non possono essere transatte; è questo il principio che agli articoli 308, capoverso, 406, 431 e 455 codice procedura civile è stabilito per l'incidente in falso; è questo il principio che, sotto il regime dei tribunali di commercio, era dall'art. 869, capoverso, codice di commercio stabilito per le questioni incidentali sorte sulle qualità creditoria in cause vertenti avanti i tribunali di commercio (1). Per altre materie il legislatore italiano, in quella vece, dispone non solo che la causa non sia sospesa per la questione incidentale, che se proposta una questione principale sarebbe di altra competenza, ma anzi che la stessa debba essere decisa dall'Autorità competente sulla azione principale, nel qual caso gli effetti della sentenza sono limitati alla specie decisa. È questo il principio che è stabilito dall'articolo 79 della legge consolare per le questioni incidentali sullo stato civile la cui risoluzione è necessaria per la risoluzione delle questioni principali vertenti avanti i consoli ed i tribunali consolari. Siccome in nessun caso è disposto dalla legge che il magistrato inferiore debba rinviare al magistrato superiore l'intera causa, così deve anzitutto escludersi una tale soluzione quando avanti il magistrato inferiore sorga una questione incidentale che, se proposta come questione principale, sarebbe di competenza del magistrato superiore; il dubbio non può sorgere se non nel punto se il magistrato debba sospendere il giudizio sulla questione principale fino a che l'autorità competente sulla questione incidentale abbia giudicato su questa, oppure se debba egli giudicare anche sulla questione incidentale, con che la sua sentenza su tale questione resti nei suoi effetti limitata alla questione principale sulla quale sarebbe competente a giudicare. Ed atteso il fatto che sul proposito la legge in altri casi adotti un principio, in altri un principio opposto, non si può a base della disposizione della legge formulare un principio generale; uopo è prendere considerazioni diverse a base della soluzione.

Se la possibile estensione del giudicato è la misura della competenza del magistrato, se il giudicato sulla questione incidentale non può andare più in là della azione principale, sieno o no le parti in causa i legittimi contraddittori sulla questione incidentale guardata a sè stessa, la competenza del magistrato adito per la questione principale a giudicare anche della questione incidentale sembra certa. Infatti, una volta che il giudicato sulla questione incidentale non può andare al di là della azione principale decisa, questione principale e questione incidentale si confondono, formano un solo tutto che ha per limite i limiti della questione principale decisa. Se un legatario cita un supposto erede per la prestazione del legato ed il convenuto contesta di essere erede, una volta che la sentenza non può formare stato di cosa giudicata che sul punto se o meno il convenuto deve il pagamento del legato, non ha, nei rhpporti fra le parti, nessuna importanza la questione se per altre relazioni giuridiche diverse dalla prestazione del legato il convenuto sia o no erede del testatore; su quelle sole relazioni giuridiche sorgenti dal legato il giudice è chiamato a pronunciare, a questo solo è ristretta la sua pronuncia. Se dopo la sentenza che riconobbe o non riconobbe nel convenuto la qualità di erede, questi è chiamato in giudizio da altra persona la quale ottiene contro di lui una sentenza che non riconosca o riconosca in lui la qualità ereditaria, nessun ostacolo trova una tale sentenza nella sua esecuzione a causa della sentenza antecedentemente pronunciata, ognuna delle due sentenze produce gli effetti che alla cosa giudicata sono proprii. Nessuna necessità giuridica havvi dunque per costringere una persona ad adire un giudice diverso da quello che, considerato il rapporto giuridico in sè stesso, sarebbe il competente, sol perchè per altri rapporti giuridici, estranei al giudizio, possa riprodursi la questione incidentale la cui risoluzione è necessaria pel giudizio che verte; quando quei rapporti giuridici verranno in contestazione, la questione incidente verrà riprodotta e giudicata in relazione ai rapporti stessi. Non è il caso di preoccuparsi per la possibile diversità dei giudicati: la possibile contrarietà dei giudicati può, ed anzi, deve esser tenuta a calcolo in materia di competenza quando è possibile la collisione fra i diversi giudicati al momento in cui i giudicati vengono mandati in esecuzione, quando uno dei giudicati possa disfare quanto dall'altro giudicato è stato fatto; ma tale pericolo non vi è nel caso in esame, nel quale la diversità dell'oggetto della contesa fa sì che i giudicati non possono venire in collisione.

La possibilità della collisione dei giudicati dà il criterio per distinguere le vere e proprie questioni incidentali, che devono essere decise dal giudice dell'azione principale, da quelle questioni che dell'incidente non hanno che la forma, ma che in sè stesse sono vere e proprie questioni principali. Perchè, se viene fatta valere una azione per giudicare della quale è necessario il giudicare sopra altra questione che, una volta proposta in via principale e risoluta in modo diverso da quello nel quale può essere risoluta incidentalmente, farebbe venire a conseguenze giuridiche diverse da quella della quale è chiesta l'affermazione, non si è più di fronte ad una questione incidentale che debba esser risoluta dal giudice della questione principale, ma ad una vera e propria questione principale, e tutta la causa deve esser decisa dal giudice competente per quest'ultima, dal momento che, se i giudicati sono contradittorii, in sede di esecuzione avviene una collisione fra gli stessi. Un esempio tipico di tal caso è dato dalla azione per alimenti, per giudicare della quale è necessario giudicare su rapporti di stato in base ai quali la condanna alla prestazione degli alimenti viene richiesta. Se il magistrato adito, competente per l'azione alimentare ed incompetente per la questione di stato, potesse decidere anche di questa, qualora posteriormente a tale sentenza venisse esperita l'azione di stato ed il giudicato fosse contrario a quello che sulla questione incidentale fosse stato dato, l'influenza di tale sentenza si ripercuoterebbe sull'obbligazione alimentare sulla quale la prima sentenza avesse giudicato, e si avrebbero due decisioni, una delle quali afferma e l'altra nega l'esistenza dello stesso diritto.

44. Quanto si è detto finora è riferibile ai casi nei quali si trovano di fronte attore e convenuto. Ma in una causa vertente fra altre persone può verificarsi l'intervento coatto o volontario di un terzo, e trattasi di sapere se la domanda e le eccezioni del terzo possono far variare agli effetti della

(1) Attesa l'abolizione della giurisdizione commerciale, il capoverso dell'art. 869 codice commerciale restò abrogato. Mortara, *Manuale*, n. 1095. Contro: Mattirolo, ediz. 1892, I, 909.

competenza lo stato degli atti, in quei casi nei quali lo stato degli atti sarebbe variato se la domanda e le eccezioni fossero fatte valere dall'attore o dal convenuto. Una volta che il principio che la variazione della azione originaria prodotta dalle domande ed eccezioni fatte valere dalle parti varia relativamente alla competenza lo stato degli atti quali determinati dalla domanda è un corollario del principio che la competenza non può essere prorogata, non vi può essere dubbio che le variazioni allo stato degli atti che vengono prodotte dalle deduzioni del terzo intervenuto devono essere tenute in conto per la determinazione della competenza. Infatti il terzo o interviene coattivamente, ed attore e convenuto non possono costringerlo a lasciar decidere la causa da un giudice incompetente; od interviene volontariamente, ciocchè non può fare se non quando ha diritto di intervenire, ed il fatto della pendenza della lite non può essere capace di togliergli quel diritto che gli spetta, il diritto di sottoporre la cognizione dei suoi affari al giudice naturale per gli affari stessi, non può esser capace di prorogare a suo danno la competenza.

45. La competenza dell'Autorità giudiziaria civile in sede contenziosa può essere relativa o ad un giudizio ordinario di cognizione, o ad un giudizio di esecuzione, o ad uno di quei giudizii che il libro terzo del codice di procedura civile chiama procedimenti speciali. Ciò che concerne la competenza nei giudizi di esecuzione è dettato alla voce: **Esecuzione forzata**, n. 199 e segg. Per ciò che concerne la competenza nei varii procedimenti speciali vedansi le voci relative a ciascun procedimento. Sotto la presente voce di altro non si deve trattare che della competenza dell'Autorità giudiziaria contenziosa in un ordinario giudizio di cognizione.

E questa competenza è determinata o per ragione di materia, o per ragione di valore, o per ragione di territorio, o per ragione di connessione o continenza di causa. Di queste quattro ragioni di competenza verremo occupandoci.

Titolo II. — Competenza per materia.

Capo I. — Generalità.

46. Concetto di competenza per materia; di quali competenze per materia si espongono le regole. — 47. Criteri ispiratori delle disposizioni della legge relativamente alla competenza per materia. — 48. Enumerazione delle competenze speciali per materie; a quali é limitata la trattazione. — 49. Norme generali relative alla competenza per materia.

46. L'attribuzione ad una determinata Autorità giudiziaria di controversie giuridiche in ragione dell'azione che viene esercitata, senza tener conto del valore dell'oggetto, o tenendone conto subordinatamente all'azione che viene esercitata, prende nome di competenza per materia (1). Fu dettato che l'incompetenza per materia non è altro che la mancanza di giurisdizione nel giudice adito a pronunciare sulle materie od argomenti che sono oggetto della lite (2). Questo principio non può essere accettato. L'Autorità giudiziaria, pel solo fatto che è Autorità giudiziaria, ha la giurisdizione, cioè il potere di conoscere delle contestazioni che avanti a lei si portano, di deciderle, e di autorizzare l'esercizio dell' *imperium* per porre in esecuzione le decisioni date. Se ciò è vero, e che sia vero lo si è veduto al n. 21, l'incompetenza per materia non si presenta più come una mancanza di giurisdizione a conoscere e decidere le controversie, ma come una semplice mancanza di competenza, mancanza che darà adito all'esperimento dei mezzi ordinari e straordinari di impugnativa contro quella decisione che erroneamente avesse ritenuto la competenza, e però avesse deciso del merito, ma che non toglierà alla decisione erronea passata in giudicato gli effetti che della cosa giudicata sono proprii. Per dirla in altri termini, la sentenza che giudica su materia sottratta alla competenza del giudice che la ha pronunciata avrà esistenza giuridica di sentenza, sarà però nulla quando la nullità sarà fatta valere nei termini e modi nei quali la nullità di una sentenza viene fatta valere.

In considerazione della materia il legislatore fa dei giudizii due grandi categorie: 1° giudizii in prima ed unica istanza; 2° giudizii di impugnativa di sentenze e giudizii di rinvio ordinati dalla Cassazione in seguito ad annullamento di una sentenza (3). Ciò che concerne la competenza per questa seconda categoria di giudizii non può essere trattato alla presente voce; di ciò fu detto alle voci: **Appello civile, Cassazione e Corte di cassazione, Consoli, Sentenze arbitrali** e si dirà alle voci: **Opposizione, Opposizione di terzi, Revocazione.** Sotto questa voce ci si deve occupare solo della competenza pei giudizii in prima od unica istanza.

47. Accolto il concetto della ripartizione della giurisdizione fra più Autorità giudiziarie di grado diverso, la ripartizione fra esse dei singoli affari, che si presenterebbe a prima vista la più razionale, sarebbe la ripartizione per materia. Infatti, guardate le singole azioni relativamente alla loro importanza giuridica astratta, le stesse non sono più o meno importanti a seconda che superano o sono inferiori per valore ad una determinata somma; è la materia di ogni singola azione che presenta la necessità di più o meno delicate indagini, la risoluzione delle questioni che possono presentarsi è più o meno difficile a seconda della materia di ogni singola azione. Senonchè la natura delle materie civili, la varietà delle contestazioni che in materia civile possono sorgere fanno sì che irta di difficoltà insuperabili sarebbe una ripartizione delle controversie fra le singole Autorità giudiziarie in ragione dell'oggetto del contendere in modo da attribuire alla Autorità superiore le materie più difficili, alla inferiore le materie più facili. La sola ripartizione che sarebbe possibile sarebbe una ripartizione a larghi tratti, ma allora una tale ripartizione sarebbe inutile, o quasi, dal momento che in ogni singola categoria dovrebbero essere poste contestazioni di importanza giuridica diversa; questioni giuridicamente importanti dovrebbero per necessità esser poste assieme a questioni di importanza giuridica molto relativa. D'altra parte per una efficace protezione del diritto non può essere trascurata l'importanza economica della controversia che deve essere portata innanzi al giudice; le spese sproporzionate all'importanza economica della lite che si dovessero sostenere per far valere il proprio diritto innanzi al magistrato renderebbero, se non impossibile, difficile l'adire al giudice, ond'è che una divisione delle controversie fra le varie Autorità giudiziarie, tenuto esclusivamente conto della materia del contendere, nel suo risultato pratico, riuscirebbe

(1) La legislazione dice questa *competenza per materia*, ma la scienza la conosce col nome di *competenza per grado*.
(2) Cass. Firenze, 6 febbraio 1873, *Breda c. Finotti* (*Legge*, 1873, 1, 530).
(3) Art. 136, cod. proc. civ.

spesso per le controversie di poco valore ad una denegazione di giustizia.

Atteso ciò, volendo procedere ad una distinzione delle azioni per determinare in ragione di materia l'Autorità giudiziaria che deve della stessa conoscere, la distinzione stessa non può essere che a larghi tratti, là dove l'utilità che da tale distinzione deriva compensa gli inconvenienti che dalla stessa sono originati; pel rimanente, non è possibile che sottrarre la cognizione di affari che in applicazione dei criteri adottati per la determinazione delle altre competenze, sarebbe stata di una magistratura, alla cognizione di questa, per attribuirle ad una magistratura diversa nei casi nei quali, valutati i criteri generali che servono alla determinazione della competenza, ciò si presenta opportuno.

48. Ed a questi criteri si è ispirato il legislatore italiano.

Il legislatore italiano ha fatto una distinzione a larghi tratti delle azioni, ponendo in una categoria le azioni personali relative a beni immobili e le azioni reali relative a beni mobili od immobili, ed in un'altra categoria tutte le altre azioni, per disporre per quest'ultime, quando non superino un determinato valore, una competenza per materia diversa da quella disposta per le prime.

Il legislatore italiano inoltre ha stabilito che alcune contestazioni sieno di competenza diversa da quella che vi sarebbe secondo le norme ordinarie, e per alcuni atti delle singole controversie ha disposto che debbano essere compiuti da autorità diversa da quella che è chiamata a giudicare della controversia stessa, o che sarebbe la competente a dare la disposizione, qualora l'atto non fosse un incidente della controversia.

Di questa competenza speciale, pei bisogni della presente voce, è d'uopo fare due categorie distinte.

Nella prima categoria sono da collocarsi le competenze speciali stabilite per le azioni relative agli alimenti, la contestazione in materia di prestazione d'opera per la costruzione e sistemazione delle strade comunali, le azioni per guasti e danni dati ai fondi urbani o rustici, alle siepi, chiudende, piante e frutti, le azioni possessorie, le azioni di denuncia di nuova d'opera e di danno temuto, l'azione diretta a far osservare la distanza stabilita dalla legge, dai regolamenti e dagli usi locali riguardo al piantamento di alberi e siepi; le azioni di sfratto per finita locazione, l'azione di convalidazione di licenza per finita locazione, le controversie in materia di imposte dirette ed indirette.

Numerose sono le competenze speciali, che vanno collocate nella seconda categoria:

1° Il conciliatore, davanti al quale viene istituita la causa, deve talvolta nominare sull'istanza dell'attore un curatore speciale al convenuto (1) e nei Comuni ove non risiede il pretore dà tutti i provvedimenti temporanei che stimi opportuni per le contestazioni sorte nel suo Comune in tempo di fiera o di mercato, ai quali sia necessario procedere senza dilazione (2).

2° Il pretore nomina in certi casi, sull'istanza dell'attore, un curatore speciale al convenuto per la causa istituita avanti avanti esso pretore (3), per le vendite commerciali e per i trasporti, può, nei luoghi ove non risieda tribunale, ordinare la verificazione della merce (4), quando si tratti di contestazioni commerciali sorte in tempo di fiera o di mercato, alle quali sia necessario provvedere senza dilazione, ancorchè la causa non sia di sua competenza, può dare i provvedimenti temporanei opportuni, rimettendo le parti davanti all'Autorità giudiziaria competente (5); conosce dei motivi di ricusa di un conciliatore (6) e regola la competenza e risolve i conflitti fra conciliatori sottoposti alla sua giurisdizione (7).

3° Al tribunale civile sono conferite speciali attribuzioni relativamente a provvedimenti da darsi nel corso di una lite: valgano ad esempio gli art. 108, 120, 141, 310, 316, 401, 431, 455, capoverso, codice di procedura civile. Lo stesso tribunale civile, come surrogato nell'attuale ordinamento all'abolito tribunale di commercio, esercita le funzioni affidate dall'art. 13 della legge 6 luglio 1862, n. 680, alla Camera di commercio per la formazione e revisione delle liste degli elettori della Camera di commercio nel caso in cui la Camera di commercio o sia da formarsi per essere di nuova istituzione, o sia stata disciolta (8). Sempre come surrogato al tribunale di commercio pronunzia anche sui ricorsi prodotti contro le deliberazioni prese dall'ufficio elettorale per le elezioni alla Camera di commercio (9).

4° Al presidente del tribunale sono conferite incombenze che si riferiscono alla istruzione scritta ed orale del giudizio (10), ed attribuzioni speciali gli sono conferite dal codice civile (11) e dal codice di commercio (12).

5° Speciali attribuzioni vengono anche delegate ad uno dei giudici del tribunale, o dal presidente o dall'intero collegio (13).

6° La legge ha attribuito alle Corti di appello una competenza speciale per materia, e precisamente le ha dichiarate competenti a conoscere:

a) dei richiami contro il rifiuto di consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela al matrimonio di colui che ha bisogno del consenso stesso (14);

b) in materia elettorale politica dell'azione popolare con la quale il cittadino impugna una decisione pronunciata dalla Commissione elettorale provinciale, o si duole di denegata giustizia (15);

c) dell'azione, con la quale qualsiasi cittadino impugna una decisione della Giunta provinciale amministrativa in materia di elettorato amministrativo, o nella materia stessa si duole di denegata giustizia (16) e di quelle con cui

(1) Art. 136 cod. proc. civ.
(2) Art. 871, capov., cod. comm.
(3) Art. 136 cod. proc. civ.
(4) Art. 71 e 402, cod. comm.
(5) Art. 871, 1ª parte, cod. comm.
(6) Art. 120 capov., cod. proc. civ.
(7) Art. 108 cod. proc. civ.
(8) Art. 13 legge 6 luglio 1862, n. 680.
(9) Art. 18 legge citata.
(10) V. specialmente art. 125, 136, 154, 170, 172, 178, 180, 181, 182, 184, 186, 206, 210, 215, 226, 231, 248, 251, 263, 266, 267, 301, 321, 322, 349, 354, 355, 358, 359 389, 391 cod. p. civ.
(11) Vedi art. 221, 222 cod. civ.
(12) Vedi art. 71, 402 cod. comm.
(13) Vedi, p. e., art. 125, 178, 184, 186, 208 e seg., 217, 222, 226, 230, 233, 239 e seg., 243, 245, 246, 252, 259, 272, 274 e seg., 284 e seg., 301 e seg., 322 e seg., 349, 375 codice procedura civile.
(14) Art. 67 cod. civ.
(15) Art. 37 testo unico della legge elettorale politica, 24 settembre 1882, n. 999.
(16) Art. 52 testo unico della legge comunale e provinciale, 10 febbraio 1889, n 5221.

si impugna una decisione della Giunta stessa in questione di eleggibilità all'ufficio di consigliere comunale (1);

d) dei ricorsi contro le decisioni delle Camere di commercio relative alla formazione, alla revisione della lista degli elettori commerciali ed alla capacità elettorale (2);

e) del regolamento di competenza e dei conflitti di giurisdizione fra conciliatori, pretori e tribunali civili, che si trovano sotto l'immediata giurisdizione di una Corte di appello (3);

f) della ricusazione dei consiglieri della Corte d'appello e di ufficiali del pubblico ministero che esercitano le loro funzioni presso la stessa Corte (4);

g) nelle provincie napoletane e siciliane, dei richiami contro le ordinanze dei prefetti e commissari ripartitori in materia di scioglimento di promiscuità, divisione in massa e suddivisione dei demani comunali, di reintegra ed illegittima alienazione dei demanii stessi (5);

h) nelle provincie siciliane, dei richiami contro le deliberazioni delle Commissioni circondariali per la concessione ed enfiteusi perpetua redimibile dei beni-fondi ecclesiastici e demaniali in Sicilia (6).

7. La legge ha attribuito alla Corte di cassazione una competenza speciale per materie, e precisamente le spetta:

a) regolare la competenza e risolvere i conflitti fra Corti di appello che siedono nella circoscrizione di ciascuna Corte di cassazione, o fra tribunali, pretori o conciliatori sedenti nella circoscrizione della Corte di cassazione, ma in circoscrizioni diverse di Corte di appello (7);

b) pronunciare sulle domande di ricusazione o di astensione di alcuno de' suoi membri, o di ufficiali del pubblico ministero che esercitano le loro funzioni presso di essa (8).

Oltre le attribuzioni conferite alle altre Corti di cassazione, alla Cassazione di Roma spetta esclusivamente:

a) il regolamento di competenza e la risoluzione dei conflitti fra Autorità giudiziarie dipendenti da diverse Corti di cassazione (9), o fra tribunali ordinari e tribunali speciali (10), o fra Autorità giudiziarie ed amministrative quando l'une e l'altre si siano dichiarate incompetenti (11);

b) il conoscere se un affare sia di competenza dell'Autorità giudiziaria od amministrativa, qualora la pubblica Amministrazione elevi il conflitto di attribuzione (12).

8. Una competenza speciale per materia è stabilita anche per la liquidazione dei danni, il generico diritto al risarcimento dei quali sia stato pronunciato con sentenza penale (13).

Non entra nel piano di questa voce la trattazione di ciò che concerne tutte le competenze speciali per materia enumerate; nel piano di questa voce non entra che la trattazione di ciò che concerne la competenza per materia in generale e di che concerne quelle competenze che furono collocate nella prima categoria delle competenze speciali per materia: pel rimanente si rimette alle voci alle quali ciascuna competenza speciale si riferisce.

(1) Art. 90 testo unico citato.

(2) Art. 13 capov. e 18 capov. ult., legge 6 luglio 1862, n. 580, sulla istituzione delle Camere di commercio.

(3) Art. 108 cod. proc. civ.

(4) Art. 120 cod. proc. civ.

(5) Art. 16 legge 20 marzo 1865, all. *E*, sul contenzioso amministrativo.

(6) Art. 18 legge 10 aprile 1862, n. 743, sulla concessione ad enfiteusi dei beni dei Corpi morali in Sicilia.

(7) Art. 100 e 115 c. p. c. e 3, n. 1, legge 12 dic. 1875, n. 2837.

49. Al n. 47 si è veduto che il legislatore pei casi che concernono la competenza speciale per materia ha adottato due criteri: classificazione a larghi tratti delle azioni per attribuirle ad una o ad altra competenza, sottrazione a quella che il legislatore ritenne come competenza ordinaria di alcune azioni che attribuisce ad una competenza speciale. Quando si tratta di determinare la competenza in base alla classificazione a larghi tratti fatta dal legislatore delle azioni, altro non havvi a fare se non che esaminare se una azione entri in una od in altra categoria, per attribuirla all'una od all'altra competenza secondo la sua natura. Quando però si tratti di competenza stabilita per sottrazione di una azione alla competenza ordinaria, è d'uopo esaminare quale sia l'azione che in realtà sia fatta valere ed in base ai risultati di tale esame determinare la competenza. Ciò che si deve aver sempre presente in tale determinazione si è che la legge, la quale sottrae una causa alla competenza ordinaria per attribuirla ad una competenza speciale, è legge che fa eccezione alle regole generali, e che però non può essere estesa a casi dalla legge non previsti (14); in quei soli casi pei quali la legge ha stabilito la competenza eccezionale tale competenza ha luogo.

Le disposizioni della legge relativamente alla competenza per materia sono inspirate più da considerazioni d'interesse pubblico che da considerazioni d'interesse privato: di qui la conseguenza che la competenza per materia non si può prorogare (15).

Capo II. — **Competenza per le azioni personali relative a beni immobili, per le azioni reali relative a beni mobili ed immobili, per le azioni relative ad alimenti, per le contestazioni relative a prestazione d'opera per le costruzioni e sistemazioni delle strade comunali.**

50. Ragione della riunione in una rubrica di queste materie. — 51. Le azioni personali relative a beni immobili e le azioni reali sono escluse dalla competenza del conciliatore. — 52. Azioni relative ad alimenti. — 53. Contestazioni relative alla prestazione di opera per la costruzione e sistemazione delle strade comunali.

50. In questo capo si trovano unite azioni disparate, quali quelle che si leggono nella intestazione, perchè tutte presentano un carattere comune importante allo studio della competenza delle singole Autorità giudiziarie. Il carattere comune presentato dalle dette azioni, carattere che rende opportuna la loro riunione in una sola rubrica, quello si è di essere importanti per determinare la competenza del conciliatore per materia. Infatti, come si vedrà nella esposizione che si va a fare, la conoscenza di una delle enunciate azioni è attribuita esclusivamente alla competenza del conciliatore indipendentemente dal valore della controversia, la conoscenza delle altre è tolta al conciliatore qua-

(8) Art. 119, 120 c. p. c.

(9) Art. 3, n. 1, legge 12 dic. 1875, n. 2837.

(10) Art. 3, n. 1, citato, 3, n. 3, legge 31 marzo 1877, n. 3761. 41 testo unico 6 giugno 1884, n. 6166.

(11) Art. 3, n. 2, legge 31 marzo 1877, n. 3761.

(12) Art. 3, n. 1, detta legge.

(13) Art. 571 cod. proc. pen.

(14) Art. 4 disp. prel. cod. civ.

(15) Confr. art. 187, capov. cod. proc. civ.

unque sia il valore della causa. Questo capo dunque, più che altro, è relativo alle modificazioni che le norme generali di competenza subiscono per ciò che concerne la competenza del conciliatore; solo ragioni di metodo, e precisamente la necessità di coordinare la intestazione di questo capo alle intestazioni degli altri capi del titolo, resero necessario di adottare la intestazione adottata.

51. Per l'articolo 70, 1ª parte, codice di procedura civile e 10, n. 1, legge 16 giugno 1892, n. 261, sono di competenza del conciliatore tutte le azioni personali, civili e commerciali, relative a beni mobili. Ora è risaputo che le azioni si distinguono in personali e reali, in azioni relative a beni mobili ed azioni relative a beni immobili; una volta che la legge attribuisce alla competenza dei conciliatori tutte le azioni personali relative a beni mobili, implicitamente toglie alla competenza dei conciliatori stessi tre classi di azioni, ossia la cognizione delle azioni personali relative a beni immobili, delle azioni reali relative a beni mobili, delle azioni reali relative a beni immobili (1).

E però sono escluse dalla competenza del conciliatore:

l'azione per risarcimento di danni proposta dal proprietario di un fondo per illegittima occupazione di terreno (2);

l'azione diretta a far decidere contestazioni relative a una presa d'acqua (3);

l'azione di rivendicazione di cose mobili esperita contro un terzo possessore che l'ha comperata da altra persona (4);

l'azione diretta a far dichiarare la esistenza di una servitù prediale (5);

l'azione diretta ad ottenere la devoluzione di un fondo enfiteutico (6);

l'azione di divisione di cosa comune (7).

È invece di competenza del conciliatore l'azione del colono uscente contro il colono succedentegli nella mezzadria per pagamento di somme già concordate in accomodamento di buona uscita secondo le stime coloniche (8).

Vi sono azioni per le quali, atteso il loro carattere, vi è dubbio se sieno o no di competenza del conciliatore. Tali sono quelle dirette ad ottenere il pagamento di canoni enfiteutici, terraggi, tasse per presa d'acqua, ecc. Fu ritenuto che, se non viene impugnato il titolo in base al quale si chiede il pagamento della somma, la cognizione della causa è di competenza del conciliatore, che esula dalla competenza di un tale magistrato la cognizione delle controversie stesse se avviene la impugnativa del titolo (9). Questo principio merita di essere accolto. È vero che il diritto del proprietario del fondo enfiteutico, del proprietario del fondo servente è un diritto immobiliare, e che è a base di tale diritto immobiliare che si richiede il pagamento della corresponsione, ma non è una cosa immobile che si chiede al convenuto, al convenuto non si chiede che la corresponsione di una somma di denaro o di una quantità di derrate, e queste sono cose mobili, non già immobili. È solo quando viene in contestazione il titolo che, oggetto del diritto è un diritto immobiliare, è solo allora che il conciliatore diviene incompetente a giudicare.

Per alcune azioni relative a beni immobili la legge fa eccezioni al principio che le stesse sono escluse dalla competenza del conciliatore; di tali eccezioni ci si occuperà quando verrà discorso delle azioni speciali.

È noto che alcuna volta ad una stessa persona contro un'altra per lo stesso titolo competono due azioni: l'una personale, l'altra reale. In questi casi evidentemente si deciderà della competenza o della incompetenza del conciliatore a seconda dell'azione che viene esperita dall'attore; se l'attore esperimenterà l'azione personale relativa a beni mobili, il conciliatore sarà competente a giudicare; se verrà esperita l'azione reale, vi sarà l'incompetenza del conciliatore. Se vi è dubbio sulla azione che dall'attore è stata esperita, tale dubbio sarà tolto coll'interpretazione della domanda dell'attore, applicando le regole che furono esposte al n. 39.

52. Per l'articolo 71, cap. 1°, codice di procedura civile, sono di competenza dei pretori le azioni per prestazioni di alimenti o di pensioni alimentari periodiche, e per la liberazione totale o personale delle obbligazioni relative, se la prestazione in controversia non eccede il valore di annue lire duecento. Che con questo articolo il legislatore abbia inteso stabilire una competenza speciale per materia nel senso di escludere le azioni nel capoverso 1° dell'articolo 71 nominate dalla competenza del conciliatore, qualunque sia il valore delle azioni stesse, non può sorgere dubbio solo che si confronti il capoverso del quale si sta discorrendo colla 1ª parte dello stesso articolo 71 e col n. 5 dell'articolo 82 codice procedura civile. Nella prima parte dell'articolo 71, nella quale si detta la norma relativa alla determinazione della competenza del pretore per valore, nello esporre la cifra fino alla quale si dichiara il pretore competente, si dice espressamente: « salva la competenza (del conciliatore) stabilita nell'articolo precedente ». Nel n. 5 dell'articolo 82, nel quale si detta la norma relativa alla competenza per l'azione di sfratto, si dice espressamente: « salvo il disposto dall'articolo 70 » che è relativo alla com-

(1) V. Cass. Torino, 7 dicembre 1882, *Borello* c. *Magliola* (*Giur.*, Torino, 1883, 142).

(2) Pret. Poppi, 20 agosto 1882, *Lippi* c. *Ricci* (*Mon. Pret.*, 1882, 144).

(3) Cass. Roma, 26 marzo 1885, *Crimi* c. *Marinelli* (*Temi Rom.*, 1885, 95); Pret. Solmona, 24 maggio 1889, *Rubino* c. *Cercone* (*Giorn. Giur.*, 1889, 57).

(4) Pret. Bozzolo, 20 ottobre 1893, *Finzi* c. *Magni* (*Mon. Pret.*, 1893, 391).

(5) Pret. di Santacroce in Magliano, 31 luglio 1894, *Mastrogiudice* c. *Vaccaro* (*Conciliatore*, 1894, 514).

(6) Cass. Napoli, 5 aprile 1895, *Grillo* c. *Spadafora* (*Dir. e giur.*, XI, 97).

(7) L'azione di divisione di cosa comune è una azione reale, perchè il suo oggetto è la cosa che deve essere divisa. Fu però ritenuto che, quando l'asse ereditario consta di immobili di valore infra le lire 100 (nella specie fitti maturati dopo la morte del *de cujus* usufruttuario del fondo di cui gli eredi sono proprietari) l'azione di divisione è personale mobiliare e rientra nella competenza del conciliatore: Pret. S. Croce in Magliano, 31 dicembre 1894, *Fatta* c. *Fatta* (*Conciliatore*, 1895, 265). Nella specie fu ben giudicato che la causa era di competenza del conciliatore non già perchè l'azione di divisione sia personale mobiliare, ma perchè trattandosi di fitti dovuti ai comproprietari, cioè di un credito, questo era già di diritto diviso fra loro.

(8) Cass. Firenze, 25 luglio 1895, *Comanducci* c. *Merci* (*Temi Ven.*, 1895, 522).

(9) Cass. Roma, 26 marzo 1885, *Crimi* c. *Marinelli* (*Temi Rom.*, 1885, 95); Pret. Guardiagrele, 28 aprile 1894, *Cassano* c. *Bruno* (*Foro Abruzz.*, VII, 54); Pret. Rotonda, 25 giugno 1895, *Pitillo* c. *Vescovo di Cassano* (*Conciliatore*, 1895, 710). Cass. Napoli, 12 marzo 1895 *De Blasi* c. *Vescovo di Cassano* (*Conciliatore*, 1895, 570).

petenza del conciliatore nelle azioni di sfratto. Questa riserva non è punto ripetuta nel capoverso 1° dell'articolo 71; pei casi previsti nell'articolo 71, cap., si avrà dunque in considerazione il valore della causa per attribuire la cognizione dell'azione alla competenza del pretore o del tribunale, ma non vi si avrà riguardo alcuno per attribuire la cognizione dell'azione alla competenza del conciliatore, al quale la cognizione della azione stessa è tolta.

Uopo è però precisare la portata dell'articolo 71, capoverso. Non è che con quella disposizione di legge si abbia voluto escludere dalla competenza del conciliatore ogni e qualsiasi contestazione che possa nascere in materia alimentare. Se, posto fuori di contestazione il diritto ad essere alimentata, una persona chiede la condanna di altra persona al pagamento di una rata la quale sia di tal somma da essere in via ordinaria di competenza del conciliatore, se fosse questione se una rata sia stata o no pagata, se sussiste o non sussiste il diritto ad esigere la rata stessa, il conciliatore è competente a giudicare; ciò che la legge esclude dalla competenza dei conciliatori si è l'azione diretta ad affermare l'esistenza della obbligazione alimentare, l'azione che, a termini dell'articolo 144 del codice civile, ha diritto di esperire l'obbligato onde ottenere la liberazione o la riduzione dell'obbligo a lui addossato. Queste sono le sole azioni escluse dalla competenza del conciliatore. E non è difficile determinare la ragione di una tale esclusione. Solo in casi eccezionali l'importare di una obbligazione alimentare può essere tale da entrare, capitalizzate le annualità secondo le norme stabilite dalla legge per la capitalizzazione delle annualità tutte, nella competenza del conciliatore per valore; sicchè raramente una azione diretta ad ottenere la dichiarazione della esistenza della obbligazione, la determinazione del quantitativo della stessa, la riduzione o la liberazione potrebbe entrare per valore nella competenza del conciliatore. Ed anche in questi casi il magistrato, per dare le sue statuizioni, deve procedere ad indagini delicate sui bisogni di colui che deve essere alimentato, sulla potenzialità economica di colui che deve gli alimenti, indagini che non senza la possibilità di gravi inconvenienti potrebbero essere affidate ad un magistrato non togato; anche in questi casi era ottimo consiglio sottrarre la cognizione della causa alla competenza del conciliatore.

E la legge fece ciò: il conciliatore per le azioni delle quali si è discorso è sempre incompetente.

53. Per l'articolo 6 della legge 30 agosto 1880, n. 4613, il ruolo delle prestazioni di opere alle quali sono obbligati i capi di famiglia del Comune in cui occorra la costruzione o la sistemazione di strade comunali, è pubblicato ogni anno nell'albo pretorio del Comune: esso diventa obbligatorio per coloro che in questo frattempo non lo contestano, e la contestazione è decisa inappellabilmente dal conciliatore (1). Questo articolo dunque stabilisce una competenza speciale del conciliatore per materia, della quale è d'uopo determinare i limiti.

L'articolo 6 della legge 30 agosto 1868 contempla il ruolo delle prestazioni d'opera dal momento in cui viene pubblicato al momento in cui diviene obbligatorio, prevede il caso in cui fra questi due momenti intervengano delle contestazioni, e, per decidere su tali contestazioni, stabilisce la competenza del conciliatore. Ond'è che solo delle contestazioni che sorgono in questo frattempo il conciliatore è creato dalla legge giudice esclusivo per materia, se la contestazione sorge dopo che il ruolo è divenuto obbligatorio, la competenza va regolata con norme diverse da quelle date dall'articolo 6 della legge del 1868. Ed è delle sole contestazioni fra privati inscritti nel ruolo e Comune che li ha inscritti che si verifica la competenza speciale, se la contestazione insorgesse fra privati non è il conciliatore il giudice esclusivo.

Capo III. — Competenza per l'azione di guasti e danni dati ai fondi urbani e rustici, siepi, chiudende, piante e frutti.

54. Autorità competenti. — 55. Differenza fra queste azioni e le azioni possessorie. — 56. Cose per guasti e danni alle quali è stabilita la competenza speciale. — 57. Guasti e danni che sono di competenza speciale. — 58. Termine entro il quale deve proporsi l'azione perchè sia di competenza speciale; computazione di tale termine. — 59. Mutamento dello stato degli atti relativamente alle competenze.

54. Per l'articolo 82, n. 1, codice di procedura civile sono di competenza del pretore, qualunque sia il valore della causa, le azioni per guasto e danno dati ai fondi urbani e rustici, alle siepi, chiudende, piante e frutti. Per effetto di questa disposizione la competenza per quelle azioni era esclusiva del pretore; egli giudicava tanto nel caso in cui la causa fosse stata pel valore di competenza del conciliatore, quanto nel caso in cui pel valore fosse stata di competenza del tribunale. Ma l'art. 82, n. 1, codice procedura civile ricevette una modificazione in forza dell'art. 10, n. 3, della legge 16 giugno 1892, n. 261, sulla competenza dei conciliatori. Da questa disposizione di legge fu stabilito che sono di competenza dei conciliatori le azioni per guasto e danno dati ai fondi urbani e rustici, alle siepi, chiudende, alle piante ed ai frutti se la domanda di risarcimento non eccede le lire 100. Ma questa competenza del conciliatore havvi solo nel caso in cui l'azione non implichi questioni di proprietà o di possesso: è ciò che dal detto art. 10, n. 3, è espressamente disposto.

La ragione della competenza speciale per materia stabilita per le azioni delle quali si discorre, risiede nella necessità di procedere celermente nell'accertamento del fatto, le traccie del quale possono facilmente sparire, necessità alla quale mal si provvederebbe se la cognizione della azione fosse devoluta a competenza diversa da quella di magistrati ai quali una procedura rapida ed economica permette di agire celermente e con forme meno complesse di quelle che devono seguire altri magistrati (2).

55. L'azione per guasto e danno non va confusa colla azione possessoria (3), perchè, nel mentre le azioni posses-

(1) Vedi al riguardo Scamuzzi, *La viabilità obbligatoria e la giurisdizione dei conciliatori sulla prestazione delle opere*; Biella, 1880.

(2) Conf. Ricci nel *Foro ital.*, 1890, I, 175.

(3) Mattirolo, op. cit., ediz. cit., I, 326.

« Attesochè (scriveva la Cass. di Napoli, 9 maggio 1889, *Pesce c. Municipio di Napoli: Foro ital.*, 1890, 1, 183) l'articolo 82 distingue a ragion veduta in due numeri diversi le azioni per guasti e danni dati dalle azioni possessorie, potendovi essere guasto e danno senza attentato all'altrui possesso onde un primo errore della sentenza sta nell'aver confuso le azioni per guasti e danni con le azioni possessorie, supponendo necessariamente nelle prime l'elemento della turbativa. »

sorie in tanto possono essere esercitate in quanto vi sia l'attentato al possesso, il fatto cioè lesivo del diritto altrui posto in essere colla intenzione di esercitare un diritto proprio, l'azione di guasto e danno invece sorge in seguito al fatto materiale dal quale risulta una diminuzione dell'altrui patrimonio. Ed il legislatore la considera come distinta dall'azione possessoria, tanto che nell'art. 82 in numeri distinti si occupa delle due specie di azioni. In seguito ad un attentato al possesso altrui dal quale sia derivato un danno, a termini dell'art. 1151 cod. civ. si avrà il diritto al risascimento, ma la relativa azione non è più l'azione di guasto e danno di cui si occupa l'art. 82, n. 1, cod. proc. civ., è una azione ordinaria di danno, che potrà essere esercitata come azione principale o come azione accessoria della azione possessoria o petitoria che in base al fatto dannoso fosse per sorgere; azione che è regolata da norme di competenze diverse da quelle dall'art. 82, n. 1, cod. proc. civ. date (1).

L'azione di guasto e danno non cessa di essere quella speciale azione di cui all'art. 82, n. 1, cod. proc. civ. pel fatto che si esperimenta simultaneamente alla denuncia di nuova opera od alla azione di danno temuto (2), per divenire un accessorio di quest'ultima: l'obbietto delle tre azioni è diverso.

56. Le disposizioni degli articoli 82, n. 1, codice procedura civile e 10, n. 3, della legge 16 giugno 1892 presentano alcune difficoltà d'interpretazione, che è duopo dirimere prima di entrare nella esposizione dei principii relativi alla competenza speciale con quelle disposizioni creata. Tali difficoltà di interpretazione sono relative a ciò che la legge volle dire colle parole *fondi urbani e rustici* e colla parola *frutti*.

Alla voce **Fondo** si è dimostrato che la definizione di *fondo* è di una parte limitata di crosta terrestre che si trova in privata proprietà (3). Si è avuto occasione anche di far notare che il significato della parola *fondo* nella legge è mutabile, che ora il legislatore adopera questo nome in un senso ed ora in un altro. Stando alla definizione data alla voce **Fondo,** le disposizioni degli art. 82, n. 1, codice procedura civile e 10, n. 3, legge 16 giugno 1892 non sarebbero applicabili che ai danni e guasti al suolo ed a tutto ciò che stando sotto o sopra dello stesso col suolo forma corpo; non sarebbero così applicabili che agli immobili per natura, di cui parla l'art. 408 codice civile. Tale interpretazione però, guardato il complesso delle disposizioni che si stanno esaminando, non sembrerebbe accettabile. Guardato il complesso delle disposizioni degli art. 82, n. 1, codice procedura civile e 10, n. 3, legge 16 giugno 1892, emerge chiaro il concetto che il legislatore ha voluto stabilire una competenza speciale per materia per ciò che concerne i guasti e danni arrecati alla proprietà immobiliare, e però quelle disposizioni trovano la loro applicazione tutte le volte che avvenga un guasto o danno ad una cosa che dalla legge è considerata come immobile, sia per natura sia per destinazione, quando questa ultima al momento in cui viene danneggiata si trovi nel fondo al quale è destinata (4). Essendo necessario perchè vi sia la competenza speciale che la cosa danneggiata sia un

(1) Il Mattirolo (I, 328) in quella vece ritiene che in questi casi sia l'azione di guasto e danno che si presenta come azione accessoria. Modo questo non troppo esatto di considerare l'azione: l'importanza di considerarla sotto uno piuttosto che sotto altro aspetto sarà veduta in seguito quando verrà fatta parola del cangiamento che gli atti della causa subiscono in seguito alle eccezioni del convenuto.

(2) Confr. Cass. Napoli, 21 aprile 1883, *Veraldi* c. *Bernasconi* (*Gazz. Proc.*, XIII, 497).

(3) N. 3.

(4) La Cass. di Napoli, 26 agosto 1892, *Impresa Sturbini* c. *Lariano* (*Foro ital.*, 1893, I, 19), così sentenziava: « E del terzo è a dire lo stesso, imperocchè la perdita o distruzione degli animali che gli attori dinotavano nella domanda derivate dall'incendio, sia direttamente, sia indirettamente, quando essi, come afferma la ricorrente, erano doti o scorte vive o morte del fondo, vanno per legge ritenuti come immobili per destinazione, onde non escono fuori delle azioni per danni, previste dal suddetto articolo 82, n. 1, codice di procedura civile.

« Nè poi saprebbesi per avventura escluderli perchè non indicati nel suddetto articolo, perchè si farebbe ingiuria alla legge se si ritenesse che nei danni fatti agli immobili non si dovessero comprendere gli animali che non si fossero trovati e che fossero periti o danneggiati.

« Nel più si considera il meno, e, ad ogni modo, nei giudizii l'azione principale comprende per norma di legge quella degli accessorii in fatti di competenza. »

E nella decisione della Corte stessa, 27 febbraio 1894, *Chianese* c. *Ministero lavori pubblici* (*Foro It.*, 1894, I, 839) si legge:

« Che, pel numero primo dell'articolo 82 codice procedura civile, sono di competenza dei pretori, qualunque sia il valore della causa purché proposte entro l'anno dal fatto che vi diede origine, le azioni per guasti e danni dati ai fondi urbani e rustici, alle siepi, chiudende, piante, ed ai frutti. Ora, l'Amministrazione ricorrente deduce che fra i danni contemplati dal citato articolo non siano compresi quelli arrecati al bestiame ed alla industria pretesi dal Chianese.

« Ma pe' fondi detti Prima e Seconda Vasca Bartolotto di proprietà del Chianese gli animali che vi si trovavano erano immobili per destinazione (art. 413 cod. civ.).

« Nè potrebbe ritenersi che il bestiame di Chianese non era addetto alla coltura dei fondi. Imperocchè la scuola e la giurisprudenza ammettono uniformemente che animali addetti alla cultura non sono quelli soltanto che si adoperano come istrumenti agrari, e che tirano l'aratro o il carro, ma più generalmente deve intendersi tale tutto il bestiame necessario ad una coltura, come le pecore, le vacche e simili, la cui destinazione è l'ingrasso delle terre e la consumazione dei foraggi. Il prodotto dei fondi pascolatorii consiste negli erbaggi per alimentare animali i quali consumano il prodotto del fondo e lo trasformano in altri prodotti, come latticinii, e aumento di animali. Per tal ragione è stato ritenuto che gli animali destinati alla consumazione degli erbaggi debbano considerarsi immobili, servendo alla cultura del fondo. Ciò risponde al fine propostosi dal legislatore di proteggere gli interessi dell'agricoltura.

« E bene il tribunale osservava che il principio esposto era maggiormente applicabile nella causa presente, giacchè i predî danneggiati erano addetti al pascolo degli animali bufalini e bovini, ed alla produzione dei latticinii, e delle carni.

« Che questa produzione, costituente una industria agricola, va considerata come frutto, sicchè i danni alla medesima prodotti rientravano nella competenza del pretore.

« Che relativamente agli animali del fondo Riccia di proprietà Bisignano, locato a Chianese, il gravame dell'Amministrazione è infondato per un'altra ragione.

« Innanzi tutto convien rilevare che la ricorrente non sostiene che la controversia dovesse essere giudicata dal pretore pe' danni agli immobili, e del tribunale pei danni agli animali, il che non sarebbe consentito dalla economia dei giudizii, e potrebbe dar luogo a giudicati contraddittori. Invece l'Amministrazione deduce che il pretore sia incompetente sulla intera contestazione. Ma questo concetto non è conforme alla legge. Di vero in tema di competenza per connessione o continenza di causa gli articoli 101 e 62 codice proc. civ. dispongono il rinvio della causa intera alla

immobile, siccome un ponte di chiatte sopra un fiume che non abbia nella sponda un edificio destinato al suo servizio, non è un immobile (1), così per danni arrecati ad un tale ponte non ci sarà la competenza speciale della quale si sta discorrendo, l'azione sarà un'azione di danno di competenza ordinaria (2).

Da che l'azione contemplata dagli art. 82, n. 1, codice procedura civile e 10, n. 3, legge 16 giugno 1892 è l'azione per danni e guasti alla proprietà immobiliare risulta cosa il legislatore abbia voluto intendere colla parola *frutti* che adopera in quelle disposizioni. Non basta che vi sia un guasto o danno ad un frutto qualunque perchè vi sia la speciale competenza del pretore o del conciliatore, è duopo che i frutti danneggiati o guastati sieno immobili. Di qui la conseguenza che, se i guasti e danni sono avvenuti sui frutti staccati dal suolo, anche se sono ancora nel fondo che li ha prodotti, l'azione non entra nella competenza speciale per materia della quale ci si sta occupando, ma entra nella competenza ordinaria (3). Che ciò sia vero, oltre che dall'indole delle disposizioni delle quali ci si sta occupando, risulta dalla economia della legislazione allorchè il codice di procedura civile fu promulgato. Nella economia della legislazione italiana che vigeva o che veniva posta in attività in quel momento, la condizione giuridica dei frutti era diversa a seconda che gli stessi fossero staccati dal suolo o dalla pianta, o fossero ancora attaccati; ciò risulta dall'art. 411 del codice civile, che nel caso di frutti non ancora staccati dal suolo o dalla pianta afferma che sono immobilili, nel mentre mobili li considera a misura che sono raccolti o separati; dagli art. 624 e 625 del codice penale del 1859 che facevano due reati distinti: del furto commesso su frutti staccati dal suolo o dalla pianta, e del furto commesso su frutti ancora attaccati. Atteso tale indirizzo della legislazione, si presenta inverosimile che il legislatore abbia voluto considerare in una disposizione, della stessa indole giuridica, cose che in altre disposizioni aveva considerate di natura giuridica distinta, si presenta naturale la illazione che solo per danno ai frutti attaccati al suolo abbia voluto dare la disposizione dell'articolo 82, n. 1, codice procedura civile, lasciando retta dalle norme generali la competenza per guasti e danni ai frutti che in altra condizione si trovassero. Ed a persuadere viemeglio che tale è l'interpretazione da adottarsi vale la circostanza che le cose menzionate negli art. 82, n. 1, codice procedura civile e 10, n. 3, legge 16 giugno 1892 sono tutte immobili, dal che si induce che il legislatore, quando parlava di frutti, pensava a frutti stessi quali immobili, e però a frutti ancora attaccati al suolo od alla pianta.

Alla voce **Fondo** è stato dimostrato che il legislatore quando considera il demanio pubblico, quantunque immobiliare, non usa mai l'appellativo di *fondo*; di qui ne deriva che la competenza speciale della quale si sta discorrendo non vale per guasti e danni arrecati alle cose immobili di demanio pubblico: la competenza per le azioni relative a tali guasti e danni è la competenza ordinaria.

57. La denominazione di guasto o danno comprende ogni danno di qualunque specie ed importanza, ancorchè, lasciando incolume il fondo urbano o rustico, ne diminuisca solo l'utilità (4); ogni maniera di turbativa per via di fatto (5), sia la stessa direttamente od indirettamente arrecata (6), derivi da fatto positivo o da ommissione (7), da dolo o colpa (8),

autorità competente ne' soli casi di domanda riconvenzionale o di compensazione di valore eccedente la competenza del pretore o del conciliatore. Ma questi casi non si verificano nella causa presente. L'azione di danno dato é stata per gravi ragioni dal legislatore attribuita al pretore, il quale può con sollecitudine ed esattezza verificare i danni anche recandosi immediatamente sul luogo ove sono avvenuti. Quest'azione non può essere sottratta alla sua cognizione sol perchè una categoria di danni non riguarda l'immobile, o i frutti, ma il bestiame, che pur si trovava sul fondo all'epoca in cui ebbe luogo il fatto che diede origine alll'azione. Unica fu la causa dei danni, unico il fatto dell'uomo, doloso o negligente, identico l'oggetto che il danno colpì, cioè l'immobile ove trovavansi gli animali che da esso traevano il loro sostentamento. Laonde, come bene osservarono i giudici del merito, dalle enunciate condizioni di fatto sorse evidente il rapporto giuridico di principale ed accessorio, come di causa ad effetto, che per argomento dell'art. 99 codice procedura civile investe il pretore della cognizione di tutta la contestazione. »

(1) Confr. art. 410, 1 p., codice civile.

(2) Cass. Torino, 31 dicembre 1890, *Soc. Officine di Sivigliano* c. *Soc. del ponte in chiatte sul Po in Cremona* (*Giur. Ital.*, 1891, 1, I, 210).

(3) Trib. Bari, 1° dicembre 1884, *Nittis* c. *Spinelli* (*Riv. di giur.*, Trani, 1885, 123). La Cassazione di Napoli 1° ottobre 1873, *Maffei* c. *Ferr. merid.* (*Ann.* 1874, 1, 9) andava in opposto parere, così ragionando:

« La Corte d'appello non tenne affatto conto del surriferito capo della dimanda: ma si fermò solo alla rivalsa dei frutti, e disse, che trovandosi staccati dal suolo, non era applicabile l'art. 82.

« Questo articolo però, nel far cenno dei frutti, non indica se gli stessi si dovessero trovare tuttavia attaccati al suolo, o staccati e deve ritenersi che la generalità della espressione comprenda l'uno e l'altro caso; tanto più che pei frutti ancora attaccati al suolo, reputandosi gli stessi immobili, per l'articolo 411 del codice civile, non occorreva una speciale disposizione di legge che avesse attribuita la cognizione dei correlativi giudizi al tribunale del luogo dove l'immobile è situato.

« Ma, a prescindere dalle parole della legge, concorre ancora la ragione della stessa per adottare il medesimo divisamento.

« Sebbene il grano, obietto dell'azione, si trovasse di fresco tagliato e raccolto in biche nel fondo che l'aveva prodotto, le disquisizioni giudiziarie, che possono sorgere per la perdita derivante dall'incendio, menano alle stesse difficoltà delle altre concernenti la proprietà dell'immobile; epperò i motivi che hanno determinato il legislatore ad attribuire la cognizione de' giudizii sulla proprietà al giudice *rei sitae*, concorrono del pari per le azioni relative ai frutti staccati dal suolo esistenti tuttavia nel fondo.

« Sarebbero assai malagevoli, dispendiose e di dubbia riuscita le istruzioni disposte da un magistrato lontano dal luogo ove il danno si è verificato.

« La disposizione dell'art. 82 nel derogare agli ordinarii principii di competenza, piucchè al carattere ed alla qualità dell'oggetto litigioso, ha mirato alla speciale natura dell'azione, al migliore andamento ed alla economia de' giudizi; ed in fatto di frutti va applicato, tanto a queili ancora attaccati al suolo, che agli altri che si trovassero svelti esistenti tuttavia nel fondo che li ha prodotti. »

(4) Cass. Torino, 7 maggio 1887, *Comune di Origlio* c. *Costa* (*Legge*, 1887, 2, 189).

(5) Cass. Napoli, 20 dic. 1870, *Dimopoli* c. *Manzoni* (*Gazz. giur.*, 1870, 85).

(6) V. Cass. Torino, 4 agosto 1883, *Aguzzi* c. *Corbella* (*Giur.*, Torino, 1883, 551).

(7) Cass. Roma, 30 giugno 1886, *Persichetti* c. *Cruciani* (*Legge*, 1887, 1, 367).

(8) Pisanelli, Mancini e Scialoja, *Comm. al cod. sardo* I, 196 Cass. Roma, 15 aprile 1880, *Ferrovie Sarde* c. *Martinez* (*Giur. It.*, 1880, 1, 789); Cass. Napoli, 26 aprile 1892, *Impresa Sterlino* c. *Lanciano* (*Foro It.* 1893, 1, 19); 27 febbraio 1894, *Chianese* c. *Ministero LL. PP.* (*Foro It.*, 1894, 1, 893).

da fatti propri o dal fatto delle persone delle quali si deve rispondere.

I guasti e danni però possono essere la conseguenza dell'inadempimento di quell'obbligo che è addossato ad ogni persona di non arrecar danno ad altri, possono essere la conseguenza dell'inadempimento di uno speciale obbligo che aveva la persona, in seguito ad un vincolo di diritto pel quale era tenuto a non danneggiare la cosa. Questa seconda specie di danni non entra fra quelli dei quali si occupano gli articoli 82, n. 1, codice procedura civile e 10, n. 3, legge 16 giugno 1892. L'obbligazione che in questi casi sorge è una conseguenza dello speciale vincolo giuridico che preesisteva, e non havvi ragione alcuna per stabilire una competenza, pei reclami relativi all'inadempimento di quell'obbligo, diversa da quella stabilita pei reclami giudiziari relativi all'inadempimento degli altri obblighi, tutti derivanti dallo speciale vincolo di diritto del quale si tratta.

Laonde l'azione diretta a conseguir indennità per mancanza o deterioramento recato dall' investito di beni immobili facienti parte della dote della chiesa parrocchiale, non può confondersi colla azione per danno e guasti ai fondi urbani e rustici contemplati dall'art. 82, n. 1, codice procedura civile (1).

E così il pretore non è competente a conoscere di un'azione per guasti e danni arrecati ai fondi urbani o rustici quando i danni sieno dovuti in dipendenza di un contratto (2).

Così pure in tema di danno prodotto da frane di terra tratta giù dal defluvio di un fondo superiore ad un fondo inferiore, ove per giungere alla conseguenza di un danno risarcibile occorre veder se dalla intelligenza combinata degli art. 536 e 537 codice civile può risultare contro il proprietario del fondo superiore una obbligazione di impedire le frane di terra quando fossero un naturale prodotto del deflusso dell'acqua e non la conseguenza di un modo di coltura che dal proprietario dominante poteva essere senza danno evitata, la competenza va determinata a norma dell'art. 79 codice procedura civile e non a norma dell'art. 82, n. 1, codice stesso (3).

È solo il guasto e danno che entra nel disposto degli articoli 1151, 1152 codice civile, quello pel quale la competenza speciale è stabilita.

58. Per l'art. 82, n. 1, codice procedura civile in tanto havvi la competenza speciale del pretore, in quanto l'azione sia proposta entro l'anno dal fatto che vi diede origine (4). L'art. 10, n. 3, legge 16 giugno 1862 non ripete questa condizione per l'azione di guasti e danni di competenza del conciliatore, ond'è che la competenza speciale del conciliatore vi è anche nel caso in cui l'azione è proposta passato l'anno (5).

Il momento nel quale la persona pone in essere il fatto causa del danno e l'avvenimento del danno possono essere contemporanei; e questo caso non offre difficoltà relativamente al computo del termine entro il quale, se è proposta, l'azione è o no nella competenza speciale del pretore, perchè, sia che si guardi alla causa, sia che si guardi all'effetto, uno solo è il momento in cui comincia il decorso del termine. Può invece avvenire che fra un momento e l'altro scorra del tempo, come nel caso in cui venga costruita un'opera in seguito alla quale, dopo un tempo più o meno lungo dalla sua costruzione, il danno venga causato (6). Fino a che il danno non è avvenuto, salvo il caso in cui si voglia agire colla azione di danno temuto, colui che dal danno è minacciato non ha alcun diritto verso l'autore dell'opera; il suo diritto non sorge che all'avvenimento del danno, dunque è da questo momento che va computato il termine dell'anno per esercitare l'azione avanti il magistrato

---

E la stessa Cass. di Napoli, 9 maggio 1889, *Valle* c. *Comune di Napoli* (*Foro It.*, 1890, I, 183) così considerava:

« Ma l'errore più grave è stato di credere che in tema di riparazione di guasto o danno a cui provvede il n. 1 del citato art. 82, il danno riparabile a mente di cotesta disposizione dipendesse dalla intenzione di colui che l'abbia prodotto sapendo di produrlo per la coscienza che avesse avuto di non esercitare alcun diritto proprio. Nel quale errore la sentenza è caduta dacchè, avvisandosi di cogliere l'origine e la portata dell'articolo nelle fonti del diritto, ha creduto spiegare il *damnum injuria datum* per quello derivante da colpa, senza porre mente che nel linguaggio dei testi *injuria* non esprime che il contrapposto della voce *jus*, cioè *quod non jure factum est, hoc est contra jus*. D'onde consegue che, indipendentemente dal dolo o dalla colpa che possono talvolta concorrere nella operazione dell'agente, il *damnum injuria datum* avvenga secondo la legge anche per semplice negligenza, onde taluno, pure usando di un suo diritto, abbia commesso il danno che avrebbe potuto evitare; dappoichè il *non videtur dolo facere qui suo jure utitur* non esclude che l'esercizio del proprio diritto debbasi svolgere in modo innocuo, sempre chè sia evitabile l'altrui danno. Alla quale conclusione sarebbesi pervenuto con metodo anche più breve leggendo attentamente l'articolo, nel cui dettato vuolsi veder trasfusa la giusta teorica di diritto secondo i principii. E quando veruna distinzione vi si legge che accenni a considerazione di cause subbiettive, ma vi si vede delineato soltanto l'obbietto del danno prodotto in quelle condizioni che sono quivi specificate, non è lecito aggiungervi ciò che la sapienza legislativa ha trasandato appunto per purità dei principii accolti ».

(1) App. Bologna, 4 maggio 1878, *Nicolai* c. *Bianconcini* (*Riv. giur.*, Bologna, 1878, 233).

(2) Cass. Firenze, 31 gennaio 1878, *Casellato* c. *Fondazione Scolastica Bocchi* (*Ann.*, 1878, 1, 116).

(3) Cass. Roma, 30 giugno 1886, *Persichetti* c. *Cruciani* (*Legge*, 1887, 1, 367).

V. anche Cass. Napoli, 31 dicembre 1881, *Cordopatri* c. *Giffone* (*Foro It.*, 1885, I, 655).

(4) Cass. Roma, 15 aprile 1880, *Ferrovie Sarde* c. *Martinez* (*Giur. It.*, 1880, 1, 779).

(5) V. App. Torino 17 aprile 1869, *Parrocchia di Biandrate* c. *Scansi* (*Giur*, Torino, 1869, 375); App. Palermo, 1° settembre 1879, *Cipolla* c. *Guccione* (*Circ. Giur.*, 1879, 60); App. Casale, 7 marzo 1884, *Ottobiano* c. *Salvadeo* (*Giur. Cas.*, 1884, 204); App. Aquila, 25 maggio 1886, *Comune Solmona* c. *Amm. del Canale Sagittario* (*Foro Abruzz.*, 1886, 169); App. Venezia, 15 aprile 1887, *Weil-Weil* c. *Ponti-Maniscalchi* (*Temi Ven.*, 1887, 208).

(6) Un tale rilievo non è senza importanza per due motivi. Anzitutto ha importanza, perchè, anche ritenendosi che l'azione per guasti e danni sia azione relativa ad immobili e come tale solo per eccezione alla regola generale, che per le azioni personali relative agli immobili il conciliatore è incompetente, di competenza di questo magistrato, l'azione è di competenza, per materia, del conciliatore anche se trascorso l'anno. In secondo luogo è bensì vero che, dato che l'azione di guasto e danno ai fondi sia un'azione personale relativa a beni mobili, il conciliatore divenuto col decorso dell'anno incompetente per materia, deve essere competente per valore, e però il decorso dell'anno non eserciterebbe alcuna influenza sulla competenza, che, per un titolo diverso, esisterebbe medesimamente nello stesso magistrato, ma è anche vero che, come si vedrà quando si parlerà della competenza per territorio, l'azione speciale di guasto e danno importa anche una speciale competenza territoriale, ed una volta che l'azione mantiene il suo carattere di azione speciale di competenza del conciliatore anche dopo decorso l'anno, anche dopo il decorso di tal termine continua la speciale competenza per territorio.

al quale la legge attribuisce la competenza speciale (1). Oltre a ciò è da rilevare che la competenza speciale è dalla legge stabilita in considerazione della necessità di procedere rapidamente alla constatazione di fatti le cui traccie possano facilmente sparire, e la necessità di tali contestazioni riguardando al momento in cui il danno si verifica, è da questo momento che deve essere computato il termine per introdurre l'azione avanti la competenza speciale.

59. Quando è posto fuori di constestazione il diritto dell'attore a che il fatto dannoso non venisse posto in essere, e l'oggetto della contestazione è limitato all'avveramento del danno ed alla responsabilità del convenuto, qualunque sieno le questioni che si agitano fra le parti, lo stato degli atti della causa, quale determinato dalla domanda dell'attore, non soffre alcun mutamento che sia importante relativamente alla competenza in seguito alle eccezioni o difese del convenuto: il giudice adito, competente per l'azione di guasti e danni, è competente a conoscere anche delle difese ed eccezioni che dal convenuto venissero opposte (2). Medesimamente non muta lo stato degli atti, quale determinato dalla domanda, quando non venga sollevata una contestazione sulla esistenza del diritto, ma il convenuto si limiti a semplice riserva di far valere in seguito i suoi diritti (3); la semplice riserva del convenuto, se l'attore in seguito alla presentazione della stessa non chiede che sia risoluta con un giudicato, non induce contestazione sulla esistenza del diritto riservato.

Lo stesso principio vale quando la decisione sulla esistenza o no del diritto che è posto dalle parti in contestazione, è indifferente alla decisione sull'obbligo o meno di risarcire il danno.

Ma oggetto di contestazione può essere il diritto dell'attore acchè il fatto dannoso non venisse posto in essere. Se la causa fu introdotta avanti il conciliatore, non può esservi dubbio che lo stato degli atti relativamente alla competenza, quale determinata dalla domanda, tostochè sorga contestazione nel diritto dell'attore, soffre un mutamento relativamente alla competenza del giudice adito, in modo che il conciliatore deve dichiararsi incompetente a pronunciare sulla proposta azione: il n. 3 dell'articolo 10 della legge 16 giugno 1892 è esplicito sul proposito: il conciliatore è competente solo quando l'azione di guasto e danno non implichi questioni di proprietà o di possesso e la questione relativa alla esistenza nell'attore del diritto a che il fatto dannoso non fosse posto in essere è appunto una di tali questioni che rendono il conciliatore incompetente a pronunciare sulla azione proposta. È solo quando la causa è introdotta avanti il pretore che possono sorgere dubbi.

Per altro è a ritenersi che lo stato degli atti della causa, quale determinato dalla domanda, muti relativamente alla competenza speciale dal pretore:

1. quando alla domanda dell'attore venga opposto dal convenuto che egli null'altro fece che esercitare un diritto;

2. quando l'attore venga ad innestare nel giudizio una azione di servitù e da questa faccia dipendere la risoluzione della questione di guasto e danno;

3. quando venga in controversia un diritto eccepito dal convenuto;

4. quando siavi contestazione sulla proprietà o sul possesso dei beni danneggiati.

Se in un giudizio di competenza pretoriale per indennizzo a causa di pascolo avvenuto sopra fondi cussorgiali dell'attore, il convenuto eccepisce la propria qualità di cussorgiale e la non qualità di proprietario nell'attore, il pretore è competente a decidere anche su questa eccezione (4).

La materia della azione di guasti e danno questo ha di speciale, che qualunque questione venga sollevata sul diritto dell'attore a che il fatto non venga posto in essere, sia che la contestazione cada sulla esistenza generica del diritto o

(1) La Cass. di Napoli, nella decisione 15 dicembre 1880, *Carbone* c. *Soc. delle ferr. rom.* (*Foro It.*, 1881, 1, 141), così statuiva:

« Osservato che bisogna farsi più addentro nella questione vera della causa, che è quella della competenza alla base del primo mezzo, vedere cioè se in fatto dei danni, de' quali parlasi nell'articolo 82, n. 1, cod. di proc. civ., per aversi l'eccezionale competenza del pretore, abbisogni che l'azione sia intentata entro l'anno, nel quale avviene il danno o, se, invece di guardarsi all'epoca del danno, debba starsi a quella della costruzione dell'opera, dalla quale il danno venga a derivare come prima cagione di esso.

« Ed al riguardo questo Supremo Collegio non può plaudire alla teoria adottata dai giudici del merito, imperocchè, se il danno che si lamenta fosse stato pur l'effetto delle acque torrenziali, per verificarsi vi sarebbe concorso, secondo il libello, la ricostruzione del muro, che è fatto certamente dell'Amministrazione delle ferrovie. Se detto muro non si fosse ricostruito, ed il danno fosse derivato per l'avvenimento dell'acqua suddetta, si avrebbe il solo fatto naturale, ed il caso fortuito, ma, quando invece il danno sarebbe secondo il ricorrente avvenuto pel rigurgito delle acque infrenate dal muro, nella ricostruzione dello stesso può ben rinvenirsi quel fatto, di cui parla l'art. 82, n. 1, detto codice.

« Osservato che non vuolsi guardare, per definire la competenza, ai danni per quanto siano cagionati immediatamente dal fatto dell'uomo, ma ancora a quelli che ne derivano mediatamente. Avviene talvolta che il danno si manifesti dopo molto tempo che sono stati compiuti i fatti dai quali deriva, e la costruzione del muro di per sè stessa può non esser nociva, ma al sopravvenire le acque in abbondanza può alcune volte rendersi pregiudizievole, perchè è essa la prima causa che nell'effetto però dannoso si sviluppa ed attua nel momento che le acque si rendono impetuose e trattenute malamente producono il danno. L'azione *damni infecti* riprodotta dall'art. 699 cod. civ. in vigore è diversa da quella indicata dall'art. 82, n. 1, cod. di proc. civ., perchè la prima è data nel caso si tema il danno, e da precederne l'avvenimento, stantechè mirava a prevenirlo *damnum infectum quod futurum veremur: hoc edictum prospicit damno nondum facto cum ceterae actiones ad damna, quae contigerunt sarcienda pertineant* (L. 2 e 7, § 1 D. *de damno infecto*); e la seconda non può aver luogo, che quando il danno è avvenuto e così nel citato art. 82, n. 1, parlasi di danni dati cioè arrecati, e quindi avvenuti, a fondi urbani o rustici.

« Carbone adunque, se volea prevenire il danno, avrebbe dovuto dolersi della ricostruzione del muro, ma, se non lo fece, perchè non poteva prevedere il danno, non ha meno il diritto all'azione pel danno verificatosi ove si assodi e si trovi che la ricostruzione del muro ne sia stata una almeno delle cause senza il cui concorso non sarebbe il danno avvenuto.

« Osservato che per conseguenza è il vero caso dell'azione per danni di che tratta il citato art. 82, n. 1, ed è indubitata la competenza del pretore innanzi al quale van le parti rinviate per i provvedimenti sul merito e sarà in quella sede che potrà conoscersi di tutte le eccezioni correlative ».

(2) Ricci, *Proc. civ.*, I, 90 *bis.* Conf. Mattirolo, 4ª ediz., I, 325 nota.

(3) V. App. Palermo, 1° settembre 1885, *Cipolla* c. *Guccione* (*Circ. giur.*, 1880, 60);

Cass. Torino, 4 aprile 1883, *Aguzzi* c. *Corbella* (*Giur.*, Torino, 1883, 551).

(4) Cass. Roma, 3 maggio 1877, *Modigliani* c. *Coloru* (*Legge*, 1877, 1, 477).

sulle modalità del suo esercizio, non può essere decisa in via puramente incidentale, in modo che la decisione sulla esistenza o meno del diritto possa essere limitata nei suoi effetti alla esistenza o non esistenza del diritto al risarcimento; la questione sulla esistenza o non esistenza del diritto non può essere risoluta che in via principale; gli effetti della cosa giudicata necessariamente devono estendersi al fondo del diritto sulla esistenza del quale si contesta. E però, in applicazione dei principî posti ai nn. 40 e seg., è giocoforza concludere che lo stato degli atti relativamente alla competenza in forza della contestazione che si dibatte resta mutato, che il pretore è incompetente, se non è competente per altro titolo, a pronunciare nella causa che dinanzi a lui si agita (1). Indipendentemente da ciò, siccome per la esistenza dell'azione di danni e guasti è necessario che ci sia una diminuzione delle facoltà di qualcuno e che tale diminuzione risulti dalla violazione di un diritto (2), quando vi è contestazione sulla esistenza giuridica del danno, uno dei presupposti del giudizio speciale è messo in forse, il diritto allegato costituisce ormai l'oggetto principale della lite, non si ha più un giudizio di danni secondo l'art. 82 codice procedura civile, ma un giudizio sulla esistenza del diritto posto in controversia, accessorio del quale è il giudizio per danni provenienti dalla violazione avvenuta del diritto stesso (3). È una radicale immutazione della azione che si opera, radicale immutazione che fa sì che la competenza non può più esser determinata a base di un solo degli oggetti del contendere, del danno o del diritto posto in controversia, ma a base del principio relativo alla azione principale ed alle azioni accessorie che congiuntamente si fanno valere.

Capo IV. — Competenza per le azioni possessorie.

60. Nozione dell'azione possessoria di competenza speciale. — 61. Condizioni perchè vi sia la competenza speciale. — 62. Trasformazione dell'azione di interpretazione del libello. — 63. Eccezioni del convenuto. — 64. Esame dei titoli eccedenti la competenza pretoria. — 65. Conclusioni del terzo intervenuto.

60. Per l'art. 694 codice civile, chi, trovandosi da oltre un anno nel possesso legittimo di un immobile o di un diritto reale o di una universalità di mobili, viene in tale possesso turbato, può, entro l'anno dalla molestia, chiedere la manutenzione del possesso medesimo; e per l'art. 695 del codice stesso, chi è stato violentemente od occultamente spogliato del possesso, qualunque esso sia, di una cosa mobile od immobile, può, entro l'anno dal sofferto spoglio, chiedere contro l'autore di esso di venir reintegrato nel possesso medesimo. Quella contemplata dall'art. 694 è l'azione di manutenzione, quella contemplata dall'art. 695 è l'azione di reintegra, ed ambedue vengono a costituire le azioni possessorie alle quali si aggiungono le azioni petitorie: quelle dirette a ristabilire uno stato di fatto arbitrario di una persona a danno di un'altra (4); queste dirette a far dichiarare l'esistenza di un diritto. Delle azioni possessorie si dirà sotto apposita voce; a questo luogo basta aver accennato alle nozioni elementari sulle stesse, per poterne desumere ciò che esse hanno di speciale relativamente alla competenza.

L'art. 82, n. 2, codice procedura civile stabilisce una competenza speciale per materia relativamente alle azioni possessorie; attribuisce la conoscenza delle azioni stesse al pretore, qualunque sia il valore della causa (5). E siccome azione possessoria è tanto quella che si esperimenta per una cosa naturale, quanto quella che si esperimenta per un diritto, così la competenza speciale del pretore si verifica tanto quando la molestia o lo spoglio ha luogo per il possesso, quanto quando ha luogo per il quasi possesso (6).

La ragione di questa competenza speciale sta nella necessità di una tutela pronta ed efficace, per quanto provvisoria, di uno stato di fatto attuato dal privato arbitrio, da parte di un'Autorità presente sui luoghi, disposta a riparare speditamente ai disordini che si verificano nel possesso, senza indagare la questione di merito relativa al diritto di procedura.

Come in tutte le materie, anche in questa è d'uopo non confondere la questione di competenza colla questione di merito: l'azione possessoria può essere inammissibile per mancanza delle condizioni necessarie alla sua ammissibilità, ma ciò non influisce sulla competenza. Il pretore, in presenza della inammissibilità dell'azione, non può dichiararsi incompetente a giudicare; egli è pienamente competente a giudicare che l'azione possessoria non può essere ammessa (7).

61. Perchè si faccia luogo alla competenza speciale per materia della quale si sta discorrendo, è anzitutto necessario che si tratti di vero e proprio giudizio possessorio (8); cioè che la domanda sia formolata in modo da non chiedere altro che la constatazione del fatto del possesso, e la affermazione delle conseguenze giuridiche che da tal fatto risultano, ossia, per dirlo in altri termini, che si tratti dell'*jus possessionis*. Che se la domanda fosse formolata in modo che, oltre del fatto del possesso e della affermazione delle sue conseguenze giuridiche, implicasse anche una affermazione del diritto di possedere (*jus possidendi*), la competenza non andrebbe più regolata dall' art. 82, n. 2, codice di procedura civile; il giudizio non sarebbe più possessorio ma petitorio, e la competenza dovrebbe andare regolata dalle norme ordinarie (9). Ma,

(1) È questo il principio che qualche decisione ha voluto affermare col dire che il pretore non è competente per l'azione di danno che non derivi da fatto illecito od arbitrario. Cass. Napoli, 20 dicembre 1870, *Dimopoli* c. *Mancini* (*Giuris.*, Torino, 1871, 236); App. Catanzaro, 1° luglio 1878, *Barberio* c. *Jannelli* (*Riv. di giur.*, Trani, 1878, 817).

(2) Pisanelli, Mancini e Scialoja, *Commento al codice di procedura civile*, I, n. 189.

(3) Confr. Saredo, *Ist.*, I, n. 293; Gargiulo, *App. al comm. del cod. di proc. civ.*, I, pag. 82; Ricci, *Procedura civile*, I, n. 89.

(4) V. Cass. Torino, 25 maggio 1882, *Corvetto* c. *Mazzano* (*Giur.*, Torino, 1882, 578).

(5) Cass. Torino, 31 luglio 1868, *Sottani* c. *Moy* (*Giur.*, Torino, 1868, 652); Cass. Napoli, 16 novembre 1867, *Musitano* c. *Musitano* (*Id.*, 1867, 316); Trib. Trani, 31 gennaio 1885, *Frasca* c. *Bonanno* (*Riv. di giur.*, Trani, 1885, 303); App. Brescia, 8 ottobre 1888, *Ratti* c. *Soregaroli* (*Ann.*, 1888, 2, 554).

(6) V. Cass. Firenze, 22 novembre 1867, *Martelli* c. *Martelli* (*Ann.*, 1867, I, 358).

(7) Una tale confusione si trova fatta dalla Cassazione di Firenze, 23 giugno 1875, *Soldi* c. *Rimoldi* (*Gazz. trib.*, Milano, 1875, 613), che decise le servitù negative, come *l'altius non tollendi*, non poter dar luogo ad azione di manutenzione, ma doversi far valere in sede petitoria. Perciò il pretore non può essere competente a pronunciare l'inammissibilità dell'azione.

(8) V. App. Roma, 16 agosto 1892, *Corsi* c. *Min. interni* (*Temi Rom.*, 1892, 85).

(9) V. Cass. Torino, 14 gennaio 1871, *Costa* c. *Costarelli* (*Ann.*, 1871, 1, 6); 15 dicembre 1869, *Provincia di Sondrio* c. *Ospedale di Cuneo* (*Giur.*, Torino, 1870, 93).

se con un solo libello si propongono domande in possessorio e domande in petitorio diverse e distinte dalle prime, il pretore competentemente giudica su quelle possessorie (1), dichiarando, se del caso, la propria incompetenza per quelle petitorie: ciò non è che la conseguenza del principio che la competenza essendo relativa a ciascuna azione esperita, nel caso che più sieno le azioni esperite nello stesso giudizio, l'incompetenza a giudicare di una delle dette azioni non porta la conseguenza che il magistrato adito sia incompetente a giudicare delle altre.

Fu ritenuto che esperisce una vera e propria azione possessoria di manutenzione di competenza pretoriale, e non una azione proveniente da contratto di precario od altra azione diversa, colui che chiede la restituzione di un immobile ad altri concesso a titolo di comodato e da quest'ultimo non rilasciato nel termine stabilito per il godimento (2), e che nel caso di azione in comodato possa essere esperita l'azione possessoria se il comodatario pretende di possedere a nome proprio invece che a nome del comodante, non può esservi dubbio, ma che sia azione possessoria di competenza speciale del pretore l'azione diretta ad ottenere la restituzione della cosa per la scadenza del termine stabilito per il godimento è da escludersi: l'azione che in tal caso esperimenta il comodante è quella che proviene dal contratto di comodato, contratto che importa nel comodatario l'obbligo della restituzione della cosa ricevuta (3); si tratta di azione petitoria non di azione possessoria, e però alla competenza speciale non si fa luogo.

Ai termini dell'articolo 82 codice di procedura civile, perchè vi sia la competenza speciale per materia della quale ci si sta occupando è in secondo luogo necessario che l'azione sia proposta entro l'anno dal fatto che vi diede origine. Sicchè, se viene proposta dopo l'anno, il pretore non può entrare ad esaminare il merito della azione, per dichiarare se, essendo scorso l'anno di cui agli articoli 694 e 695 codice civile, l'azione sia o no ammissibile, ma deve dichiarare la sua incompetenza a pronunciare. La distinzione fra gli effetti del decorso dell'anno in relazione alla competenza, e gli effetti del decorso dell'anno in relazione alla ammissibilità della azione, non è senza importanza giuridica. Perchè, nel mentre ben possono le parti lasciare giudicare la questione in possessorio anche se è scorso l'anno dal fatto, ed il giudice non ha facoltà di dichiarare inammissibile l'azione rilevando di ufficio la decorrenza dell'anno dal fatto (4), le parti, in quella vece, non possono espressamente o tacitamente convenire che la questione possessoria sia decisa dal pretore dopo la decorrenza dell'anno dal fatto, perchè con ciò si verrebbe a prorogare una competenza per materia, che, come si è veduto, è improrogabile (5). Ond'è che, se le parti intendono far giudicare la causa possessoria, introducendo l'azione dopo l'anno dal fatto, non possono adire il pretore come magistrato speciale per le azioni possessorie, ma devono adire il giudice che secondo le norme ordinarie è competente (6).

Non basta che si tratti di giudizio possessorio e che l'azione sia introdotta entro l'anno dal fatto perchè vi sia la competenza speciale del pretore, è d'uopo anche che non si trovi pendente il giudizio petitorio, perchè, dopo istituito il giudizio petitorio, ogni reclamo per fatti posteriori è deferito alla Autorità davanti cui pende il giudizio (7). E siccome la decisione sulla competenza va data a base dello stato di fatto esistente al momento della citazione (8), così, introdotto il giudizio possessorio a termini dell'articolo 444, 1ª parte, codice procedura civile, avanti il magistrato presso il quale pende il giudizio petitorio, la competenza di tale magistrato pel reclamo relativo al possesso perdura anche se al giudizio petitorio sia posto termine per transazione, recesso o perenzione (9). Al principio che, introdotto il giudizio petitorio, ogni reclamo relativo al possesso è deferito alla Autorità giu-

(1) Cass. Napoli, 30 novembre 1888, *Leone* c. *Miranda* (*Dir e giur.*, IV, 273).

(2) Trib. Girgenti, 29 dicembre 1894, *Burgio* c. *Sergeant* (*Messaggiero giuridico*, Girgenti, 1895, 10).

(3) Art. 1805, codice civile.

(4) Confr. art. 2109 cod. civ.

(5) Di opposto parere fu la Cassazione di Roma, 2 gennaio 1877, *Braghini* c. *Negrelli* (*Legge*, 1877, 1, 248). Nella specie decisa dalla Corte Suprema trattavasi di azione proposta avanti il pretore un anno e mezzo dopo la turbativa, ed il decorso del tempo non era stato opposto nè innanzi al pretore, nè innanzi al tribunale. Il convenuto soccombente aveva denunciato la sentenza alla Cassazione per violazione degli articoli 82 procedura civile e 694 codice civile, e la Corte, rigettando il ricorso, considerava « che la decadenza del diritto di azione si verifica solo per prescrizione, che alla prescrizione si può rinunciare in modo espresso ed in modo tacito; che la rinuncia tacita emergeva nel caso in questione dal fatto del convenuto, il quale aveva accettato la definizione del merito della causa; che infine la legge vieta al giudice di supplire di ufficio alla prescrizione non opposta ». Tutte buone ragioni per ammettere l'azione possessoria, non la competenza speciale del pretore a pronunciare sulla stessa. Nell'eccesso opposto a quello in cui cadde la Cassazione di Roma è caduta la Cassazione di Torino, 2 giugno 1886, *Dardanelli* c. *Toscano* (*Foro It.*, 1886, 1, 446), giudicando che è inammissibile l'azione di manutenzione proposta entro l'anno e tale inammissibilità deve sollevarsi dal pretore di ufficio anche senza domanda della parte. Non è l'inammissibilità dal pretore che deve elevarsi d'ufficio, è la sua incompetenza per materia a giudicare sopra una azione possessoria fatta valere dopo l'anno dal fatto.

Confronta sul proposito Pisanelli, Mancini e Scialoja, *Comm. al codice sardo*, I, 1030; Mortara, *Man.*, n. 135.

(6) Confr. Mattirolo, 4ª ediz., I, 250.

(7) Art. 444 I p., cod. proc. civ.; Cass. Napoli, 31 agosto 1870, *Genovese* c. *Genovese* (*Gazz. Proc.*, V, 440).

La Cassaz. di Palermo così motivava una sua decisione 21 luglio 1877, *Di Giovanni* c. *Di Bella* (*Foro Italiano*, 1878, I, n. 554):

« Che non è neanco esso (motivo) ben fondato, poichè esso non muove che dall'errore di credere che la legge nuova, che vuole le questioni possessorie insorte nel corso del giudizio petitorio in rapporto alla cosa controversa si portino dinanzi il giudice del petitorio, avesse conservato il divieto del cumulo del possessorio col petitorio; ma questo non è, poichè il giudice di quest'ultimo, se la lite è matura, smaltisce anche la questione relativa al possesso, e con unica sentenza definisce sull'una azione e sull'altra. Imperocchè, quando il diritto definitivamente è in istato di essere proclamato, ragione non vi ha di moltiplicare i giudizi, ed assoggettando la lite del possesso a quella della proprietà, si fa quello che poi per ultimo si deve fare, cioè far cedere il simulacro, che è il possesso, al diritto di proprietà che è la realtà, ed in mancanza della prova della quale quello per l'ordine soltanto prevale, ma che di fronte al diritto, come non altro è che un fatto, cede, e manca ».

(8) Vedi retro n. 39 *bis*.

(9) La Corte di cassazione di Torino, 18 luglio 1885, *Consorzio dei Comuni ed utenti industriali di Stura* c. *Comune di San Francesco al Campo* (*Foro It.*, 1885 I, 884), così statuiva:

« Il mezzo dedotto dal ricorrente consorzio si aggira sull'unico punto, se siano attendibili le ragioni in base alle quali la Corte di Casale credette di appoggiare il suo rifiuto a conoscere della ec-

diziaria davanti cui pende il giudizio, il capoverso dell'articolo 444 codice procedura civile fa una eccezione quando si tratti di attentato violento o clandestino; in questo caso il pretore, accertato il fatto, provvede per la pronta reintegrazione, e rimanda le parti avanti l'Autorità presso cui pende il giudizio petitorio.

L'art. 444, 1ª parte, codice procedura civile torna applicabile solo nel caso in cui la violazione del possesso sia commessa dall'attore o dal convenuto; che, se fosse commessa da un terzo, la pendenza del giudizio petitorio non escluderebbe la competenza speciale dell'articolo 82, n. 2, per l'azione possessoria che contro il terzo venisse intentata (1).

L'articolo 444 non riceve la sua applicazione che per fatti posteriori alla introduzione del giudizio petitorio. Pei fatti anteriori alla introduzione di un tale giudizio, per ciò che concerne l'azione promossa dall'attore, la questione non è questione di competenza, ma di ammissibilità della azione possessoria (2), e però sotto la presente voce non ci si può della stessa occupare. Per ciò che concerne l'azione promossa dal convenuto, la questione è mista di competenza e di ammissibilità, e, conseguentemente, è d'uopo occuparsi a questa voce della stessa.

Sul proposito il codice sardo del 1854, all'articolo 118, così disponeva: « Neanche il convenuto nel petitorio è ammesso a provocare il giudizio possessorio, ed a chiedere che a tal uopo le parti siano rinviate avanti il giudice mandamentale ». Ed all'articolo 119 disponeva: « Dopo istituito il giudizio petitorio ogni richiamo relativo al possesso di-

---

cezione di perenzione da esso opposta pregiudizialmente alla domanda dei tre Comuni controricorrenti, che le era stata rinviata da questa Corte Suprema colla sentenza 2 luglio 1883.

« Ed a buon diritto il consorzio le sostiene fallaci.

« La Corte disse che per effetto del rinvio essendo chiamata ad occuparsi esclusivamente dell'incidente possessorio di attentato alla lite che pendeva in petitorio dinanzi al magistrato di primo grado in forza della eccezionale competenza di cui all'art. 444 del cod. di procedura civ., avrebbe sconosciuto la sua missione ed ecceduto i limiti della medesima, portando le proprie indagini sulla eccezione di perenzione di quel giudizio petitorio, onde dedurne se potesse o meno occuparsi di quell'incidente che le era stato deferito.

« Disse in secondo luogo che il consorzio non aveva interesse ad opporre preliminarmente in quella sede tale eccezione, perciocchè gli era sempre facoltativo di farla valere dinnanzi al giudice del petitorio, *in quanto, se sussistesse, potrebbero essere posti nel nulla tutti gli atti fatti posteriormente alla pretesa intervenuta perenzione*.

« È ben agevole il dimostrare la insussistenza di entrambe queste ragioni.

« La prima va contro ed offende il disposto dell'art. 544 di procedura civ., che rimanda al magistrato di rinvio *la causa*, vale a dire ciò che fu materia del contendere dinanzi al magistrato territoriale, la cui sentenza venne cassata. Ond'è manifesto che, se a questa materia del contendere viene opposta in sede di rinvio una eccezione pregiudiziale che precluderebbe l'adito a conoscere della medesima ed a giudicarla, è dovere imprescindibile del magistrato di rinvio di occuparsene, per non incorrere nella taccia di denegata giustizia. Sostituito infatti al giudice territoriale, esso, per non venir meno al suo ufficio, deve esaminare la materia sottopostagli, sia nei rapporti dell'azione che dell'eccezione, non altrimenti del surrogato; e la natura della eccezione non può esimerlo da questo obbligo, restando sempre vero che, se anche la sede più appropriata a conoscere della medesima potesse essere l'ordinaria, dal momento che chi la elevò ha creduto di prevalersene davanti ad esso, a lui incombe vagliarla nell'intrinseco suo valore per la influenza che nella materia deferitagli possa avere. E nel caso soggetto, sebbene la Corte di Casale in sede di rinvio non fosse chiamata a giudicare della controversia che pendeva fra le parti in sede petitoria, ed anzi ancora davanti al giudice di primo grado — sia pure che la opposta eccezione fosse di perenzione di questo giudizio, la cui pendenza era stata il substrato dell'incidente possessorio di attentato alla lite che unicamente erale stato deferito — andava da sè che nei riguardi della materia del contendere, sulla quale per effetto del rinvio essa dovea statuire, fosse tenuta ad occuparsi di detta eccezione siccome quella che, secondo il pensiero dell'opponente, le togliesse la competenza a provvedere nella materia medesima. E codesto è il portato di molteplici ed anche recentissimi giudicati di questa Corte Suprema nel definire i limiti della competenza del magistrato di rinvio, per cui fu errore l'essersi ritenuta la Corte di Casale spoglia di giurisdizione a prendere in esame quella eccezione.

« E fu non meno erronea la seconda ragione, colla quale credette di rafforzare codesto assunto. Ed ha in sè stessa la propria confutazione. Qualora, infatti, fosse vero, com'essa disse, che l'opponente la perenzione non avesse interesse a farla valere in sede di rinvio, perchè, venendo accolta dal giudice del petitorio, tutti gli atti postumi al suo verificarsi sarebbero messi nel nulla, si vede chiaro che questo interesse maggiormente sussisterebbe onde questi atti posteriori non avessero ad aver luogo, essendo bene strano lo ammettere che dessi pur seguano pel postumo rimedio possibile di farli annullare. E quindi, se la perenzione veniva opposta per togliere alla Corte la competenza eccezionale ch'erale stata attribuita, non può dubitarsi che l'eccipiente aveva un ben più grande interesse che la si prendesse tosto in considerazione, di quello che a vederla ivi respinta senza esame, per essere rimesso a farla valere più tardi ed ottenerne estesi gli effetti anche al provvedimento che in onta ad essa si fosse preso nella sede in cui dapprima l'aveva opposta.

« Però, se, come dicevasi, entrambe le ragioni colle quali la Corte di Casale giustificò il suo rifiuto a conoscere di questa eccezione, siano da condannarsi, la sentenza colla quale dessa provvide sulla materia che le era stata deferita, può salvarsi dall'annullamento che si domanda.

« Di vero: l'art. 444 del cod. di proc. civ., in base al quale dessa era stata investita della causa, stabilisce una competenza eccezionale pei fatti possessorii avvenuti posteriormente all'istituito giudizio petitorio, e per ragione di convenienza, di opportunità e di economia, li diferisce al giudice, dinanzi al quale pende la causa in petitorio.

« Trattasi dunque di una vera azione possessoria, che in tal caso viene ad istituirsi eccezionalmente davanti al giudice del petitorio, azione distinta dalla petitoria, che non ha nulla di comune con essa, tranne l'esser deferita al medesimo giudice, e che di conseguenza viene colla medesima a confondersi ed immedesimarsi.

« Avendo dunque un obbiettivo diverso, sebbene per legge si frammetta al giudizio petitorio, alla cui integrità soltanto il fatto possessorio posteriore alla sua introduzione può dirsi che attenti, d'onde il motivo di convenienza di deferirne allo stesso giudice la cognizione, ne segue che, proposta una volta regolarmente questa azione possessoria davanti al giudice del petitorio, come nella specie non è a dubitarsi nè si contraddice che sia avvenuto, non venga meno la di lui competenza, così radicata e stabilita, pel motivo che l'azione petitoria non sia più stata coltivata. Non altrimenti avviene riguardo all'azione in riconvenzione, che, ammessa per motivi di continenza dinanzi al giudice della causa principale, lo rende competente a definirla se anche quest'ultima sia stata abbandonata.

« E perciò fu giusto in sostanza il risultato al quale scese la Corte di Casale, sebbene per errati criteri di non attendere alla eccezione di perenzione che il Consorzio ricorrente aveva dedotto e senza riguardo ad essa, di provvedere sulle materie deferitele col rinvio ».

(1) Cass. Torino, 23 febbraio 1879, *Comune di Piossasco* c. *Consorzio degli argini delle praterie di Trana* (*Mon. Trib.*, 1879, 352).

(2) Confr. art. 443 cod. proc. civ.

pendente da fatti sia anteriori che posteriori alla causa sarà deferito al tribunale innanzi cui pende il giudizio petitorio, il quale provvederà a termini di ragione ». A questo principio l'articolo 120 derogava solo nel caso di spoglio. Nel codice del 1859 non fu riprodotto l'articolo 118 del codice del 1854, ma, con una variante che non interessa per ciò che concerne la questione che si sta esaminando, veniva, all'articolo 132, riprodotto l'articolo 119 del codice del 1854. Con tale sistema stava nell'arbitrio di colui che aveva attentato all'altrui possesso il privare colui a danno del quale l'attentato aveva avuto luogo, del diritto di ricorrere alla competenza speciale stabilita per le azioni possessorie; infatti bastava che egli intentasse il giudizio petitorio, perchè il suo avversario non potesse adire la competenza speciale stabilita pel possessorio. Ad ovviare a siffatto inconveniente l'articolo 444 del codice di procedura civile italiano si limita a statuire pei fatti posteriori all'introduzione del giudizio petitorio. Dal confronto fra la legislazione vigente e quella anteriore dunque emerge che la introduzione del giudizio petitorio non fa cessare la competenza del pretore a statuire sugli attentati al possesso anteriori alla istituzione del giudizio, quando l'azione è promossa dal convenuto in petitorio (1). Lo studio degli effetti della istituzione di un tale giudizio possessorio sul petitorio già pendente non concerne la competenza, ma l'ammissibilità della azione petitoria, e però non ci si può occupare sotto questa voce degli effetti stessi.

62. Introdotta una azione possessoria, può avvenire che la discussione fra le parti sposti i termini della controversia, e che invece che sull'*jus possessionis* la causa venga portata sull'*jus possidendi*, e che su questo venga richiesta la decisione del magistrato. In tal caso è d'uopo fare applicazione delle regole poste al n. 41 relativamente agli effetti della trasformazione dell'azione per ciò che concerne la competenza; la competenza del pretore non dovrebbe più esser determinata in base dell'art. 82, n. 2, codice di procedura

(1) Vedi in conferma la Relazione ministeriale sul progetto di codice di proc. civ.: *Cod. di proc. civ.* del Gianzana, IV, p. 169, n. 324. — Nello stesso senso Cass. Torino, 7 dicembre 1887, *Consorzio Bealera Becchia* c. *Società Cruto* (*Giur.*, Torino, 1888, 58).

La Cass. di Palermo, 13 settembre 1873, *Basile* c. *Nunnari* (*Ann.*, 1474, 1, 153), così ragionava:

« Attesochè si censura la sentenza del tribunale per avere ritenuto il possessorio assorbito dal petitorio, poichè i fatti di turbativa erano anteriori alla istituzione del giudizio petitorio, quasi fosse lo stesso attore, che venisse in seguito a muovere la lite possessoria.

« E la censura è ben opposta: il tribunale, confondendo le parti, violò apertamente gli articoli 443 e 444 procedura civile.

« Certamente l'attore in petitorio non è ammissibile a promuovere giudizio possessorio per fatti anteriori al giudizio petitorio; con istituire il giudizio petitorio, ha rinunziato al vantaggio del possessorio, ed ha confessato di essere il possesso nella parte avversaria. Ma il convenuto nel petitorio rimane libero a promuovere lite possessoria per fatti anteriori alla istituzione del giudizio petitorio. E questo, che risulta per conseguenza necessaria dall'art. 444, è per altro conforme ai principii legislativi che governano la materia: il possessorio deve essere sempre giudicato prima del petitorio: poichè non devesi all'usurpatore fornire argomento a conservarsi nel possesso usurpato.

« Nè dalla domanda poco accurata di Nunnari di riunirsi le due cause, e decidersi con unica sentenza può dedursi ch'ei abbia rinunziato ai vantaggi del possessorio, e di essere questo con preferenza deciso; poichè fu sollecito nel conchiudere a dedurre la inammissibilità della domanda petitoria. E fra le osservazioni alla bisogna svolte era precipua e saliente quella che, istituito per la stessa cosa il giudizio possessorio e il petitorio, deve questo tacere fino all'esito di quello: *spoliatus ante omnia est restituendus*. Non mortificato perciò il suo diritto, ed incontestabile la prevalenza del possessorio sul petitorio, riesce pienamente giustificata la censura apposta dal ricorrente alla sentenza impugnata.

« Accolto questo primo mezzo, la sentenza deve tutta esser cassata, e quindi non fa mestieri esaminare l'altro mezzo ».

E la Cass. di Napoli, 6 luglio 1876, *Taglieri* c. *Lavagnati* (*Ann.*, 1877, 1, 158):

« E di vero, per l'art. 443 del codice di procedura civile, chi ha istituito il giudizio petitorio non può più promuovere il possessorio; ma non è vietato al convenuto nel petitorio di promuovere l'azione possessoriale di turbativa per effetto delle nuove opere dall'attore intraprese, sia pure nel proprio fondo, sempre che creda di tornargli pregiudizievoli, e se nell'altro art. 445 dello stesso codice è detto che il giudizio possessoriale, finchè non sia pronunziata la sentenza, e questa non sia eseguita interamente, impedisce al convenuto di promuovere il giudizio petitoriale, si ha lucido il concetto che l'azione possessoriale sia preminente, e quindi debba andare giudicata prima che si discuta del diritto in petitorio a costruire quelle opere. Gli è pur vero che, standosi alla lettera del testè citato articolo, il divieto sarebbe scritto pel convenuto nel possessorio di promuovere il giudizio petitorio prima che sia esaurito il possessoriale mercè la sentenza in questo pronunziata, e prima della sua esecuzione; ma la ragione della legge è identica nella ipotesi che l'azione petitoriale si voglia promuovere dalla parte avversa citata nel possessorio, ed è quella di non permettersi il cumulo del possessorio, e di rendersi frustrata l'azione di turbativa fondata sul possessorio. Non è poi questione di data, perocchè lo stesso principio deve prevalere, sia che l'azione possessoriale si fosse promossa prima o dopo la istituzione del giudizio petitoriale. Il possesso dando luogo ad una semplice presunzione del diritto, imperocchè ordinariamente accade che il diritto si esercita da quello a cui compete l'azione possessoriale a tutela del possesso medesimo, il quale col diritto presunto conferisce al possessore due preziosi vantaggi: il godimento provvisorio della cosa durante il giudizio petitoriale, la condizione di convenuto in questo giudizio, onde, *actore non probante*, egli otterrà l'equivalente del diritto, cioè la conservazione del possesso. Quindi la necessità di accertare il possesso attribuito degli accennati diritti interinali prima del giudizio petitoriale.

« Nè quindi ha pregio di sorta l'argomento *ex absurdo*, che autorizzerebbe il citato già in petitorio di paralizzare l'andamento di questo con una domanda di turbativa, sovente infondata, conciossiachè pel merito della stessa non è competente l'Autorità giudiziaria presso cui si agisce in petitorio, sibbene il solo pretore del mandamento.

« Osserva che inopportunamente la Corte delle Calabrie, per vagheggiare il proclamato assorbimento, ha fatto richiamo all'articolo 444 del citato codice, imperciocchè pel dettame di cotesto articolo dopo istituito il giudizio in petitorio ogni reclamo relativo al possesso per fatti posteriori è deferito all'autorità giudiziaria davanti cui pende il giudizio. Sapientemente il legislatore ha così sancito nel fine di non moltiplicare giudizi senza necessità.

« Trovandosi pendente quello in petitorio, il tribunale civile avente piena giurisdizione conosce dei reclami occasionati da fatti posteriori a tale giudizio, ed in disprezzo del medesimo, senza che le parti abbiano uopo di contendere davanti al pretore in possessorio. Ma la specie in esame non trova riscontro nella ipotesi dell'invocato art. 444, conciossiachè questo si riferisce a fatti posteriori, mentre i signori Taglieri-Marzano con la loro azione di turbativa accennavano a fatti preesistenti alla istituzione del giudizio petitoriale.

« Laonde, anche sotto questo punto di veduta, la denunziata sentenza non può sfuggire alla censura della Corte di cassazione. »

civile che stabilisce la competenza speciale per le azioni possessorie, ma a base delle regole generali relative alla competenza (1).

La citazione può essere redatta in modo che non si possa a tutta prima riconoscere se l'attore abbia voluto agire colla azione possessoria, od in quella vece abbia voluto agire colla azione petitoria. Sul proposito fu giudicato che, se dall'atto introduttivo di un giudizio avanti il pretore vi è luogo a dubitare se l'azione è petitoria o possessoria, la competenza possessoria del pretore è certa, se di poi l'attore dichiari che intendeva agire in possessorio (2). Il principio è troppo assoluto. Niun dubbio che, quando non è certo a prima vista ciò che è contenuto nell'atto di citazione, per interpretare un tale atto si debba tener conto anche della dichiarazione successiva fatta da colui dal quale l'atto emana, ma da ciò non ne deriva che le dichiarazioni successive debbano assolutamente valere all'infuori di qualunque altro elemento. Se le dichiarazioni successive dell'attore trovano un addentellato in ciò che dall'atto di citazione risulta, in modo da riuscire a spiegare il contenuto dell'atto stesso nel senso che si intendeva esercitare l'azione possessoria, il pretore si troverà adito in sede possessoria e della sua competenza sarà a giudicare a base dell'art. 82, n. 2, codice di procedura civile; ma, se l'addentellato manca, e mancano altri elementi per poter affermare che il giudizio è possessorio, le successive dichiarazioni dell'attore altro effetto non produrranno che quello di trasformare una azione incerta in una azione certa, trasformazione radicale della azione intentata dei cui effetti sulla competenza sarà giudicato in base ai principî dati al n. 41: solo quando il convenuto non chieda di essere assoluto dalla osservanza del giudizio per incertezza della domanda avversaria, ed accetti la discussione sulla azione possessoria quale risulta dalla avvenuta trasformazione della azione originaria, vi sarà la competenza speciale del pretore della quale si discorre.

63. il giudizio possessorio questo offre di speciale, che le eccezioni del convenuto non possono far variare lo stato degli atti relativamente alla competenza (3). La ragione di ciò si è che o le eccezioni del convenuto sono dirette acchè sia negato all'attore il possesso, ed allora, costituendo per la intrinseca loro natura questione possessoria, pel principio che il giudice della azione è anche il giudice della eccezione, entra nella competenza del giudice adito la cognizione delle stesse (4); o le eccezioni del convenuto sono dirette a far negare all'attore il diritto di possedere, ed allora, siccome per l'art. 445, 1ª parte, codice procedura civile il giudizio possessorio, finchè non sia pronunciata sentenza e questa sia eseguita, impedisce al convenuto di promuovere il giudizio petitorio, e siccome ciò che non può esser fatto in modo diretto proponendo una azione non può esser fatto in modo indiretto opponendo una eccezione, le eccezioni stesse sono improponibili, e, come si è veduto al n. 42, l'eccezione improponibile non fa variare lo stato degli atti relativamente alla competenza.

64. La regola posta al n. 42, che la necessità di prender in esame titoli il conoscere dei quali non sarebbe di competenza del giudice adito, non fa variare lo stato degli atti, ma i titoli stessi devono essere esaminati limitatamente, in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, riceve ampia applicazione anche in materia di giudizio possessorio; chè in questo giudizio il pretore è competente a prendere in esame ciò che si riferisce all'*jus possidendi*, quando questo esame è limitato a far sì che il giudice pronunci sull'*jus possessionis* (5).

---

(1) V. Cass. Torino, 31 luglio 1868, *Sottani* c. *Moy* (*Giur.*, Torino, 1868, 652).

(2) Cass. Torino, 18 maggio 1870, *Coppo* c. *Arditi* (*Giur.*, Torino, 1870, 430).

(3) V. Cass. Torino, 27 luglio 1883, *Castelli* c. *Giberto* (*Giur.*, Torino, 1883, 834).

(4) Il Tribunale di Spoleto, nella sentenza 23 agosto 1880, *Castelli* c. *Scarpellini* (*For. It.*, 1880, 1, 762), così ragionava:

« Ritenuto, *in fatto*, che Castelli Giovanni istituiva innanzi la Pretura di Cascia giudizio di turbativa di possesso contro Ferdinando, Giuseppe e Carlo Scarpellini, asserendo di avere costoro mandato a pascolare le loro pecore in un suo fondo in contrada Padule in quel di Cascia.

« I convenuti, pur ammettendo il fatto, eccepivano una servitù di pascolo, che dicevano di aver esercitato in quel fondo da tempo immemorabile, come abitanti del Comune di Cascia.

« Il pretore, dopo diversi mezzi istruttorii ordinati ed espletati, ritenendo che la servitù di pascolo eccepita dai convenuti fosse di valore indeterminato, dichiarò con sentenza del 29 novembre 1879 la sua incompetenza e rinviò le parti dinanzi al tribunale civile.

« Contro siffatta sentenza produceva appello l'attore Castelli, sostenendo nei motivi la competenza del pretore adito.

« *In diritto:* Considerato che l'eccezionale ed illimitata competenza affidata dalla legge ai pretori in tema di azioni possessorie si estenda anche alle eccezioni che per avventura si proponessero in siffatti giudizi dal convenuto; imperciocchè queste non possano avere l'efficacia di mutare l'indole e la natura della causa, sia perchè il giudice dell'azione è puranco giudice dell'eccezione, specialmente quando è chiamato a conoscere incidentalmente e dentro dati confini, e sia perchè altrimenti si darebbe l'adito al convenuto di declinare con un'eccezione qualsiasi la competenza pretoria. Ben inteso però che, siccome sull'azione non si giudica che del solo possesso, così del solo possesso si deve giudicare sull'eccezione; ed in quella guisa che per valutare il possesso dell'attore, *ad colorandam possessionem*, come dice la scuola, si possono sommariamente esaminare i titoli prodotti, così ancora si può fare pel possesso che in linea di eccezione allegasse il convenuto.

« Con ciò certamente si evita il cumulo del possessorio col petitorio vietato dalla legge, e non si preclude la via alle parti di far dichiarare i loro diritti, e con maggiore ponderazione in sede più propria, vale a dire in un giudizio petitorio.

« Considerato che, applicando questi principii alla specie, di leggieri si ravvisa come erroneamente il pretore dichiarava la sua incompetenza a conoscere dell'azione di turbativa proposta dal Castelli, sol perchè si era messa innanzi dai convenuti la servitù di pascolo. Infatti egli avrebbe dovuto, ammesso il possesso dell'attore sul fondo in questione, vagliare le prove addotte, per vedere se competesse o meno ai convenuti il possesso dell'asserita servitù, e prendere anche in esame i titoli esibiti per dare a quello maggiore fondamento, e sulle risultanze ammetterlo o negarlo, ed in conseguenza rigettare od accogliere l'azione di turbativa, ma non già ritenere esaurita la sua competenza per la fatta eccezione, e rinviare le parti a provvedersi di ragione in ben altro giudizio. In tal modo ha travisata la fisonomia giuridica del giudizio possessorio, restringendone i limiti ed invadendo il campo di un giudizio di merito, nel quale soltanto si debbe, quando l'eccezione è compenetrata coll'azione, e dipende massimamente dallo stesso titolo, aver riguardo alla competenza per giudicare. »

(5) Confr. Ricci, *Proc. civ.*, 1, 96; Mattirolo, 4ª ediz., 1, 296 e seg.; Cass. Palermo, 5 maggio 1866, *Di Marzo* c. *Castagna* (*Legge*, 1866, 1, 526); Trib. Modica, 13 marzo 1866, *Campailta* c. *Sindaco di Modica* (*Legge*, 1866, 1, 958).

V., in altro senso, Cass. Torino, 6 settembre 1866, *Comune di Vigliano* c. *Cichino* (*Monit. Trib.*, 1866, 1168).

65. **A far variare lo stato degli atti relativamente alla competenza nel giudizio possessorio, non possono influire nemmeno le conclusioni di colui che sia stato chiamato in rilievo per garantire il turbato possesso. Perchè l'intervento del terzo non può far cangiar l'indole del giudizio possessorio vertente fra le parti; e le sue conclusioni o sono riferibili al possesso, ed allora entra nella competenza del giudice adito il giudizio sulle stesse; o sono riferibili al petitorio, e come tali sono improponibili. Che se le eccezioni del terzo sono riferibili alla prestazione della garantia, in al-**

La Cassazione di Torino, 21 dicembre 1870, *Ala c. Ponzone* (*Ann.*, 1871, 1, 401), così ragionava:

« Attesochè il godimento di acque che vadano dal fondo superiore a benefizio del fondo inferiore riveste il carattere dell'esercizio di un diritto, e conseguentemente di un possesso giuridico, quando le acque siano lasciate decorrere per effetto di un vincolo di diritto imposto al proprietario del fondo superiore, e non per un semplice fatto facoltativo al medesimo.

« Attesochè a tutela di qualunque possesso giuridico in materia di diritti reali ed immobiliari la legge ha istituito e attribuito alla giurisdizione dei pretori locali un'azione possessoria, ponendo per sola condizione, che il possesso sia stato esercitato di fatto nell'anno antecedente alla turbativa, e concedendo per l'accertamento del possesso piena facoltà al giudice di valersi di tutti i mezzi di prova ammessi dalla legge: ed annoverandosi tra i principali mezzi di prova i documenti scritti, e principalissimo tra questi il titolo costitutivo del diritto rispondente a quel possesso, del quale si chiede la manutenzione, ne segue che il giudice locale, per giudicare del possesso, debba avere facoltà di consultare anche il titolo il cui esercizio, praticato nell'anno dall'attore, sia stato turbato dal convenuto.

« Attesochè, però, avendo la legge disgiunto affatto il possessorio annuale dal petitorio, acciocchè il primo non pregiudicasse menomamente il secondo, a fianco della regola che permette al giudice locale di consultare il titolo costitutivo del diritto, se n'ha da collocare un'altra che gli vieta di farlo ogniqualvolta la cognizione del titolo nel giudizio del possessorio importerebbe un esame qualunque di una questione di petitorio: epperciò è da segnarsi esattamente il confine che circoscrive e distingue l'impero dei due principii

« Atteso, a questo riguardo, che allora soltanto nasce ed incomincia ad esistere una questione di petitorio, quando il titolo prodotto dall'attore sia impugnato dal convenuto, il quale lo dica nullo per vizio estrinseco od intrinseco, sollevi una controversia sull'interpretazione del medesimo, oppure ne riferisca l'applicazione ad immobili, a luoghi, a diritti diversi da quelli del cui possesso nel vertente giudizio si disputa.

« Se il titolo costitutivo del diritto prodotto dall'attore, e rispondente al possesso di questi, non è per niun rispetto impugnato dall'avversario, oppure, se (ciò che equivale, essendo il caso della frode alla legge sempre eccettuato) si metta innanzi una semplice contestazione generica, con formola di stile, applicabile a tutti i giudizi possessorii, e intesa manifestamente a fraudare la legittima giurisdizione del giudice del possessorio annuale, in tali casi, non esistendo una vera e riconoscibile questione di petitorio, non trova applicazione, per la mancanza di uno dei due termini, la regola che vieta il cumulo del possessorio col petitorio; ed entra in conseguenza in pieno esercizio quell'altra regola, la quale permette al pretore di valersi, per accertare il possesso, di qualunque genere di prova, e principalmente di documenti scritti e del titolo stesso costitutivo del diritto.

« Quando il possesso concorda col titolo, che non si sa impugnare, non solo la lettera, ma il più possente spirito della legge, che colle azioni possessorie protegge la pace privata e pubblica, esigono dalla giurisdizione locale una pronta repressione dell'ardito attentato: chè importa alla pace privata e pubblica mostrare ai perturbatori un'Autorità ognor presente sui luoghi, e pronta a reprimere immediatamente i disordini.

« Attesochè i documenti scritti ed i titoli prodotti in giudizio possessorio si hanno a considerare sotto due aspetti: o come attributivi di un diritto, o come semplici prove di fatti, dimostranti l'origine ed il carattere di un possesso. Sotto il primo aspetto, quando la loro efficacia e la pretesa attribuzione del diritto sia specificamente e senza manifesta frode alla legge contestata, non è concesso al giudice del possessorio annale di prenderli in considerazione, nè pure in via provvisoria, per sostituire una qualsivoglia presunzione di buon diritto a quel possesso di fatto ed indipendente dal petitorio, che la legge richiede.

« Una questione di merito sulla validità, sull'interpretazione, sull'applicazione di un titolo, comunque giudicata in via provvisoria o definitiva, è pur sempre la stessa questione: e non si può ammettere che una sola e sempre identica questione di merito si discuta e si giudichi in quattro successivi giudizi, due di possessorio e due di petitorio, coll'incongruenza di un tribunale civile chiamato due volte a giudicare la controversia medesima, ora in prima istanza, ora in via d'appello, e coll'aggiunta dei rispettivi giudizi in via di cassazione: ed è questo per l'appunto che col divieto di mescolare il petitorio col possessorio si è voluto impedire. Quando pertanto l'una e l'altra questione siano talmente connesse, che l'assoluta loro disgiunzione non riesca possibile, colui che è turbato nell'esercizio del suo diritto, deve senz'altro ricorrere alla giurisdizione ordinaria e generale del petitorio, investita senza dubbio, per tali casi, di piena potestà anche per dare in via incidentale quei provvedimenti interinali che le circostanze, la giustizia e l'urgenza richiedano. Ma, se tutto ciò è vero, non è tuttavia men certo che sotto quell'altro aspetto, e quali prove di fatto dimostranti l'origine ed il carattere di un possesso, i documenti scritti ed i titoli si possono valutare anche nel semplice possessorio. Per quanto vizioso ed inefficace in linea di diritto si voglia supporre un contratto portante traslazione di proprietà o costituzione di servitù, ha potuto essere eseguito, e in materia di diritti immobiliari il fatto dell'esecuzione costituisce un possesso anche astraendo nel modo più assoluto dalla validità o nullità del contratto che ha dato luogo all'esecuzione. Così l'esercizio di una servitù discontinua si presume, per disposizione della legge, precario e di semplice tolleranza: ma, a fronte di un contratto di costituzione formale della servitù e data la prova che il susseguente esercizio trae la sua origine dal contratto, e dipende da esso come effetto da causa, la presunzione di precarietà svanisce, il fatto dell'esercizio spiegato dal titolo, quale semplice documento storico, assume il carattere di vero possesso giuridico, perchè nato ed accompagnato dall'intenzione di esercitare un diritto che si pretendeva acquisito.

« Adunque, impugnandosi il titolo come nullo ed inefficace, per vizio estrinseco od intrinseco, il giudice del possessorio annale lascerà pienamente in disparte la questione di validità, e non si farà neppure ad esaminare se la data esecuzione abbia potuto sanare la nullità primitiva; ma, riservando al petitorio tutte queste ed ogni altra questione di merito, dovrà pur riconoscere nel fatto stesso, storicamente spiegato dal titolo, un vero possesso, ed ammettere e giudicare in conformità l'azione possessoria. In senso inverso il convenuto, producendo il contratto di affittamento, proverà che il suo avversario, il quale ardisce proporre contro di lui l'azione possessoria, non è altro che un suo affittavolo, e per quante questioni di merito quest'ultimo sollevi contro il prodotto contratto d'affitto, non impedirà giammai, che il titolo, quale documento probante, dimostri l'origine e la qualità della detenzione puramente materiale dell'affittuario, e provi l'inammissibilità della proposta azione per difetto di vero e giuridico possesso. In altri casi il titolo di acquisto, qual semplice documento probatorio, ed indipendentemente da ogni eccezione di nullità da riservarsi al petitorio, varrà a congiungere, in sede possessoria, l'antico e dimostrato possesso dell'autore col più recente e men che annale possesso del successore, e sarà così buon documento anche in giudizio di possessorio annale. Onde sorge in sostanza la regola generale, che anche in sede possessoria si debbono i titoli valutare ogniqualvolta la loro

lora o la questione è di competenza del giudice adito, e questi pronuncia sulle stesse e però lo stato degli atti relativamente alla competenza non soffre alcuna variazione, o non sono di competenza di questo magistrato ed allora la domanda in garantia non è in istato di esser giudicata contemporaneamente alla domanda principale, e però a termini del capoverso dell'art. 155 codice procedura civile, dovendo esser giudicata separatamente da questa, non può far variare lo stato degli atti relativamente alla competenza sulla azione possessoria, che è la questione principale (1).

Capo V. — Competenza per le azioni di danno temuto e denuncia di nuova opera.

66. Concetto di denuncia di nuova opera e di danno temuto. — 67. Competenza speciale a conoscere delle due azioni; condizioni necessarie acchè vi sia la competenza speciale. — 68. Limite della competenza speciale. Trasformazione delle azioni. — 69. Esaurimento della competènza del pretore.

66. Per l'articolo 698 codice civile chi ha ragione di temere che da una nuova opera da altri intrapresa cosi sul proprio come sull'altrui suolo sia per derivare danno ad un immobile, ad un diritto reale o ad altro oggetto da lui posseduto, può denunciare al giudice tale nuova opera, purchè non sia terminata e non sia trascorso un anno dal suo cominciamento, ed il giudice può vietare la continuazione della nuova opera oppure permetterla ordinando le opportune cautele. Per l'articolo 699 del codice civile chi ha ragionevole motivo di ritenere che da un qualsiasi edificio, da un albero o da altro oggetto sovrasti pericolo di un danno grave ed imminente ad un fondo o ad un oggetto da lui posseduto, ha diritto di denunciare il fatto al giudice e di ottenere che si provveda per ovviare il pericolo, e si imponga al vicino l'obbligo di dar cauzione per danni possibili.

La prima è l'azione di denuncia di nuova opera, la seconda l'azione di danno temuto: azioni che fra loro si distinguono solo perchè la prima mira ad impedire il danno che può derivare dalla continuazione di un'opera non ancora terminata, la seconda tende ad ovviare al danno che è minacciato dalla possibile distruzione, rovina o caduta di un edificio già compiuto, di un albero o di altro oggetto, e che sono dirette non già ad ottenere una dichiarazione di diritto, in possessorio o petitorio, ma un semplice provvedimento interinale, provvisorio, per impedire il danno, salvo a statuire in seguito sulle ragioni di proprietà o di possesso (2).

Delle due azioni si tratta in apposita voce; qui è il caso di parlare delle stesse solo per ciò che hanno di speciale relativamente alla competenza.

67. E ciò che havvi di speciale in queste due azioni relativamente alla competenza si è che la cognizione della stessa, qualunque sia il valore della causa, a termini dell'articolo 82, n. 3, codice procedura civile appartiene al pretore (3). E siccome le azioni di denuncia di nuova opera e di danno temuto non sono ristrette alla edificazione ed alla demolizione, ma si estendono a qualsiasi caso minacciante possibilità di danno ad un oggetto qualsiasi, così anche per la inibizione di tagliar alberi in un determinato luogo deve essere adito il pretore (4).

Nel giudizio di danno temuto il pretore è competente non solo a disporre l'esecuzione delle opere necessarie ad ovviare al pericolo di danno, ma anche a provvedere pel rimborso delle relative spese qualunque ne sia l'ammontare (5).

Perchè vi sia la competenza speciale del pretore a conoscere delle azioni di denuncia di nuova opera e di danno temuto, sono però necessarie alcune condizioni.

È anzitutto necessario che si tratti di vera e propria denuncia di nuova opera od azione di danno temuto, perchè, quando si trattasse di altra azione, sia pure rivestita della

valutazione non tragga seco apprezzamento veruno di questioni di merito; ciò che può avvenire per doppia cagione: o perchè nessuna eccezione specifica si propone contro i prodotti titoli dalla parte contraria, o perchè la considerazione dei titoli quali documenti probativi e dimostranti l'origine ed il carattere dei fatti che susseguivano, si possa completamente disgiungere da qualunque esame di eccezioni e questioni incluse nel petitorio.

« Attesochè, per contrastare l'applicazione di questi principii all'esercizio delle servitù negative, vanamente si obbietta che, godendosi le medesime senza che il proprietario del fondo dominante abbia verun possesso di fatto sul fondo serviente, viene meno ogni ragione di consultare in sede possessoria i titoli valevoli a caratterizzare il possesso, quando non esiste verun possesso.

« Il vero è, che anche nell'uso di una servitù negativa, il titolo costitutivo della medesima caratterizza i fatti del godimento materiale avutone dal fondo avvantaggiato, dimostrando in questi fatti l'esercizio di un diritto da una parte e l'osservanza di un vincolo reale dall'altra, nel che consiste appunto l'essenza del possesso quale lo definisce la legge. In conformità di questo concetto l'articolo 637 del codice civile dichiara che anche senza titolo formale, e senza opera manufatta sul fondo superiore, la servitù attiva di goderne gli scoli si incomincia a possedere, e quindi a prescrivere dal giorno in cui il proprietario del fondo inferiore abbia continuato a goderli non ostante un atto formale di opposizione per parte del proprietario del fondo superiore: e più generalmente l'origine del possesso giuridico per sola virtù di opposizione (*a die contradictionis*) senza verun possesso materiale sul fondo serviente, è ammessa nelle servitù negative dall'articolo 621, dichiarandosi ivi che nelle servitù negative il possesso comincia dal giorno della proibizione fatta con atto formale dal proprietario del fondo dominante, e quello del fondo serviente, acquietandosi alla inibizione, si sia astenuto dall'uso interdettogli. Or dunque, se non si saprebbe negare al giudice del possessorio annale di accertare, occorrendo, questi fatti, o di prendere cognizione di un atto di opposizione unilaterale per caratterizzare i fatti o non fatti che ne derivarono, sarebbe troppo ripugnante *juris ratione*, cioè alla logica del diritto, denegare allo stesso giudice la facoltà di consultare un titolo bilaterale e ben più formale e più caratteristico quale si è il titolo che abbia formalmente costituita una servitù negativa stata successivamente goduta, e senza contrasto esercitata. Ora nel caso di cui si tratta, i titoli, che vincolano gli scoli del fondo superiore a benefizio della possessione inferiore, si sono prodotti: il fatto del godimento degli scoli, avente origine storica e causa da quei titoli, non fu conteso: negando di prenderne cognizione, la sentenza che si denuncia ha violata la legge. »

(1) V App. Torino, 2 marzo 1872, *Antongini* c. *Albertone* (*Giur.*, Torino, 1872, 362).

(2) V. Cass. Firenze, 18 marzo 1869, *Masini* c. *Bonamici* (*Annali*, 1869, 1, 124); Cass. Napoli, 9 settembre 1895, *Comune di Napoli* c. *Carrano* (*Gazz. Proc.*, XXVII, 135).

(3) V. Cass. Napoli, 16 novembre 1867, *Musitano* c. *Musitano* (*Giur.*, Torino, 1867, 316); Cass. Roma, 6 marzo 1878, *Comune di Piperno* c. *Polverosi* (*Giur. It.*, 1878, 1, 1, 691).

(4) V. Cass. Roma, decisione citata alla nota precedente.

(5) V. Cass. Napoli, 3 luglio 1883, *Sindaco di Napoli* c. *Mati* (*Gazz. Proc.*, XVIII, 323).

forma delle due azioni per le quali havvi la competenza speciale, questa competenza non si verificherebbe (1).

È in secondo luogo necessario a termini dell'articolo 82, n. 3, codice procedura civile, che l'azione sia proposta entro l'anno dal fatto che le diede origine. Anche per questa azione va ripetuto quanto si è detto per le azioni possessorie: il decorso del tempo agli effetti procedurali relativi alla competenza, è distinto dal decorso del tempo agli effetti del fondo del diritto e però vanno applicati i principii che furono esposti al n. 61. Il decorso dell'anno, agli effetti della competenza speciale, comincia dal fatto che diede origine alle due azioni, cioè dal fatto che ha dato diritto di esperirle; così per la denuncia di nuova opera l'anno comincia a decorrere dalla intrapresa dell'opera in relazione alla possibilità del danno; per l'azione di danno temuto comincia a decorrere dal giorno in cui ebbe vita quella condizione di cose che minaccia il danno. Sicchè, nel caso in cui un'opera sia cominciata anteriormente all'anno e solo posteriormente la stessa abbia dato ragione di temere il danno, e nel caso che uno stato di cose abbia cominciato a manifestarsi anteriormente all'anno in modo tale da non far ritenere che esistesse il pericolo di un danno grave e prossimo, e lo stato di cose stesso siasi aggravato col decorso del tempo, solo dal giorno in cui la nuova opera abbia dato ragione di temere il danno, e dal giorno in cui lo stato delle cose è divenuto tale da far temere il danno grave e prossimo, il termine comincia a decorrere. E così, per esempio, dato che venga intrapresa la costruzione di un edificio ad una distanza minore di un metro e mezzo dal fondo del vicino, e dopo che la costruzione è giunta ad una certa altezza si dia alla costruzione una tale forma da far apparire che nel muro si vogliano aprire vedute dirette o finestre a prospetto verso il fondo del vicino, solo dal giorno in cui colla costruzione del muro fu dimostrata l'intenzione di far simili aperture, e non dal giorno in cui la costruzione dell'edificio fu intrapresa, l'anno comincia a decorrere. Similmente, dato il caso che per un movimento di terra si manifesti la possibilità di una frana che può danneggiare il fondo sottostante, ma niente dimostri che a quel momento siavi il pericolo del danno grave e prossimo, e solo posteriormente quella che era possibilità di danno non grave e remoto diviene possibilità di danno grave e prossimo, è da questo secondo momento e non dal primo che l'anno comincia a decorrere. Nei singoli casi nei quali si tratta di danno temuto, possono presentarsi gravi difficoltà per determinare il momento in cui il pericolo cominciò ad essere tale da dar diritto ad esperire l'azione, ma queste sono difficoltà di fatto che solo caso per caso i tecnici possono superare.

È infine necessario che tra le parti non penda giudizio che abbia connessione coll'oggetto della domanda, perchè, in tal caso, a termini dell'articolo 938, capoverso, codice procedura civile, l'azione deve proporsi come incidente nel giudizio medesimo (2).

Non vi è bisogno di far rilevare che, quando non esistono più le condizioni acchè le due azioni possano essere esperite, il pretore non è più competente in forza della competenza speciale che da quelle due azioni gli è attribuita; e però, compiuta l'opera ed avvenuto il danno, i diritti che potesse avere una parte o l'altra vanno esperiti avanti l'Autorità giudiziaria competente per l'azione che vien fatta valere. Questo però non toglie che, se altre opere sieno state intraprese, se altri danni, oltre quelli avvenuti, sieno possibili, non si possa coll'esperimento delle due azioni ottenere gli opportuni provvedimenti; ogni singola opera nuova, ogni singolo danno possibile forma una obiettività giuridica distinta, che, come tale, può essere oggetto di azione di denuncia di nuova opera o di danno temuto a sè stante (3).

68. Siccome lo scopo a cui si mira coll'esercizio delle azioni di denuncia di nuova opera e di danno temuto, è limitato ad ottenere i provvedimenti interinali necessari acchè sia ovviato al pericolo di danno che può esser risentito dalle cose possedute, e la competenza del pretore a termini dell'art. 82, n. 3, del codice di procedura civile è per le azioni quali sono negli articoli 698 e 699 del codice civile delineate, così la competenza speciale del pretore è limitata a conoscere del possesso nell'attore delle cose minacciate dal danno, della possibilità che il danno sia risentito dalla cosa posseduta, dei provvedimenti atti a garantire l'interessato. Non entra dunque nella competenza speciale del pretore, quale stabilita nell'articolo 82, n. 3, del codice di procedura civile, il giudizio sul merito, il giudizio cioè sul diritto dell'attore a che sia fatto o non fatto alcunchè, e sul corrispondente obbligo del convenuto, rispettivamente, di non fare o di fare, la determinazione degli effetti giuridici che dal fatto o dalla omissione del convenuto derivano; giudizio questo che da quello sulle azioni di denuncia di nuova opera e di danno temuto è assolutamente distinto (4). Ond'è che nel giudizio delle due azioni non possono esser proposte domande od eccezioni le quali solo al merito sono relative (5); ed una volta che tali domande ed eccezioni sono improponibili, la proposizione delle stesse, quando per essa l'azione esperita

(1) V. App. Casale, 8 marzo 1869, *Guaita* c. *Montali* (*Temi Cas.*, 1869, 66); App. Torino, 30 novembre 1868, *Raimondi* c. *Finanze* (*Giur.*, Torino, 1869, 7); Cass. Napoli, 4 marzo 1870, *Ruffo* c. *Verdino* (*Gazz. N.*, 1870, 723); App. Roma, 10 dicembre 1881, *Belloni* e *Basevi* c. *Barberi* (*Temi Rom.*, 1882, 98); Cass. Roma, 1° maggio 1895, *Falconi* c. *Guglielmi* (*Giur.*, Torino, 1895, 525); Cass. Napoli, 12 gennaio 1892, *Giordano* c. *Dal Pozzo* (*Mov. Giur.*, 1892, 81); App. Casale, 15 settembre 1892, *Visconti* c. *Braccio* (*Giur. It.*, 1893, 1, 2, 80).

(2) V. Cass. Napoli, 12 gennaio 1892, *Giordano* c. *Del Pozzo* (*Mov. Giur.*, 1892, 81).

(3) Il Trib. di Palermo statuì che, se le opere si trovassero compiute, e sorgessero questioni di proprietà, il pretore, oltrechè non dovrebbe dare alcun provvedimento temporaneo e tanto meno quello sospensivo dei lavori, deve rinviare la causa non dinnanzi a sè stesso, ma al tribunale: sentenza 24 aprile 1889, *Consorzio delle acque di S. Ciro* c. *Conti* (*Dir. e giur.*, v, 57). Questo principio è troppo assoluto, perchè, evidentemente, se sulla questione di proprietà il pretore fosse competente, non dovrebbe fare alcun rinvio al tribunale, come non dovrebbe fare alcun rinvio se si trattasse di giudizio possessorio o di azione di danno e guasto. La competenza del pretore che cessa è quella speciale per le azioni di denunzia di nuova opera e di danno temuto, ma, se il pretore è competente per altro titolo, la sua competenza non soffre alcuna modificazione.

(4) V. App. Torino, 22 gennaio 1870, *Depetri* c. *Vanni* (*Legge*, 1870, I, 768); Cass. Torino, 25 aprile 1868, *Oreggia* c. *Amoretti* (*Giur.*. Torino, 1868, 348); Cass. Napoli, 16 novembre 1867, *Musitano* c. *Musitano* (*Giur.*, Torino, 1867, 316); Cass. Napoli, 9 settembre 1895, *Comune di Napoli* c. *Carrano* (*Gazz. Proc.*, XXVII, 135); Cass. Torino, 31 dicembre 1889, *Voltini* c. *Balestra* (*Giur.*, Torino, 1890, 112); Cass. Roma, 19 marzo 1894, *Muscas* c. *Comune di Santu Lussurgiu* (*Legge*, 1894, 1, 651).

(5) V. Cass., Palermo, 10 aprile 1866, *Vittorio* c. *Caruso* (*Gazz. N.* 1866, 34).

non venga trasformata, non fa variare lo stato degli atti relativamente alla competenza.

Anche per queste azioni può verificarsi nel corso di causa una trasformazione, in modo che la questione da semplici provvedimenti interinali venga a portarsi sul diritto delle parti. Questo caso va regolato colle norme stabilite al n. 41 relativamente alla trasformazione dell'azione in corso di causa; se il pretore è competente a giudicare dell'azione quale viene a risultare in seguito alla trasformazione subita dalla azione originaria, giudica sulla stessa; in caso contrario si dichiara incompetente (1).

69. L'art. 940 codice di procedura civile dispone che, quando il pretore abbia provveduto sul ricorso senza citazione di parte, copia del ricorso e del decreto è notificata a questa nel termine stabilito dal pretore, con citazione a comparire avanti l'Autorità giudiziaria competente a pronunciare sulla causa; e nel primo capoverso dell'articolo stesso dispone che negli altri casi il pretore, dati i provvedimenti temporanei che crede di ragione, se non sia competente a pronunciare sul merito della controversia, rinvia le parti avanti l'Autorità giudiziaria competente. Sicchè la competenza speciale del pretore per le azioni di denuncia di nuova opera e di danno temuto resta esaurita col provvedimento definitivo dato sulla proposta azione (2), sia che il pretore lo abbia dato sopra ricorso, sia che lo abbia dato sopra citazione (3). Ma il provvedimento deve essere definitivo; sicchè, quando il provvedimento dato dal pretore sia stato soltanto provvisorio, ed egli si sia riservato di dare provvedimenti ulteriori, il pretore continua a rimanere competente a dare quegli ulteriori provvedimenti che fossero del caso (4).

Non è però esaurita tanto che il pretore non possa dare

(1) V. Cass. Torino, 31 luglio 1868, *Sottani* c. *Moy* (*Gazz. giur.*, 1868, 459).

E la stessa Cassazione di Torino, 2 febbraio 1871, *Fiorito* c. *Bargaglio* (*Ann.*, 1871, 2, 42) così considerava:

« Attesochè la denunciata sentenza, onde respingere l'opposta eccezione d'incompetenza, ebbe a fondarsi sopra un doppio ordine di considerazioni: ritenne anzitutto irricevibile detta eccezione, perchè tardivamente proposta, ed in ogni caso la ritenne insussistente in base all'art. 5 del cessato codice di procedura civile, corrispondente all'art. 82 del codice di procedura civile vigente;

« Che però questo doppio concetto del tribunale si chiarisce pienamente errato, poichè egli è canone di giurisprudenza, riconfermato dall'art. 187 dell'attuale codice di procedura civile, che l'incompetenza per ragione di materia o valore può essere proposta in qualunque grado e stadio della causa, e che l'Autorità giudiziaria deve pure rilevarla di ufficio;

« Che, del rimanente, egli è costante che, in seguito ad una denuncia di nuova opera, venne tanto avanti al giudice mandamentale, quanto avanti al tribunale, trattato il vero merito della causa, e che perciò, non essendo più questione di quei provvedimenti temporanei che il legislatore per motivi di ordine pubblico volle fossero dati immediatamente dal giudice locale, qualunque fosse l'entità della causa, l'anzidetto art. 5 del cessato codice di procedura civile diveniva evidentemente inapplicabile al caso, e doveva così la detta questione venir risolta colle ordinarie norme di competenza;

« Che, a comprova poi della seguita trattazione della causa nel merito, basta l'accennare che tanto il pretore che il tribunale avrebbero fatto dipendere dall'esito dell'ordinata perizia il determinare, se le rispettive costruzioni delle parti potessero sussistere, ovvero dovessero essere ridotte per modo che non venissero a privare le contigue loro aie, destinate alla battitura delle biade, dell'aria e del sole necessarii; e che quindi riesce manifesto che il tribunale statuendo in proposito, rimaneva con ciò interamente esaurita la questione, e deciso definitivamente il merito della causa.

« Attesochè, così stando le cose, o la causa presentava sufficienti elementi per giudicare sulla sussistenza di detta eccezione, ed il tribunale doveva pronunciare al riguardo a termini di legge; ovvero occorreva una ulteriore istruzione, ed in questo caso doveva assecondare l'analoga istanza e conclusione presa dal Fiorito; ma in quella vece esso non fece nè l'una cosa, nè l'altra, ossia respinse l'eccezione d'incompetenza in base unicamente alle surriferite due erronee considerazioni, e così violò l'articolo187, e fece una falsa applicazione dell'art. 5 del codice di procedura civile avanti citati;

« Ritenuto che il pretore di Tricarico, in pendenza dei lavori intrapresi dal ricorrente Giuseppe Lavista, sul ricorso del vicino proprietario Revertera, in base dell'art. 698 cod. civ. ed ai termini dell'art. 938 cod. proc. civ., emise sul luogo un primo provvedimento nei seguenti termini: « Poichè allo stato attuale delle cose « non è dimostrato o meno quanto si sostiene dal denunciante, vieta « la continuazione dell'opera di che trattasi, e rinvia la causa per « l'ulteriore discussione all'udienza straordinaria di . . . . . . », in cui dispose una perizia, dopo la quale, con altro provvedimento revocò il precedente decreto di sospensione, ed ordinò invece la continuazione dell'opera denunziata, previa cauzione, col rinvio delle spese al merito.

« Quest'ultimo provvedimento, in grado d'appello da parte del denunciante Revertera, fu annullato dal tribunale per avere ritenuto di non potersi dal pretore emettere più di un solo provvedimento temporaneo in sede di denuncia di nuova opera, non essendo il primo passibile di conferma o revocazione, se non dall'autorità giudiziaria competente a pronunziare sul merito della controversia. »

(2) V. Cass. Napoli, 5 febbraio 1870, *Margherita* c. *Barbera* (*Giur. It.*, 1870, 1, 140); Cass. Torino, 27 giugno 1889, *Stoffi* c. *Consorzio di Poggio Rusco* (*Mon. Trib.*, 1889, 859).

(3) Art. 940, 1ª p., capov. 1°, codice procedura civile.

(4) V. Cass. Torino, 5 aprile 1867, *Casalis* c. *Sturmia* (*Giur.*, Torino, 1867, 274); Cass. Palermo, 9 agosto 1892, *Starabba* c. *Zuppella* (*Giur. Ital.*, 1892, 1, 1, 1157).

La Cassazione di Napoli così motivava la sua decisione 9 novembre 1891, *Lavista* c. *Revertera* (*Foro It.*, 1892, 5, 268):

« Ha considerato che l'eccesso di potere in un secondo provvedimento di revocazione del primo in sede di nuova opera può aversi come giustificato ai termini dell'art. 940 cod. proc. civ., quando il pretore, nel detto sommario giudizio con facoltà di accesso sul luogo e di perizia, lungi di attenersi alla sommaria cognizione del fatto circa la legittimità o meno dell'opera ed il timore più o meno fondato dei danni, e di limitarsi quindi ad emettere provvedimenti interinali e provvisori a mente dell'art. 698 codice civile, porti in qualunque modo il suo esame sul diritto delle parti contendenti e non ne rimanga affatto impregiudicato il merito;

« Che, col designato limite, la competenza, nel giudizio di nunciazione, non si esaurisce sempre ed in ogni caso con un solo provvedimento, potendosene ragionevolmente emettere parecchi in linea d'urgenza e di opportunità, dei quali è parola nel n. 6 dell'art. 939, d'indole temporanea e prudenziale;

« Che, in contrario, mal si fa ricorso all'art. 940, con cui è sancito di dovere il pretore, dopo che ha provveduto sul ricorso, se non sia competente a pronunziare in merito, rinviare le parti innanzi l'Autorità giudiziaria competente.

« Pel provvedimento di cui parla il riferito articolo deve intendersi quello definitivo che pone termine al giudizio di nunciazione, e non già quei provvedimenti temporanei, che il pretore può dare nel corso del medesimo. Promana dall'enunciato principio, di potere il pretore prescrivere la sospensione, od il proseguimento dell'opera, con riserva di verificare lo stato delle cose con accesso o perizia, e di poter quindi revocare, nel corso del giudizio, il provvedimento, in linea provvisoria, sospensivo o permissivo della continuazione dei lavori. È chiaro che, se il pretore deve giudicare *cognita causa*, il suo esame, per quanto sommario, può importare del tempo; e se, come altre volte fu detto da questo Collegio, il

altri provvedimenti nel caso che, avendo inibita la continuazione dell'opera, l'opera stessa, ad onta del divieto, sia stata continuata; perchè, a termini del terzo capoverso dell'articolo 940 codice procedura civile, è di competenza del pretore ordinare che le cose siano ridotte allo stato in cui si trovavano al momento nel quale l'inibizione fu fatta. Se però il provvedimento di sospensione, per essere pendente un giudizio che ha connessione coll'oggetto della denuncia, fu dato dal magistrato avanti il quale tale giudizio pende, il pretore non è competente ad ordinare che le cose sieno ridotte al pristino stato; quest'ordine non può esser dato che dall'Autorità che ha ordinato la sospensione dell'opera denunciata.

Capo VI. — **Competenza per le azioni dirette ad ottenere l'osservanza delle distanze stabilite dalla legge o dai regolamenti o dagli usi locali riguardo al piantamento di alberi o di siepi.**

70. Esposizione.

70. A termini dell'art. 82, n. 4, codice di procedura civile, è stabilita una competenza speciale per le azioni dirette ad ottenere l'osservanza delle distanze stabilite dalla legge o dai regolamenti o dagli usi locali riguardo al piantamento di alberi o di siepi: qualunque sia il valore della causa, questa azione è di competenza del pretore, purchè sia proposta entro l'anno dacchè il piantamento avvenne.

Acciò siavi la competenza speciale la questione deve unicamente consistere nello stabilire se la distanza sia o no stata osservata (1), perchè, ove nascesse questione sul diritto di far la piantagione a quella distanza alla quale fu fatta, lo stato degli atti della causa relativamente alla competenza muterebbe; non si tratterebbe più di decidere se la distanza sia o no stata osservata, ma se esista o no un diritto di servitù in seguito al quale la piantagione può essere eseguita, e la competenza dovrebbe essere determinata in base alla servitù che si afferma esistente. Che se la eccezione del convenuto non fosse di indole petitoria, ma di indole possessoria, il pretore continuerebbe ad essere competente a pronunciare, non già però come giudice dell'azione diretta onde ottenere l'osservanza della distanza, ma come giudice dell'azione possessoria.

Dal momento che l'art. 82, n. 4, dichiara di competenza del pretore l'azione diretta ad ottenere l'osservanza della distanza stabilita pel piantamento di alberi o di siepi, e che le disposizioni della legge relativa alla competenza per materia essendo eccezionali, non possono essere estese oltre i casi nella legge espressi, la competenza speciale non havvi per la osservanza di tutte le altre distanze che dalla legge sono stabilite (2). Dal momento poi che la legge parla di distanze stabilite dalla legge o dai regolamenti o dagli usi locali, resta esclusa la competenza speciale per le azioni dirette ad ottenere l'osservanza delle distanze stabilite dai contratti; applicando l'art. 82, n. 4, del codice di procedura civile alla azione diretta ad ottenere l'osservanza delle distanze anche all'osservanza di quelle distanze che furono stabilite da contratto, si verrebbe ad estendere una competenza speciale per materia a caso dalla legge non espresso.

Capo VII. — **Competenza per le azioni di sfratto e convalida delle licenze per finita locazione.**

71. Nozione dell'azione di sfratto. — 72. Competenza speciale. — 73. Condizioni perchè vi sia la competenza speciale. — 74. Variazione dello stato degli atti relativamente alla competenza. — 75. Azione di convalida di licenza per finita locazione.

71. Il conduttore al termine della locazione è tenuto a restituire la cosa locata (3), restituzione che, se si tratta di immobili, prende il nome specifico di *rilascio* (4). L'azione diretta ad ottenere il rilascio dell'immobile dal conduttore prende il nome di *sfratto*, sia che si tratti di locazione propriamente detta, sia che si tratti di colonia o mezzadria (5). Di qui ne viene che l'azione di sfratto null'altro è che una specie del genere azioni dirette ad ottenere il rilascio di un immobile, è quell'azione, appartenente a tal genere, che si esperimenta allorchè si tratta di ottenere la riconsegna dell'immobile in seguito a finita locazione. Ond'è che in tutti i casi nei quali si esperimenta un'azione diretta ad ottenere il rilascio di un immobile che da altri è detenuto per un titolo diverso da quello di una locazione finita, di sfratto non è luogo a parlare (6). Ma è luogo a parlare di azione di sfratto qualunque sia la causa per la quale la locazione è finita, sia anche l'avveramento di una condizione (7) che non sia la condizione risolutiva tacita per mancanza del conduttore all'adempimento dell'assunta obbligazione (8), o l'aver le parti convenuto lo scioglimento della locazione prima del

caso fosse tale da non permettere indugio, ragione vuole che al pretore sia lecito di emettere dei provvedimenti provvisorii, salvo a rivocarli, qualora l'esame compiuto ne dimostri l'irragionevolezza. »

(1) Ricci, *Proc. civ.*, I, 123.

(2) Mattirolo, 4ª ediz., I, 231.

(3) Confr. art. 1585, codice civile.

(4) Conf. intestazione del cap. II, tit. IV, libro II, codice procedura civile.

(5) Ricci, I, 122; Mattirolo, I, 238 in *nota*, 322 in *nota*.

Fu ritenuto che anche per colonia o mezzadria finita, vi è la azione di sfratto (Cass. Roma, 27 marzo 1877, *Donnini* c. *Vitaloni*. (*Legge*, 1877, 1, 306).

(6) V. Cass. Napoli, 23 gennaio 1869, *Imperiale* c. *De Luca* (*Giur. It.*, 1869, 1, 1, 54); Cass. Torino, 3 aprile 1868, *Comune di Milano* c. *Marchesi* (*Mon. Trib.*, 1868, 674); App. Cagliari, 4 marzo 1871, *Gambarotta* c. *Fiorentino* (*Giur. It.*, 1871, 2, 157); App. Lucca, 30 marzo 1866, *Sharpa* c. *Vannini* (*Ann.*, 1866, 2, 150); Pret. Casalmaggiore, 24 maggio 1889, *Porro* c. *Porro* (*Mon. Trib.*, 1889, 549).

Ricci (I, 118) ritiene che si debba parlare di sfratto anche nel caso in cui l'immobile è detenuto a titolo di precario, opinione non accettabile, perchè nel suo significato proprio l'azione di sfratto è l'azione pel rilascio dell'immobile per finita locazione. Se qualche dubbio esistesse nel proposito l'art. 82, n. 5, cod. proc. civ. lo toglie perchè al nome *sfratto* la legge fa seguire le parole *per finita locazione*, parole che, quantunque per sè stesso inutili, perchè il concetto colle stesse espresso era già contenuto nel concetto espresso colla parola sfratto, valgono però a mostrare all'evidenza il concetto del legislatore. E dal momento che il rapporto giuridico denotato col nome *precario* è diverso dal rapporto giuridico denotato col nome *locazione*, non si può applicare al primo ciò che vale pel secondo.

(7) V. Cass. Napoli, 10 novembre 1875, *Ragusa* c. *Lonesco* (*Foro It.*, 1876, I, 191).

(8) Siccome per l'art. 1165 cod. civ. la condizione risolutiva tacita non porta di diritto la risoluzione del contratto, ma la risoluzione deve essere pronunciata dal giudice, fino a che la risoluzione non è pronunciata, non havvi *locazione finita*, estremo essenziale per l'esperimento della azione di sfratto. In questo senso fu giudicato che colla azione di sfratto per finita locazione non deve confondersi quella di risoluzione di affittanza per inadempimento

termine stabilito nel contratto (1); come è da parlare di azione di sfratto anche quando l'azione sia esercitata prima dell'espiro della locazione, differita l'esecuzione della sentenza alla fine del contratto (2).

L'azione di sfratto non è un'azione possessoria. Essendo la stessa diretta ad ottenere l'adempimento del contratto intervenuto fra locatore e conduttore, il suo carattere petitorio è evidente. Potrà essere pareggiata alle azioni possessorie per alcuni effetti giuridici, ed in ispecie per ciò che concerne la competenza a giudicare sulla stessa, ma questo non altera punto il suo carattere di azione petitoria (3).

72. Se allo sfratto si dovessero applicare le norme della competenza per valore, siccome oggetto della obbligazione di rilasciare è l'immobile oggetto della locazione, così il valore della lite sarebbe quello dell'immobile che deve essere rilasciato, ed in base di tal valore dovrebbe determinarsi la competenza (4). E siccome spesso gli immobili locati sono di un valore superiore a quello determinato per la competenza dei giudici inferiori, così il locatore spesso dovrebbe adire il giudice superiore per ottenere il rilascio dell'immobile. Ad evitare le spese ed i lunghi indugi di un giudizio nel quale nessuna grave questione giuridica vi può essere, riducendosi l'esame della controversia al punto di vedere se la locazione è o no finita, e, d'altra parte, essendo la locazione di immobili negozio giuridico che viene compiuto da una gran massa di persone, e però essendo tutt'altro che raro l'esperimento dell'azione di sfratto; essendo spesso il conduttore un nullatenente, e però essendo il sopportare le spese di un giudizio avanti il giudice superiore un grave peso pel locatore, peso che si risolverebbe in un aumento del prezzo di locazione degli immobili; la legge ha stabilito per l'azione di sfratto una speciale competenza per materia dei giudici inferiori, del conciliatore, cioè, e del pretore, divisa però fra gli stessi la cognizione delle cause per sfratto in ragione di valore. Fu questa una innovazione introdotta al corrispondente articolo del codice sardo e che fu tratta dall'art. 103, n. 7, del codice di procedura delle Due Sicilie. L'innovazione stessa, nella Relazione del Guardasigilli al re (5), è così giustificata: « Ristretta come è alla azione di sfratto promossa quando la durata del contratto non sia più in questione per avere avuto termine, rimane giustificata pienamente dal considerare quale prontezza di provvedimento sia richiesta, massime nei centri popolosi e abitati a scadenze periodiche per ovviare inconvenienti e pericoli nei casi frequenti di opposizione e di contrasti ». Ma evidentemente altre ragioni, oltre quella della necessità dell'urgenza dei provvedimenti, giustificano la competenza speciale.

A termini del codice di procedura civile (6), il criterio distintivo fra la competenza del pretore e del conciliatore era stabilito dall'ammontare della pigione o dal fitto per tutta la durata della locazione: se la pigione od il fitto per tutta la durata della locazione non eccedeva le lire trenta,

degli obblighi assunti (App. Venezia, 21 aprile 1874, *Sbrojavacca* c. *Micheli*: *Mon. Giud.*, Venezia, III, 341). Diversamente però si dovrebbe decidere quando per patto espresso nel contratto, l'inadempimento degli obblighi producesse di diritto la risoluzione; in questo caso si tratterebbe di condizione risolutiva espressa la quale farebbe finire la locazione di diritto senza uopo di dichiarazione del giudice, e però l'azione di rilascio dell'immobile sarebbe una vera e propria azione di sfratto.

(1) Trib. Bologna, 31 gennaio 1890, *Golfieri* c. *Drusiani* (*Riv. Giur.*, Bologna. 1890, 73).

(2) Ricci, I, 121. Contra Mattirolo, I. 334; Mazzoni, *Sulla azione di sfratto*, Vicenza 1874. Contro il principio accettato nel testo non è il caso di opporre la legge 24 dicembre 1896, n. 547, perchè quella legge regola l'azione di convalida di licenza, azione che, come sarà dimostrato a suo luogo, si converte in azione di sfratto in seguito alla opposizione del convenuto, e però è diversa dall'azione di sfratto.

La Cassazione di Firenze, 18 marzo 1878, *Trentin* c. *Avogadro* (*Ann.*, 1878, I, 231), così considerava:

« Considerando, per ciò che riguarda il primo degli accennati obbietti, che l'art. 82, n. 5, deferendo alla cognizione dei pretori *le azioni di sfratto per locazione finita*, altro non intese indicare con tale locuzione che la causa dell'azione, volendo cioè dichiarare, che la competenza eccezionale del pretore, di cui all'articolo stesso, non ha già luogo in tutti i casi, e per qualunque causa il locatore richieda al conduttore il rilascio dello stabile locatogli, ma nel caso soltanto in cui l'azione si fondi sulla cessazione del contratto; e poichè nel caso concreto l'Avogadro poneva appunto a fondamento della sua domanda la cessazione dell'affitto, chiedendo che allo spirare del termine convenuto gli venissero rilasciati liberi i fondi, non v'ha dubbio quindi che l'azione da lui spiegata sia quella di sfratto contemplata nel detto articolo. Che se poi il termine dell'affitto non era ancora materialmente scaduto nel giorno del promosso giudizio, ciò darà bensì luogo ad esaminare l'altra questione proposta col terzo mezzo del ricorso, se cioè il locatore per assicurarsi della riconsegna del fondo al termine convenuto possa iniziare il giudizio di sfratto prima del termine stesso; ma una tale questione che riguarda la ammissibilità o l'inammissibilità dell'azione, nulla ha che fare colla competenza, al cui effetto si ha solo riguardo al *quid et quantum est petitum*, e non si cerca se *jure an injuria quid petitum*.

« Considerando che col 3° mezzo il ricorso insistendo sulla circostanza che il termine della locazione non era ancora spirato allorquando l'Avogadro promosse l'azione di sfratto, sostiene che l'azione stessa come prematura e intempestiva doveva essere allo stato degli atti respinta; se non che l'interesse che ha il proprietario della cosa locata di ricuperarne il possesso allo spirare del termine della locazione, è sì grave e sì legittimo, che non può essergli vietato il provvedersi in via giudiziale dei mezzi opportuni onde potere, al giungere del termine stesso, costringere il conduttore all'effettivo rilascio, e ciò segnatamente nel caso concreto in cui, per le dichiarazioni della sentenza, l'Avogadro conosceva l'esplicita intenzione del conduttore di non volere abbandonare al tempo debito la cosa locata, circostanze, che pienamente lo autorizzano a premunirsi contro il minacciato pericolo di un ritardo nella consegna. »

(3) V. Cass. Roma, 23 settembre 1880, *Giovanangeli* c. *Scarsella* (*Legge*, 1880, I, 548). In contrario: App. Aquila, 13 ottobre 1885, *Martucci* c. *Panegrossi* (*Foro Abruzz.*, 1885, 272).

(4) Evidentemente nella azione di sfratto la competenza non potrebbe essere determinata sulla base del valore della locazione. Lo sfratto suppone una locazione finita; se la locazione è finita il valore della stessa è nullo. Non si potrebbe, senza andar contro ai principii adottati in tema di determinazione del valore della causa agli effetti della competenza per ciò che concerne le obbligazioni, prendere a base l'importare dei fitti per tutta la durata della locazione; perchè pei principii accennati tuttociò che di una obbligazione viene estinto non può più essere tenuto in conto per la determinazione della competenza per valore (confr. art. 72, n. 2 capov. cod. proc. civ.), e però i fitti che sono stati già pagati non potrebbero essere tenuti in conto per la determinazione della competenza. Di conseguenza, volendo determinare la competenza per l'azione di sfratto a base del valore della causa, il solo criterio sarebbe il valore dell'immobile.

V. Trib. Bologna, 31 gennaio 1890, *Golfieri* c. *Drusiani* (*Riv. Giur.*, Bologna. 1890, 73).

(5) Rel. Vacca, nel codice Gianzana di proc. civ., pag. 9, n. 12.

(6) Art. 70, capov.

la competenza per l'azione di sfratto era del conciliatore; se eccedeva le lire trenta, era del pretore (1). Sicchè, a termini del codice di procedura civile, la competenza ordinaria per le azioni di sfratto è del pretore (2); è eccezionalmente del conciliatore se la pigione od il fitto per tutta la durata della locazione non ecceda le lire trenta. La legge 16 giugno 1892, n. 261, sulla competenza del conciliatore ha introdotto una modificazione al codice di procedura civile: per l'art. 10, n. 2, di detta legge è di competenza del conciliatore l'azione di sfratto se la locazione od il fitto *per la rimanente durata della locazione* non ecceda le lire cento. Stando ai termini letterali del citato art. 10, n. 2, la competenza del conciliatore non vi potrebbe essere che quando l'azione di sfratto viene esperita prima che la locazione sia terminata e la pigione od il fitto dovuto per la durata di tempo che ancora rimane a decorrere non ecceda le lire cento. Infatti, parlando di pigioni o di fitti per la *rimanente* durata della locazione, si suppone necessariamente una locazione che sia ancora in corso, una locazione al cui espiro manca un certo termine, perchè, finita la locazione e non riconsegnato l'immobile, si potrà parlare di danni dovuti per l'inadempimento della obbligazione, giammai di fitto o di pigione. Una tale interpretazione però non sarebbe conforme alle intenzioni del legislatore. Intenzione del legislatore, dettando la legge del 1892, quella si fu di allargare le attribuzioni del conciliatore quali erano state stabilite dal codice di procedura civile, senza apportare radicali immutazioni ai principii che dal codice di procedura civile erano stati ammessi. Ora pel codice di procedura civile la competenza del conciliatore per lo sfratto vi è, sia l'azione esperita prima dell'espiro del tempo stabilito per la durata della locazione, o sia esperita dopo l'espiro di tal termine. Se il legislatore avesse voluto mutare lo stato del diritto preesistente, restringendo la competenza solo al primo caso, di questa sua intenzione si troverebbe traccia nei lavori preparatorii della legge del 1892, lavori preparatorii che sul proposito sono assolutamente muti. D'altra parte, manca una ragione qualsiasi per giustificare una disposizione la quale restringesse la competenza del conciliatore solo al primo caso: le ragioni per le quali la competenza speciale è stabilita vi sono tanto nel primo caso che nel secondo. Lo stesso legislatore ha riconosciuto come inesatte ad esprimere la sua intenzione le parole adoperate nell'art. 10, n. 2, della legge del 1892; tanto è ciò vero, che nell'art. 1 capov. della legge 24 dicembre 1896, n. 547, legge che, come ben presto si vedrà, regola una azione analoga alla azione di sfratto, non ripete le parole adoperate nell'art. 10, n. 2, citato, ma torna alle parole adoperate nell'art. 70, capov. 1°, del codice di procedura civile (3).

Ma che volle significare il legislatore colle parole *per la rimanente durata della locazione?* Le locazioni si contraggono per un certo tempo, ma, se non vengono disdette, si rinnovano tacitamente (4); ciò che si è voluto significare col n. 2 dell'art. 10 della legge del 1892 si è che l'ammontare delle pigioni o dei fitti in lire 100 non va calcolato sulle pigioni e sui fitti che decorsero dal giorno in cui la locazione cominciò se non quando la locazione non fu rinnovata espressamente o tacitamente; ma, quando la rinnovazione avvenne, si calcolano solo le pigioni ed i fitti dovuti pel tempo pel quale la rinnovazione ebbe effetto. E però, data una locazione ad anno che per patto o consuetudine, se non viene data entro l'anno la licenza, si rinnova di mese in mese, se la licenza viene data entro l'anno, la competenza per lo sfratto sarà del conciliatore se i fitti dovuti per l'intero anno non eccedono le lire 100. Ma, se, non essendo stata data la licenza entro l'anno segua la rinnovazione di mese in mese, la competenza del conciliatore vi è, se i fitti o le pigioni dovuti per mese non eccedono le lire 100.

Pel computo del valore, se la prestazione deve farsi in derrate, deve essere applicata la disposizione dell'articolo 78 del codice di procedura civile, disposizione della quale ci si occuperà quando verrà discorso della competenza per valore.

Se, come si è veduto, le competenze per materia sono eccezionali, e però le leggi relative non possono essere estese per analogia a casi non preveduti; se la competenza per l'azione di sfratto è una competenza per materia; la competenza stessa non è estensibile per analogia ad azioni diverse dallo sfratto, per quanta analogia possano avere con questa ultima azione (5).

73. Acciò vi sia la competenza speciale dalla legge stabilita per l'azione di sfratto, l'azione che viene esperita deve essere una vera e propria azione di sfratto; l'attore, cioè, non deve porre colle sue domande in questione la cessazione della locazione, la locazione cessata deve essere la premessa da lui indiscussa sulla quale poggia la domanda pel rilascio del fondo. Ond'è che, se l'attore chiede che sia dichiarata sciolta la locazione e come conseguenza che il conduttore sia obbligato a sfrattare dall'immobile, non si tratta della azione di sfratto, quale è regolata dall'art. 82, n. 5, del codice di procedura civile, ma di azione relativa alla validità ed alla continuazione della locazione, azione, per ciò che concerne la competenza, regolata da norme diverse (6).

L'art. 70, capov. 1°, del codice di procedura civile, e l'articolo 10, n. 2, della legge 16 giugno 1892 altra condizione non pongono perchè si faccia luogo alla competenza speciale del conciliatore che quella relativa al valore della causa. Ma l'art. 82, n. 5, del codice di procedura civile per far luogo alla competenza speciale del pretore vuole che l'azione sia proposta entro l'anno dal fatto che vi diede origine. Infatti la condizione della proposizione dell'azione entro l'anno è posta dall'art. 82 come condizione comune a tutte le azioni in quell'articolo enumerate, fra le quali havvi l'azione di sfratto. Una tale condizione perchè è posta onde far luogo alla competenza speciale del pretore, non può essere estesa anche per far luogo alla competenza speciale del conciliatore; le regole di ermeneutica si oppongono a siffatta esten-

(1) Art. 82, n. 5, cod. proc. civ.; cnfr. con art. 70 capov., cod. stesso.

(2) V. Cass. Firenze, 17 novembre 1869, *N. N.* (*Mon. Giudiz.*, Venezia, 1879, 737); Cass. Roma, 30 ottobre 1877, *Pre* c. *Pasetti* (*Mon. Trib.*, 1877, 1107); e 6 giugno 1876, *De Luca* c. *Recchia* (*Legge*, 1876, I, 864); Cass. Napoli, 6 febbraio 1882, *Tusci* c. *Congr. SS. Rosario* (*Legge*, 1882, I, 811).

(3) Articolo 1, capoverso, legge 24 dicembre 1896: « Qualora si tratti di pigione o di fitto non eccedente lire 300 *per tutta la durata della locazione*, la competenza sarà del conciliatore ».

(4) Confr. art. 1592 cod. civ.

(5) In contrario fu ritenuto che la regola che l'azione di sfratto per finita locazione è di competenza del pretore qualunque sia il valore della causa, può essere seguita per analogia nel caso di domanda di sfratto da locali conceduti in precario (Cass. Roma 30 ottobre 1877, *Prè* c. *Pasetti*: *Mon. Trib.*, 1877, 1107).

(6) Mattirolo, I, 335.

sione. Diverse sono le disposizioni di legge che regolano la competenza del conciliatore e le disposizioni di legge che regolano la competenza del pretore, ed una volta che diverse sono le disposizioni di legge, ciò che il legislatore ha disposto per una competenza non può essere esteso all'altra senza porre per quest'ultima condizioni delle quali la legge non ha fatto parola. Questa differenza fra le condizioni necessarie acchè vi sia la competenza del conciliatore e le condizioni necessarie acchè vi sia la competenza del pretore, differenza che già si è rilevata per l'azione di guasto e danno, è una anomalia, è una differenza della quale non si sa indovinare la ragione. Non cessa però per questo di esistere nella legge, ed una volta che esiste, l'interprete deve tener conto della stessa e riconoscere che il conciliatore è sempre competente per l'azione di sfratto quando lo ammontare dei fitti per l'ultimo periodo pel quale la locazione durò non superi le lire 100; il pretore, quando l'ammontare dei fitti per l'ultimo periodo pel quale la locazione durò superi le lire 100, non è competente, per la competenza speciale dall'art. 82, n. 5, stabilita, se non quando l'azione sia promossa entro l'anno dal fatto che vi diede origine. E siccome il fatto che dà origine all'azione di sfratto è la non consegna dell'immobile locato al termine della locazione, così è dal giorno in cui la locazione è terminata che l'anno comincia a decorrere.

74. Il convenuto con l'azione di sfratto può, comparendo, sollevare eccezioni contro la domanda dell'attore, eccezioni che se sussistesse il diritto con le stesse preteso, l'azione di sfratto dovrebbe essere rigettata. Fino a che le eccezioni opposte dal convenuto sono di natura tale che, se il diritto con le stesse preteso fosse fatto valere come azione principale, il conoscere dello stesso sarebbe di competenza del giudice adito, nessuna alterazione soffre, in seguito alla opposizione di tali eccezioni, lo stato degli atti relativamente alla competenza (1). Ma, se il convenuto con l'opporre l'eccezione fa valere un diritto del quale, se proposto come azione principale, il giudice adito non sarebbe stato competente a conoscere, il decidere se in seguito alla eccezione lo stato degli atti relativamente alla competenza è variato in modo da costringere il giudice adito a dichiararsi incompetente per l'azione di sfratto e per l'eccezione, dipende dalla decisione che si adotta relativamente agli effetti che in via generale producono le eccezioni relativamente alla variazione dello stato degli atti. E siccome al n. 42 si è dimostrato che l'eccezione, quando, in seguito ad una sommaria ispezione della stessa, il giudice si convince che il diritto preteso ha un qualche fondamento, fa variare lo stato degli atti in modo che il giudice adito è incompetente e per l'azione principale e per la eccezione, così in applicazione di quel principio è da decidersi che, se vengono opposte dal convenuto eccezioni di quella specie della quale si discorre, ed il giudice adito riconosce nelle stesse un qualche fondamento, egli deve dichiararsi incompetente per l'azione e per la eccezione (2). E però dato che il conoscere del diritto affermato con la eccezione non sia di competenza del giudice adito e l'eccezione presenti un qualche fondamento, il conciliatore od il pretore adito con l'azione di sfratto devono dichiararsi incompetenti se viene opposto:

1° L'eccezione di nullità della licenza (3);
2° L'eccezione di proprietà o di un diritto reale (4);
3° L'eccezione di ritenzione per miglioria (5);
4° L'eccezione sulla durata della locazione (6);
5° L'eccezione di rinnovazione della locazione (7);

(1) Confr. Cass. Roma, 29 luglio 1876, *Jacoboni* c. *Cerri* (*Monit. Giudiz.* Venezia,., 1876, 785).

(2) Borsari, sull'art. 82; Mazzoni, *Sulla azione di sfratto;* Pistoni, *Della regola « il giudice della azione è il giudice della eccezione »*, Genova 1881; Mortara, *Man.*, n. 138, ritengono in forma assoluta che il pretore deve dichiararsi incompetente. Sorgente, *Sommario,* p. 108; Cuzzeri. *Sull'art. 82;* Mattirolo, I, 337, ritengono che il giudizio debba esaminare la eccezione del convenuto, ma solo per giudicare della azione di sfratto. Il Ricci, I, 119, ritiene che si debba distinguere eccezione da eccezione, per alcune ammettendo che lo stato degli atti varia, per altre ammettendo il contrario.

Vedi sul proposito App. Venezia, 8 aprile 1884, *Vicentini* c. *Bon* (*Temi Ven.*. 1884, 623); Cass. Roma, 11 gennaio 1884, *Di Giulio* c. *Montaldo* (*Ann.*, 1884, I, 50); Cass. Napoli, 19 ottobre 1886, *Santillo* c. *Petrillo* (*Dir. e giur.*, II, 233); Trib. Trani, 16 luglio 1885. *Farina* c. *Prati* (*Riv. di giur.*, Trani, 1887, 119); Cass. Roma, 7 febbraio 1887, *Grandoni* c. *Santini* (*Foro It.*, 1887, I, 718); Cass. Firenze, 11 maggio 1891, *Gheri* c. *Saccardi* (*Temi Ven.*, 1891, 303); Cass. Firenze, 31 marzo 1892, *Masetto* c. *Biasini* (*Temi Ven.*, 1892, 309); Cass. Torino, 6 giugno 1893, *Villière* c. *Prassi* (*Giur.*, Torino, 1893, 385).

(3) Vedi sul proposito Tribunale Bologna, 13 maggio 1883, *Baldini* c. *Mazzoni* (*Riv. Giur.*. Bologna, 1883, 154); Tribunale Lanciano, 5 agosto 1886, *Finanze* c. *De Martino* (*Foro Abruzz.*, 1887, 129).

(4) Vedi Cass. Roma, 6 aprile 1880, *Malatesta* c. *Vescovo di Aquila* (*Giur. it.*, 1880, I, I, 820); App. Palermo, 22 gennaio 1879, *Bagnasco* c. *D'Amico* (*Circ. Giur.*, 1879, 6); Cass. Roma, 23 agosto 1877, *Sciori* c. *Primavera* (*Foro It.*, 1877, I, 432); Cass. Roma, 17 dic. 1884, *Valignari* c. *Di Tizio* (*Temi Rom.*, 1884, 681); Cass. Napoli, 5 marzo 1872, *Onofrio* c. *Parascandolo* (*Gazz. Proc.*, VII, 991); Cass. Roma, 5 gennaio 1884, *Chiarelli* c. *Colarossi* (*Legge*, 1885, I, 154); Cass. Roma, 27 gennaio 1885, *Piergiovanni* c. *Rossi* (*Foro It.*, 1885, I, 129); Cass. Torino, 24 agosto 1886, *Albertone* c. *Barbera* (*Giur.*, Torino, 1886, 655); Cass. Roma, 26 genn. 1887, *Fanelli* c. *Liberatori* (*Legge*, 1887, II, 112); Cass. Napoli, 26 gennaio 1888, *Leone* c. *Ranando* (*Gazz. Proc.*, XXII, 291); Cass. Palermo, 13 marzo 1890, *Sindaco di Burgio* c. *De Michele* (*Circ. Giur.*, 1890, 237); Cass. Torino, 24 gennaio 1891, *Pescarmona* c. *Ayme* (*Giur.*, Torino, 1891, 93); Cass. Firenze, 15 marzo 1895, *Chigi* c. *Ferretto* (*Temi Ven.*, 1895, 169).

(5) Vedi Cass. Roma, 6 aprile 1880, *Malatesta* c. *Vescovo di Aquila* (*Giur. It.*, 1880, I, I, 820).

(6) Vedi Cass. Firenze, 25 giugno 1874, *Bellotti* c. *Collegio degli Armeni* (*Ann.*, 1874, I, 427); Cass. Firenze, 11 dic. 1876, *Guida* c. *Scapin* (*Ann.*, 1877, I, 28); Cass. Palermo, 1° settembre 1880, *Barile* c. *Moaldo* (*Foro It.*, 1881, I, 574); Cass. Torino, 24 gennaio 1868, *Alberti* c. *Municipio di Milano* (*Giur. It.*, 1868, I, 57); Cass. Torino, 3 aprile 1868, *Com. di Milano* c. *Marchesi* (*Mon. Trib.*, 1868, 674); App. Torino, 25 ottobre 1876. *Clarc* c. *Com. di Chiavasso* (*Ann.*, 1877, II, 292); Trib. Roma, 31 gennaio 1883, *Milanesi* c. *Weiss* (*Temi Rom.*, 1883, 245); Pret. Calascibetta, 20 gennaio 1883, *Consoli* c. *Mineo* (*Mon. Pret.*, 1883, 311); Cass. Firenze, 6 marzo 1884, *Pasqualotto* c. *Custozza* (*Foro It.*, 1884, I, 637); Cass. Napoli, 14 dicembre 1885, *N. N.* (*Filangeri*, 1886, 130); App. Torino, 28 marzo 1887, *Bertola* c. *Miletto* (*Giur.*, Torino, 1887, 367); App. Bologna, 11 gennaio 1890, *Golfieri* c. *Drusiani* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1890, 73); Cass. Roma, 10 luglio 1884, *Zappulli* c. *Castellucci* (*Ann.*, 1884, I, 345).

(7) Vedi Cass. Napoli, 17 giugno 1869, *Gusman* c. *Torelli* (*Giur. It.*, 1869, I, 371); 22 aprile 1873, *Basile* c. *Lionelli* (*Giur.*, Torino, 1873, 192); Cass. Napoli, 14 agosto 1867, *Cesarò* c. *Garizia* (*Giur. It.*, 1867, I, 580); Cass. Firenze, 17 maggio 1875, *Derossi* c. *Beltini* (*Gazz. G.*, 1875, 641); Cass. Firenze, 11 dicembre 1871, *Mittenda* c. *Frugoli* (*Ann.*, 1872, I, 35); Cass. Firenze, 25 giugno 1874, *Bellotti* c. *Collegio degli Armeni* (*Ann.*, 1874, I, 427); Cass. Firenze, 5 gennaio 1875, *Chiavistelli* c. *Grassoni* (*Mon.*

6° L'eccezione di nullità del contratto di vendita e di locazione dello stabile (1).

75. Distinta dalla azione di sfratto, quantunque nei suoi risultati producente gli effetti che dalla azione di sfratto sono prodotti, è l'azione di convalida di licenza, istituita dalla legge 24 dicembre 1896, n. 547. Per l'art. 1 di questa legge nel termine stabilito dalla legge, dalla consuetudine locale o dal contratto, il locatore può far notificare al conduttore mezzajuolo, mezzadro, massaro o colono di beni immobili, la licenza per finita locazione, contenente citazione per la convalidazione della detta licenza. Qualora si tratti di pigioni o di fitti non eccedenti le lire 300 per tutta la durata della locazione, la competenza è del conciliatore; in ogni altro caso del pretore. E l'art. 4, capov. 2°, della legge stessa dispone che nel caso di comparizione del convenuto e di sua opposizione, la competenza del giudice sulla detta opposizione sarà regolata dal codice di procedura civile. Le differenze dunque fra questa azione e l'azione di sfratto sono: che la azione di sfratto può essere intentata tanto prima che dopo che la locazione è cessata nel mentre che l'azione di convalida di licenza non può essere intentata che prima della cessazione della locazione; che, nel mentre nella azione di sfratto una qualunque opposizione del convenuto fa variare lo stato degli atti relativamente alla competenza, nell'azione di convalida della licenza qualunque opposizione del convenuto produce tale variazione, e in seguito alla opposizione l'azione si muta in quella che risulta a base della domanda dell'attore e della eccezione del convenuto; che, nel mentre nell'azione di sfratto la competenza del conciliatore è fino a lire 100, nell'azione di convalida di licenza si estende fino a lire 300.

Capo VIII. — Competenza in materia d'imposte dirette ed indirette.

76. Competenza speciale in materia d'imposte. — 77. La competenza speciale havvi tutte le volte che si contende su imposta, qualunque siano le parti in causa. — 78. Nozione dell'imposta riguardo al creditore della stessa. — 79. Nozione dell'imposta riguardo al debitore; rapporti fra contribuente ed esattore od altri intermediari. — 80. Quali pagamenti vengono fatti all'ente a titolo d'imposta. — 81. Quali sono le controversie d'imposta: generalità. — 82. Momenti dell'imposta che devono essere considerati; contestazioni relative alla determinazione dell'oggetto imponibile e della persona debitrice delle imposte. — 83. Controversie relative alla determinazione della quantità dovuta ed alle modalità del pagamento. — 84. Controversie relative alla riscossione delle imposte ed agli atti esecutivi ed effetti di questi. — 85. Controversie fra enti creditori ed esattori ed altri intermediari — 86. Controversie relative alla restituzione di somme indebitamente pagate a titolo di imposta. — 87. Controversie relative a sopratasse, penali, aggi e spese. — 88. Controversie, che non sono controversie di imposta.

76. Il legislatore ha creduto opportuno di stabilire per le controversie relative alle materie tributarie una competenza speciale che è regolata da due leggi, dal codice di procedura civile e dalla legge 20 marzo 1865, allegato *E*. Il codice di procedura civile all'art. 70, capov. 2°, dispone che le controversie sulle imposte dirette ed indirette sono escluse dalla competenza dei conciliatori, all'art. 71, capov. 2°, dispone che le controversie sulle imposte stesse sono escluse dalla competenza dei pretori, all'art. 84, n. 1, dispone che i tribunali civili conoscono di tutte le cause in materia d'imposte dirette ed indirette qualunque ne sia il valore (2). La legge 20 marzo 1865, allegato *E*, articolo 6, capov. 2°, dispone che nelle controversie relative alle imposte dirette ed indirette, la giurisdizione sarà sempre esercitata in prima istanza dai tribunali di circondario. È molto discutibile l'opportunità, non solo, ma anche la giustizia di questa competenza speciale. Il legislatore credette che a garantire più efficacemente la finanza e i contribuenti si dovesse provvedere con l'affidare la cognizione delle controversie relative alle imposte esclusivamente alla magistratura collegiale. Se, attese le spese relativamente enormi alle quali va incontro colui che vuole adire la magistratura collegiale, spese enormi che deve sostenere il contribuente, nel mentre la finanza non ne sostiene alcuna, non vi è dubbio che il legislatore sia riuscito a garantire la finanza dai cavilli dei contribuenti che non vogliono pagare imposte da essi dovute, non vi è anche dubbio che il legislatore abbia fatto quanto stava in lui per impedire che il contribuente potesse difendersi contro le sopraffazioni dell'amministrazione finanziaria, contro le ingiustizie che a suo danno venissero commesse. Quasi sempre l'imposta è per somma tenue, e ben poco conto torna al contribuente anticipare per spese una somma sproporzionata a quanto gli è posto a carico per imposte, onde adire i tribunali, ed in tal modo è moralmente costretto a subire le sopraffazioni della amministrazione finanziaria, piuttosto che adire il magistrato onde ottenere giustizia. La finanza è efficacemente garantita, ma è garantita a mezzo di una ingiustizia, di una vera e propria violenza morale che viene esercitata sul contribuente (3); pel contribuente il farsi rendere giustizia in materia tributaria, attesa la competenza speciale del giudice collegiale, è pressochè impossibile. La legge però che consacra tale ingiustizia vi è, e fino a quando esiste è d'uopo osservarla.

La legge 20 marzo 1865, allegato *E*, detta le norme relative ai giudizi nei quali è in causa la pubblica amministrazione; il codice di procedura civile detta le norme comuni a tutti i giudizi, qualunque siano le persone che sono in causa; il codice di procedura civile è dunque la legge generale, la legge 20 marzo 1865, allegato *E*, la legge speciale quando è in causa la pubblica amministrazione. La disposizione dell'art. 6, capov. 2°, della legge 20 marzo 1865 non è dunque la ripetizione di disposizioni del codice di

Giudiz., Venezia, 1875, 460); Cass. Torino, 3 aprile 1868, *Porto* c. *Pallavicini* (*Gazz. G.*, 1868, 184); 24 gennaio 1868, *Alberti* c. *Mun. di Milano* (*Giur.*, Torino, 1868, 135); App. Napoli, 20 agosto 1875, *Andreani* c. *Salandra* (*Gazz. Proc.*, x, 390); App. Venezia, 19 marzo 1879, *Beltrami* c. *Metz* (*Foro It.*, 1879, I, 213); Cass. Torino, 29 dicembre 1886, *Malfante* c. *Ferrando* (*Giur.*, Torino, 1887, 102).

(1) Cass. Torino, 24 aprile 1882, *Gajero* c. *De Stefanis* (*Giur.*, Torino, 1882, 407).

(2) App. Macerata 4 settembre 1890, *Gentili* c. *Bernardini* (*Legge*, 1890, II, 541).

(3) Vedi Guarella, *Questioni sulla competenza giudiziaria in materia d'imposte*, nell'*Ann. di proc. civ.*, 1890, voce *Competenza*, pagg. 156-160. L'Allard, nella sua *Relazione sul progetto di revisione del codice di procedura civile belga*, parlando della competenza speciale del giudice collegiato in materia d'imposte che vi era in Belgio, così scriveva a pag. 146: « Pour nous, il nous est impossible d'apercevoir là autre chose qu'un de ces privilèges odieux, dont le fisc s'est emparé; et nous proposons le retour au droit commun ». La riforma fu attivata coll'art. 18 della legge belga del 25 marzo 1876, pel quale « les règles de la compétence et du ressort seront appliquées en matière fiscale »

procedura civile, è la disposizione di una legge speciale che coincide con le disposizioni della legge generale. Atteso ciò, le disposizioni del codice di procedura civile e quelle della legge 20 marzo 1865 hanno una propria sfera di azione; quelle abbracciano la generalità dei giudizi, queste sono relative ai giudizi nei quali l'amministrazione pubblica è parte. Per ora basta aver posato il principio, le importanti conseguenze che dallo stesso derivano saranno esposte in seguito.

77. Se quando è in causa la pubblica Amministrazione la competenza speciale è regolata dall'art. 6, capov. 2°, della legge 20 marzo 1865, al codice di procedura civile non resta che statuire sulla competenza quando la pubblica Amministrazione non è in causa. Di qui ne viene che la competenza speciale per materia del tribunale havvi tanto nei casi in cui si contende fra pubbliche Amministrazioni quanto nei casi in cui si contende fra pubbliche Amministrazioni e privati (1): la competenza speciale dei tribunali per le controversie di imposte, qualunque sia il valore, non sussiste soltanto relativamente all'ente creditore della imposta, ma relativamente altresì ai contribuenti (2).

Le questioni fra privati possono però essere di indole diversa. Può contestarsi sulla imposta in sè stessa considerata, come quando, per esempio, si contesta se l'attore od il convenuto sia tenuto al pagamento della stessa, se deve essere pagata dall'uno o dall'altro in una piuttosto che in altra quantità; può invece la contestazione sulla imposta essere solo indiretta, ma il vero oggetto della contestazione essere una premessa estranea alla materia della imposta, ammessa od esclusa la quale, l'obbligo del pagamento della imposta sia incontroverso, come quando, per esempio, si contende se l'una o l'altra delle parti possieda il fondo sul quale la imposta deve essere pagata. Le sole contestazioni della prima specie sono vere e proprie questioni d'imposta, è solo in quelle che l'imposta è il vero oggetto della contesa. In quelle della seconda specie la imposta è estranea alla contesa, la quale è tutta nella premessa; se la premessa non è materia d'imposta, materia d'imposta non può essere la conseguenza incontrastata che dalla stessa deriva (3).

Più avanti sarà esaminato quali controversie fra pubblica Amministrazione e privati sono controversie d'imposta; qui è solo il caso di rilevare che in tanto una questione fra privati è questione d'imposta, in quanto la questione sarebbe stata d'imposta se si fosse agitata fra privati ed Amministrazione pubblica.

78. Se la competenza speciale è stabilita per le controversie relative alle imposte dirette od indirette, è fondamentale in questa materia la nozione delle imposte dirette ed indirette. *Imposta* è ciò che la pubblica Amministrazione ha il diritto di esigere dai privati in forza dell'imperio che la compete. Ond'è che per determinare la nozione dell'imposta diretta od indiretta, è necessario determinare quale sia l'ente creditore e quale l'ente debitore dell'imposta, e ciò che a titolo d'imposta diretta od indiretta è dovuto.

L'ente creditore deve essere la pubblica Amministrazione. La pubblica Amministrazione non è costituita soltanto dallo Stato, della pubblica Amministrazione fanno parte anche gli enti locali, provincie e Comuni, ai carichi dei quali i cittadini contribuiscono indistintamente in proporzione dei loro averi; debba dunque il pagamento essere fatto allo Stato, o debba essere fatto alle provincie od ai Comuni, trattasi sempre d'imposte per le controversie relative alle quali havvi la speciale competenza (4).

La legge non solo attribuisce il diritto d'imporre ai Co-

(1) Mattirolo, I, 357, contro Ricci, I, 81; Gargiulo e Cuzzeri, sull'art. 84; Sorgente, *Sommario*, pag. 84; Mortara, *Manuale*, n. 142. La giurisprudenza è incerta. Vedi sul proposito Cass. Napoli, 30 agosto 1880, *Balestra* c. *Balestra* (*Gazz. Proc.*, 1880, 412); Cass. Napoli, 30 novembre 1886, *De Marinis* c. *Cassano* (*Gazz. Proc.*, XXI, 344); Cass. Roma, 2 luglio 1887, *Finanze* c. *Mostardi* (*Legge*, 1887, II, 256); Cass. Roma, 27 aprile 1889, *Fondo culto* c. *Del Sette* (*Legge*, 1889, II, 725); App. Macerata, 4 settembre 1890, *Gentili* c. *Bernardini* (*Legge*. 1890, II, 561); Cass. Roma, 8 aprile 1890, *Missio* c. *Comune di Forgaria* (*Corte Suprema*, 1890, 109); Cass. Roma, 2 dicembre 1890, *Finanze* c. *Comitini* (*Legge*, 1891, I, 37); Cass. Roma, 30 aprile 1895, *Comune di Loro Piceno* c. *Giri* (*Riv. Univers.*, 1895, 319); Cass. Napoli, 7 maggio 1868, *Colella* c. *Fato* (*Giur. it.*, 1868, I, 463) e 21 dicembre 1867, *Rossi* c. *Faiano* (*Legge*, 1868, I, 376); Cass. Torino, 19 maggio 1875, *Congregazione di Carità di Forlì* c. *Zanchini* (*Giurispr.*, Torino, 1875, 545); Cass. Roma, 11 gennaio 1878, *Mozzocone* c. *Di Bartolomeo* (*Ann.*, 1878, I, 46); App. Casale, 7 marzo 1881, *Borghi* c. *Finanze* (*Giurispr. Casal.*, 1881, 404); Cass. Roma, 13 maggio 1884, *De Tommasi* c. *Gualini* (*Corte Suprema*, 1884, 733); Cass. Roma, 6 novembre 1884, *Bajocco* c. *Finanze* (*Corte Suprema*, 1884, 829); Cass. Napoli, 24 luglio 1885, *Covelli* c. *Angiolillo* (*Gazz. Proc.*, XX, 275); Cass. Roma, 10 novembre 1888, *Finanze* c. *Alfani* (*Foro Ital.*, 1888, 1, 1262); Cass. Roma, 1° maggio 1888, *Ministero agricoltura, industria e commercio* c. *Ditta Andreoli* (*Legge*, 1888, 2, 217); Cassazione Napoli, 22 dicembre 1890, *Ventura* c. *Ventura* (*Legge*, 1891, 1, 699); Tribunale Lanciano, 26 novembre 1891, *Di Marco* c. *Congregazione di carità di Atessa* (*Foro Abruzzese*, 1891, 60); Pretura Venezia, 23 maggio 1893, *Lizier* c. *Bernasconi* (*Conciliatore*, 1893, 381); Cassazione Napoli, 9 settembre 1892, *Laguda* c. *Mungeruva* (*Gazzetta Proc.* XXV, 342); Tribunale Teramo, 9 maggio 1885, *Vernansal* c. *Costantini* (*Legge*, 1885, II, 205); App. Roma, 3 marzo 1886, *Moroni* c. *Cobib* e *Levi* (*Temi Rom.*, 1886, 233).

(2) Cass. Roma, 23 febbraio 1878, *Finesi* c. *Cinti* (*Foro It.*, 1878, 1, 260).

(3) Le controversie sulla ripartizione del canone pel dazio consumo fra due Comuni in consorzio, di cui l'uno fa dipendere il debito dall'altro, sono di competenza del pretore: Cass. Napoli, 27 aprile 1889, *Vallepiano* c. *Comune di Gifoni* (*Gazzetta Proc.*, XXIII, 211).

(4) Ricci, I, 83; Gargiulo, sull'art. 84; Sorgente, *Sommario*, pag. 73; Mortara, *Manuale*, n. 142; Mattirolo, I, 355.

Vedi Trib. Reggio Calabria, 1° maggio 1868, *Corigliano* c. *Appalt. daz. cons.* (*Riv. Amm.*, 1868, 692); Cass. Torino, 12 febbraio 1875, *Com. di Canelli* c. *Cartino* (*Monit. Trib.*, 1875, 265); Trib. Cuneo, 11 ottobre 1878, *Goli* c. *Com. di Vinadio* (*Gazz. Trib.*, 1879, 23); Cass. Roma, 22 giugno 1884, *Nicolello* c. *Gallarate* (*Legge*, 1885, I, 387); Cass. Roma, 8 maggio 1888, *Com. di Modena* c. *Torelli* (*Corte Supr.*, 1888, 840).

L'App. di Catanzaro così motivava la sua decisione 15 gennaio 1869, in causa *Versaci* c. *Corigliano* (*Ann.*, 1869, II, 45):

« Vuolsi dire che il tribunale adito era incompetente, perchè trattavasi di una azione personale per il pagamento di lire 105. Ora, per regola generale la competenza dei pretori è estesa fino a lire 1500. Quindi innanzi al medesimo avrebbe potuto spingersi la opposizione all'atto d'ingiunzione fattagli non già al tribunale che doveva per questo dichiararsi incompetente;

« Osserva che, a ben vagliare se l'anzidetta eccezione trovasi, oppur no, conforme a ragione, vuolsi innanzi tutto ricorrere a valutare qual si fosse stata l'indole dello inoltrato giudizio. In fatto sta che il signor Versaci quale appaltatore dei dazi comunali di Bagnara, intimava al Corigliano a voler pagare fra ore 24 lire 105.87 per sovratassa sul grano imposta da quel Consiglio comunale pel 1868 in ragione di cent. 10 di aumento per ogni ettolitro. Si di-

muni ed alle provincie, ma lo attribuisce eziandio ad altre Amministrazioni od enti secondari, che la legge stessa crea per scopi parziali di pubblica utilità. Questi enti secondari sono: le Camere di commercio, istituite colla legge 6 luglio 1862, n. 680; i consorzi temporanei e permanenti per la conservazione e riparazione delle strade vicinali, di cui agli articoli 52 e 54 della legge 20 marzo 1865, allegato *F*, sulle opere pubbliche, i consorzi idraulici amministrativi (consorzi di difesa, scolo, bonifica), di cui agli articoli 105 e seguenti, 129 e 130 della stessa legge, e 23 della legge 25 giugno 1882, n. 869, sulla bonificazione delle paludi e terreni paludosi; i collegi degli avvocati e procuratori di cui nella legge 8 giugno 1874, n. 1938, sull'esercizio delle professioni di avvocato e procuratore; i collegi di notai, di cui nel testo unico delle leggi sul notariato 25 maggio 1879, n. 4900. Per ciò che concerne quanto deve essere pagato alle Camere di commercio, la legge sulla loro istituzione ha disposizioni speciali relativamente alla competenza sulle controversie che fossero per insorgere. Per l'art. 32 della legge 6 luglio 1862 i reclami contro la formazione del ruolo dei contribuenti alla tassa camerale, di cui alla lettera *a* dell'articolo 31 della legge stessa, sono giudicati dai tribunali di commercio, sostituiti pel vigente ordinamento giudiziario dai tribunali civili; ed i reclami contro la percezione di diritti non dovuti, sono giudicati nella sede commerciale secondo le ordinarie regole di competenza, e però dai conciliatori se si tratta di

---

chiarava espressamente che, in difetto di pagamento, sarebbesi agito come per legge. Il Corigliano vi producea le sue impugnazioni portandole alla conoscenza del tribunale, implorando dapprima la nullità dell'atto d'intimazione in quanto alla forma, e sostenendo nel merito doversi, in tutti i casi, dichiarare non dovuta la sovratassa suddetta perchè trattavasi di Comune chiuso, ed il dazio comunale era stato già da lui pagato al punto della immissione del grano, nel 1867, quando avealo entrato alla ragione di centesimi 28 per ogni ettolitro.

« Or vuolsi in diritto osservare che la cognizione delle varie contingenze sulle imposizioni, per la legge del contenzioso amministrativo, senza distinzioni di sorta veniva appunto devoluta al potere amministrativo medesimo.

« Però, la importanza delle discussioni che potevano sul riguardo impegnarsi, le difficoltà che nelle relative controversie avrebbero potuto insorgere, e la disamina per sè stessa del più grave interesse, trattandosi di assicurare migliori garantie allo Stato che percepisce le imposte, ed ai privati contribuenti che le pagano, fecero sì che, con molto provvido senno, furon le rispondenti controversie rimandate colla nuova legge di procedura alla conoscenza del magistrato civile collegiale. Ciò è di irrecusabile evidenza per quanto riguarda la materia daziaria riferibile all'erario dello Stato. Solo ha voluto oggi obbiettarsi che la eccezione segnata all'ultimo alinea dell'articolo 71, per la quale vengono escluse dalla competenza dei pretori le controversie sulle imposte dirette o indirette sia limitatamente scritta, riferibile a riguardo dell'erario dello Stato medesimo, e per le imposte dirette o indirette che allo stesso si corrispondono, non mai per quel che concerne le prestazioni, o dazi comunali.

« In contrario vuolsi por mente che per lo attuale regime di procedura furon portate alla conoscenza dei tribunali identicamente tutte le controversie in materia di tributi che prima appartenenansi al contenzioso amministrativo. Ora a quest'ultimo venivano indistintamente deferite anche quelle che interessavano i dazi comunali.

« Oggi dunque allo stesso modo, e senza alcuna distinta, van desse al tribunale, e son sempre escluse dalla giuridizione del pretore, comunque lo ammontare fosse per un valore infra le lire 1500.

« D'altronde, lo spirito della legge è lo stesso per le une e per le altre, e le identiche ragioni che han dovuto consigliare la mente provvida del legislatore ad emettere la disposizione degli articoli 71 e 84, a favore dello Stato, valgono pure a pro dei Comuni; poichè le questioni che posson talvolta insorgere fra un Comune ed i suoi contribuenti in materia di dazi, han per fermo la stessa importanza e l'ugual valore di quelle che risguardano i tributi governativi.

« Quindi non saprebbe comprendersi perchè all'art. 84 delle leggi di procedura civile che dà attribuzione ai tribunali per tutte le cause in materia d'imposte, dirette o indirette, qualunque ne sia il valore, debba farsi una esclusione per simili pendenze lorchè risguardano dazi comunali. Per opposto, all'art. 14 della legge sul dazio di consumo del 3 luglio 1864 è detto espressamente, che le disposizioni stabilite per le tasse in prò dello Stato, dovranno essere osservate anche per la riscossione dei dazi di consumo in favore dei Comuni, per la decisione delle relative controversie, per le contravvenzioni e multe. Ond'è che siffatta legge parifica il Comune allo Stato per le tasse sul dazio-consumo, il che importa anche per la disamina e definizione delle rispondenti questioni. Nè questo senza un fondato motivo, avvegnachè ha dovuto ritenersi che in materia così delicata, che risguarda le non lievi vertenze che possono insorgere in ordine a riscossione dei relativi tributi, era ben giusto che se ne fosse la giurisdizione e la esclusiva competenza affidata ai tribunali collegiali, dalle cui sentenze è deferito il gravame alle Corti di appello, anzichè ad un solo magistrato in prima istanza, quale per lo appunto sarebbe il pretore.

« Or questo motivo di una tale speciale attribuzione di competenza impera indistintamente per tutti i tributi di qualunque specie e natura, sieu dessi governativi, ovvero comunali. Il fatto istesso di Versaci ribadisce il fin qui detto; sendochè egli, che oggi vorrebbe declinare la competenza del tribunale, allegando che la conoscenza avrebbe dovuto portarsi al pretore, è quello stesso, che quando agiva in linea di rivalsa, per la identica materia dietro la soccombenza avuta in faccia a Corigliano sfidava il Comune per rispondere a lui di garentia dinanti lo stesso tribunale, non già del pretore, per come oggi vorrebbe far le viste di ostentare.

« Il Tribunale di Reggio fu quindi bene e convenevolmente adito, e la allegata eccezione d'incompetenza deve rigettarsi.. »

In contrario la Cassazione di Firenze così motivava la sua decisione 31 marzo 1881, in causa *Comune di Padova* c. *Manzoni* (*Foro It.*, 1891, col. 876):

« Attesochè non sussiste quanto si deduce col primo mezzo, col quale si fa rimprovero alla sentenza di aver preferito le norme di competenza dettate nell'art. 71 del codice procedura civile, relativamente alle controversie in materia di imposte.

« Il testo citato, coerentemente alla disposizione dell'art 6 della legge 20 marzo 1865 sul contenzioso amministrativo, dichiara riservate alla cognizione ordinaria dei tribunali civili e delle Corti di appello le controversie che si riferiscono alle imposte dirette ed indirette. E poichè nella interpretazione della legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole: così riesce manifesta la inapplicabilità dell'avvertita norma ad ogni altra materia che non sia quella delle imposte dirette ed indirette. Quanto a dire: i veri e propri tributi imposti sulla universalità dei cittadini, che hanno per limiti indeclinabili i riconosciuti bisogni dello Stato, e che si esigono dal pubblico erario. Locchè non vale per la materia delle tasse deliberate dalle Rappresentanze comunali, secondo i variabili criteri di convenienza amministrativa, ognora che non si tratti di sovrimposizione sul margine dei pubblici tributi nei limiti prestabiliti per legge.

« Ora, poichè di quest'indole non è la tassa sul valore locativo deliberata dal Consiglio comunale di Padova, così manca ragione per estendere al riguardo di quella tassa una misura di eccezione, che deroga alle norme che regolano la ordinaria competenza dei giudici. »

somme infra le lire 100, dai pretori se si tratta di somme superiori alle lire 100 ed infra le lire 1500. Disposizioni speciali mancano per gli altri enti, ond'è che per questi corpi havvi questione se quanto deve essere pagato dai singoli obbligati al pagamento abbia il carattere d'imposta, le controversie sulla quale appartengano alla competenza speciale della quale si sta discorrendo, od abbia in quella vece il carattere di un debito qualunque, le controversie sul quale appartengano alla competenza ordinaria. La prima opinione è quella che deve essere accolta (1). Gli enti dei quali è parola tutelano invero interessi particolari delle persone che degli enti stessi fanno parte, ma nello stesso tempo tutelano interessi generali la cura dei quali è di appartenenza dell'Amministrazione pubblica. Un consorzio di difesa, di scolo, di bonifica, serve alla tutela degli interessi particolari dei proprietari dei beni consorziati, ma serve anche all'interesse generale della sicurezza, delle cose e delle persone, dell'igiene pubblica, anche senza il consenso dei proprietari interessati il consorzio può essere costituito coattivamente dall'Amministrazione pubblica per la tutela degli interessi che l'Amministrazione pubblica deve curare. Un consorzio per una strada vicinale serve agli interessi dei proprietari dei fondi che in quella strada trovano il mezzo di unirsi alla rete stradale principale, ma serve all'interesse generale della facilità delle comunicazioni; se ve n'è di bisogno, anche questo consorzio può essere costituito coattivamente dall'amministrazione pubblica consentano o no i proprietari interessati. I collegi degli avvocati, procuratori e notai serviranno a tutelare gli interessi di coloro che li compongono, ma hanno anche attribuzioni relative all'interesse generale; gli avvocati, i procuratori ed i notai non possono non essere costituiti in collegi, i collegi esistono indipendentemente dal loro volere. Atteso ciò, il carattere di questi enti è quello di vera e propria pubblica Amministrazione, sono organi a mezzo dei quali la pubblica Amministrazione agisce nella cerchia segnata dalla legge alle attribuzioni degli organi stessi. E se ciò è vero, quanto deve essere pagato dai singoli che concorrono alla composizione dell'ente per sopperire ai carichi dell'ente stesso, è un debito verso un'Amministrazione pubblica per sopperire ai carichi dell'Amministrazione stessa, e però ha il carattere di una vera e propria imposta. E se ha i caratteri di una vera e propria imposta, le contestazioni che possono sorgere sul proposito sono contestazioni di imposte, e però sono di competenza speciale.

Spesso nelle leggi italiane si trova accordato ad enti il diritto di esigere coi privilegi fiscali alcunchè che agli stessi è dovuto per titolo diverso dalla imposta. Con ciò però non si deve intendere estesa anche la competenza speciale stabilita per le contestazioni relative alle imposte. La concessione del diritto di esazione coi privilegi fiscali è fatta allo scopo di porre l'ente in condizione di esigere con rapidità ciò che a lui è dovuto, senza dover subire le lunghe more di un giudizio esecutivo ordinario. Ma la competenza speciale della quale si sta discorrendo non ha l'intento di porre l'ente creditore in siffatte condizioni, ha il solo intento di rimettere alla cognizione di giudici superiori questioni che non si credette opportuno lasciare alla cognizione dei giudici inferiori. La competenza speciale nell'intento del legislatore, se non nei risultati pratici della legge, non è dunque un privilegio accordato dalla legge all'ente creditore, un privilegio che possa essere compreso nel nome generico di privilegi fiscali; è la designazione di un magistrato speciale per le materie che sono in contestazione, designazione che non ha indole diversa dalla designazione di un magistrato speciale per le azioni di danno e guasto, per le azioni possessorie, ecc. E come la designazione speciale per le azioni di danno e guasto, per le azioni possessorie, ecc., non è un privilegio accordato al danneggiato, al possessore, così la designazione di un magistrato speciale per le contestazioni relative alle imposte non è un privilegio accordato al creditore di esse. E se ciò è vero, come non vi può esser dubbio, non vi può esser dubbio che colla concessione del diritto di esazione di ciò che è dovuto coi privilegi fiscali, non viene estesa anche la competenza speciale della quale si sta discorrendo; la competenza resta sempre quella che è propria dell'azione che dall'ente creditore o dal debitore viene fatta valere.

79. Se ognora contribuente ed ente creditore della imposta si trovassero in rapporti diretti fra loro, non vi sarebbe bisogno di una esposizione speciale di principii sulla nozione dell'imposta relativamente al debitore della stessa, dal momento che contribuente e debitore della imposta sono termini equivalenti. Ma per la legislazione finanziaria italiana il diretto rapporto fra contribuente ed ente creditore delle imposte non vi è sempre; spesso fra queste due personalità se ne trova una terza alla quale l'imposta viene pagata dal contribuente e che paga l'imposta all'ente creditore, o perchè essa si è assunto l'obbligo di riscuotere l'imposta e di versarla (esattore), o perchè le si è concesso verso il pagamento di una somma fissa od altrimenti determinata, il diritto di esigere e far propria l'imposta che dal contribuente viene pagata (appaltatore). I rapporti possono essere ancora più complessi. Alle volte fra esattore ed appaltatore ed ente creditore si trova una persona che riscuota per conto dell'ente quanto dall'esattore od appaltatore deve esser pagato (tesoriere, ricevitore); alle volte fra appaltatore e contribuente si trova un subappaltatore, una persona cioè, che per una somma fissa od altrimenti determinata ottiene la cessione da parte dell'appaltatore dei diritti e questi concessi verso il contribuente dall'ente creditore.

Che siano questioni di imposta di competenza speciale quelle che sorgono tra contribuente e colui che si trova in rapporto con lui, sia questi l'esattore, l'appaltatore od il subappaltatore, non può sorger dubbio; l'intermediario null'altro fa che esercitare i diritti dell'ente creditore della imposta, e però li esercita allo stesso modo col quale dall'ente creditore vengono esercitati, e siccome l'ente creditore per poterli esercitare in giudizio ha il diritto ed il dovere di esercitarli avanti la competenza speciale stabilita per le imposte, così avanti questa competenza speciale devono essere esercitati dall'intermediario (2). È indifferente che l'intermediario

(1) Pei consorzi amministrativi fu giudicato che sono sottratte alla competenza dei pretori e dei conciliatori le controversie relative alla tassa di bonifica: App. Napoli, 9 aprile 1880, *Finanze* c. *Mascia* (*Gazz. Proc.*, XV, 404); e 9 agosto 1880, *Finanze* c. *Gaetani* (*Id.*, id., 354).

In contrario fu ritenuto non essere escluse dalla competenza dei pretori le controversie che riguardano il diritto di esigere il contributo consorziale di un fiume: Cass Roma, 6 novembre 1884, *Bajocco* c. *Finanze* (*Corte Supr.*, 1884, 829).

(2) Cass. Napoli, 21 gennaio 1869, *Guadagno* c. *Nea* (*Ann.*, 1869, I, 208); App. Venezia, 30 aprile 1878, *Fedrigo* c. *Puppin* (*Temi Ven.*, 1878, 279); Cass. Roma, 6 novembre 1888, *Burali d'Arezzo* c. *Soscia* (*Corte Supr.*, 1888, 541).

li eserciti prima o dopo di aver egli fatto il pagamento delle imposte all'ente creditore (1), prima o dopo la scadenza dei privilegi fiscali (2). Il titolo, in forza del quale il contribuente deve pagare, è l'imposta, e questo titolo non viene meno dopochè il pagamento del dovuto è stato fatto dall'intermediario, dopochè i privilegi fiscali sono scaduti; la competenza speciale, lo si disse più in su, non è un privilegio fiscale, e però non può comprendersi nella generale dizione di cessazione dei privilegi fiscali dalla legge disposta. Ma il titolo a base del quale l'intermediario agisce deve essere però sempre l'imposta; che se occasionalmente all'imposta, fra intermediario e contribuente o fra intermediario ed un terzo, fosse sorta una obbligazione avente una causa diversa, e tale obbligazione venisse fatta valere in giudizio, non innanzi

(1) Cass. Roma, 23 febbraio 1878, *Finesi* c. *Cinti* (*Foro It.*, 1878, 1, 260); Cass. Roma, 7 maggio 1884, *Bardi* c. *Coppoler* (*Legge*, 1884, 2, 149).

Nella decisione 30 giugno 1879, *Finanze* c. *De Angelis* (*Foro It.*, 1879, 1, 729), la stessa Cassazione di Roma così considerava:

« Attesochè il tribunale abbia riconosciuto che il De Angelis, nella sua qualità di esattore, agiva contro il Demanio, per conseguire con le multe corrispondenti la imposta su di alcuni fondi, i quali, in virtù delle leggi sull'asse ecclesiastico, erano dagli enti intestati soppressi venuti in possesso del Demanio, e che per contro quell'Amministrazione sosteneva alla sua volta non essere a quel pagamento obbligata.

« Ora, data una tale contestazione di lite, ben era di tutta evidenza che tra le parti agitavasi una vera e propria controversia circa la imposta fondiaria, e che il giudizio, a mente degli articoli 6 della legge 20 marzo 1865, Allegato *E*, e 71 ed 84 cod. di proc. civ., non innanzi al pretore, ma dovesse invece istituirsi e svolgersi presso il tribunale civile, per quindi salire in seconda istanza alla regia Corte d'appello. Nè la competenza pretoriale dovrebbe dirsi dimostrata dall'asserzione della sentenza impugnata, la quale ammette che l'esattore, riversando alle casse erariali le imposte dovute dal contribuente moroso, diventi un costui mandatario, e la sua azione giudiziaria non debba altrimenti estimarsi che un'azione *ex mandato*. Imperocchè, senza tener conto che l'esattore non versa all'erario le multe incorse dal debitore per il ritardato pagamento dell'imposta, egli è certo che un esattore eseguc i periodici versamenti anche delle somme non ancora riscosse per soddisfare agli obblighi direttamente addossatigli dalla legge del 20 aprile 1871 e dai capitoli normali approvati col decreto 25 agosto 1876, e d'altra parte egli ricerca il contribuente moroso sul fondamento dell'obbligo che i cittadini hanno di pagare allo Stato le imposte e le tasse che la legge ha sanzionate. Ed è così vero che i contribuenti non possono respingere le domande dell'esattore sul motivo che costui non abbia ancora eseguiti i suoi versamenti, nè possono più essere ricercati dallo Stato se le imposte da essi all'esattore regolarmente pagate non giungano nelle pubbliche casse. »

(2) App. Palermo, 2 agosto 1889, *Piazza* c. *Bonanno* (*Dir. e Giur.*, V, 165); Cass. Roma, 2 febbraio a 3 marzo 1888, *Manigrasso* c. *Scardino* (*Corte Suprema*, 1888, 324; *Legge*, 1888, 1, 688); Cass. Roma, 15 maggio 1894, *Caruso* c. *Cupelli* (*Corte Supr.*, 1894, 219).

Nella decisione 21 agosto 1885, *Fratini* c. *Cacciotti* (*Foro It.*, 1885, 1, 1153), la stessa Cassazione di Roma così considerava:

« Attesochè per la retta e pronta percezione delle imposte la legge assegnò due mezzi. Prescrisse con uno che la cognizione delle controversie relative alle imposte così dirette come indirette fosse sottratta ai giudici inferiori, conciliatori o pretori e deferita con competenza speciale ed assoluta, senza riguardo al valore della causa in prima istanza ai tribunali ed in seconda istanza alle Corti d'appello, art. 6 della legge 20 marzo 1865, allegato *E*, art. 70, 71, 84, 87 del codice di procedura civile. Stabilì coll'altro, per la riscossione delle imposte dirette, un metodo di esecuzione sommamente spedito e privilegiatissimo, legge 20 aprile 1871.

« Che se, mentre compete il procedimento esecutivo eccezionale, il contribuente che voglia impedirlo od arrestarlo sollevando la questione sulla imposta di cui venne addebitato nei ruoli, deve provvedersi col sistema dell'opposizione innanzi al tribunale, premesso il pagamento della imposta medesima per ripetere la somma in caso di vittoria, la cosa, quanto alla competenza, non può essere diversa, cessato che sia per l'esattore il diritto di valersi di quel procedimento. Se, cioè, finito il suo ufficio, questi si faccia a convenire in giudizio colle forme ordinarie il contribuente, pel quale egli abbia anticipato la somma verso la pubblica Amministrazione, nè costui si limiti a dedurre il pagamento od altro simile modo di estinzione del debito d'imposta, ma impugni il debito in sè stesso, sollevando del pari una questione sulla sussistenza o sulle legali modalità dell'imposta da doversi risolvere in questione alle leggi tributarie, la causa rientra necessariamente, non meno che in quel primo caso, nella competenza esclusiva del tribunale, ed a questo dev'essere rinviata dal pretore, cui da principio fosse stata portata sulla misura del valore.

« Che, infatti, sottraendo la legge con formola recisa le controversie sulle imposte dirette od indirette ai giudici inferiori (art. 70 e 71), ed attribuendo con formola generale ed altrettanto assoluta tutte le cause in materia d'imposte dirette o indirette ai tribunali (articolo 84 codice procedura civile), non si può far distinzione sul quando e sul modo con cui esse controversie sorgano, se cioè in linea di opposizione all'iscrizione nei ruoli, o se piuttosto in linea di eccezione alla azione di pagamento istituita dall'esattore dopo perduti i privilegi fiscali per la riscossione. Ciò è altresì conforme al manifesto spirito della legge, la quale, nel creare per le controversie sulle imposte quella competenza esclusiva ed eccezionale, ebbe riguardo, non ai bisogni della pubblica Amministrazione per la certezza della riscossione cui rispondono altri mezzi, ma all' indole ed importanza della questione, che è sempre la stessa per tutti, quando e comunque si susciti. Volle quindi per tal guisa provvedere tanto al pubblico quanto al privato interesse, non solo cioè a quello dell'Amministrazione, quanto anche a quello del contribuente, ed ottenere ad un tempo che in una materia d'interesse così generale vi fosse la minor dissonanza possibile di giudizi e norme; e la giurisprudenza, per la maggiore autorità ed esperienza dei collegi giudiziari e pel loro numero tanto più ristretto di fronte a quello dei giudici singolari, procedesse più uniforme, costante e sicura.

« Che, tenuto tutto ciò presente, non può non cadere il ricorso del Fratini. Esso si sostanzia nel dire che, se per l'art. 71 della legge 20 aprile 1871, modificato dalla legge 30 dicembre 1876, cessati dopo un anno dalla scadenza del contratto di esattoria i privilegi fiscali dell'esattore, i suoi crediti residui diventano privati, trasformata una volta l'imposta in credito privato, come non vi è più imposta, la quale fu già antistata pel contribuente da lui alla pubblica amministrazione, non ha del pari più motivo di sussistere la competenza eccezionale. Così si confondono i privilegi fiscali colla competenza, mentre sono cose che hanno ragioni e scopi diversi. E s'intende perfettamente che colla perdita dei privilegi fiscali il credito dell'esattore debba, rapporto ad essi, considerarsi come un credito privato, conforme si esprime il suddetto articolo 71 della legge sulla riscossione delle imposte, in cui non trattasi che dei privilegi medesimi, senza che perciò l'imposta, che costituisce sempre la causa di quel credito, perda la sua natura ed il suo carattere per gli effetti della competenza, quando sia messa in controversia.

« Che invano il ricorrente ricorda lo avere altra volta questa Suprema Corte mantenuta la competenza del pretore, poichè non apparisce che allora la controversia cadesse sulla sussistenza e sulle modalità dell'imposta.

« Che invece nella specie attuale, siccome ebbe a dichiarare la sentenza denunciata, senza che dagli atti esibiti dal ricorrente nulla si rilevi in contrario, fu impugnata e posta in controversia la tassa in modo da rendere inevitabili indagini ai pretori non consentite. »

Nello stesso senso vedi anche citata Cass. Roma, 23 febbraio 1887, *Finesi* c. *Cinti* (*Foro It.*, 1878, 1, 260).

alla competenza speciale stabilita per le controversie di imposta, ma innanzi al magistrato competente per la obbligazione che vien fatta valere, in base alle norme ordinarie di competenza, la lite dovrebbe agitarsi (1).

L'esame se siano controversie di imposta quelle che sorgono fra intermediario ed ente creditore, o fra intermediario e colui che per conto dell'ente creditore deve esigere dallo intermediario stesso, sarà fatto quando sarà parola della esazione delle imposte. Ma è questo il luogo di decidere se sia questione di imposte quella che sorge fra appaltatore e subappaltatore, ed il carattere di controversia di imposte deve essere escluso per tale contestazione (2). Infatti nessuna imposta è dovuta dal subappaltatore all'appaltatore, le questioni che fra essi possono sorgere non possono essere relative che al contratto fra loro intervenuto, ed a questo contratto sono estranei tanto il contribuente quanto la pubblica amministrazione, le persone cioè in considerazione delle quali il credito ha il carattere di credito per imposta. È d'uopo però non confondere col subappalto quel contratto che può intervenire fra Comuni e consorzii di Comuni che conclusero collo Stato l'abbonamento pel dazio di consumo, e colui che prendesse in appalto la riscossione del dazio oggetto dell'abbonamento: per quante analogie possa avere coll'appalto l'abbonamento è un rapporto giuridico affatto distinto, tanto è ciò vero che nella legge sul dazio consumo i due modi di riscossione della tassa sono distinti. Nell'abbonamento non altro havvi che il trasferimento del diritto di esigere dal contribuente da una ad altra pubblica Amministrazione, ma è sempre la pubblica Amministrazione la creditrice della imposta. Ond'è che nei rapporti fra Comuni o consorzi di Comuni abbonati e colui che prendesse in appalto la riscossione del dazio non vi è un rapporto di subappalto, ma di appalto diretto, e però alle contestazioni che sorgessero fra coloro che figurano come parti nell'appalto non sono applicabili, relativamente alla competenza, i principii or ora esposti pel subappalto, ma quelli che si esporranno in seguito relativamente alle contestazioni fra ente creditore ed appaltatore.

80. Dopo aver determinato la nozione dell'imposta relativamente ai soggetti attivi e passivi delle obbligazioni, è d'uopo determinare quali sono le obbligazioni del privato verso l'ente che sono obbligazioni di imposte dirette od indirette.

La determinazione di ciò che è dovuto come imposta *diretta* non offre difficoltà. Il bilancio del regno, il n. 6 dell'articolo 147 e l'articolo 202 della legge comunale e provinciale danno il mezzo per determinare quali sono le corrisposte dovute allo Stato, alle provincie ed ai Comuni che devono essere comprese sotto la denominazione di imposte dirette: sotto la denominazione di imposte dirette vanno comprese: l'imposta sui terreni, l'imposta sui fabbricati, la imposta sui redditi di ricchezza mobile. Sono queste le sole imposte che colpiscono la ricchezza prediale, fabbricata e mobiliare puramente e semplicemente, perchè esiste ed in quanto esiste (3). Ma il nome di imposte *indirette* è estraneo alle leggi di finanza italiane. È certo che alcuni pagamenti che vengono fatti all'ente non hanno carattere di imposte: per esempio, i frutti dei beni patrimoniali che appartengono all'ente (4), le multe inflitte dalle Autorità giudiziarie od amministrative senza alcun dubbio non sono imposte. È certo che altri pagamenti hanno il carattere di imposte; per esempio, i dazi di consumo interni, i dazi doganali sono indubbiamente imposte. Ve ne sono altri pei quali il carattere di imposte è dubbio; per esempio, le tasse postali e telegrafiche. Ond'è che, per determinare per quali cause abbia luogo e per quali non abbia luogo la competenza speciale, è d'uopo dare un criterio generale che offra il mezzo di determinare scientificamente la nozione di imposte indirette, onde distinguere ciò che deve essere pagato all'ente a titolo di imposta da ciò che deve essere pagato ad altro titolo.

Questo criterio non si può rinvenire che nel carattere tributario di quanto all'ente deve essere pagato: ogniqualvolta havvi il carattere tributario, siano i singoli costretti alla corresponsione verso l'ente senza che la relativa obbligazione sorga in forza di un loro atto, o sorga l'obbligazione in seguito ad un loro atto (5), profitti della cor-

---

(1) Vedi Cass. Firenze, 25 luglio 1872, *Ricci* c. *Vellutini* (*Riv. amm.*, 1872, 27); Cass. Napoli, 19 agosto 1895, *Franco* c. *Zappia* (*Dir. e Giurispr.*, XI, 181).

(2) Cass. Torino, 30 gennaio 1883, *Vargassola* c. *Manara* (*Giur.*, Torino, 1883, 266; Cass. Torino, 30 aprile 1885, *Fortunato* c. *Ambrosi* (*Monit. Trib.*, 1885, 550).

(3) Cfr. Pescatore, *La logica delle imposte*, pag. 183; Boccardo, *I principi della scienza e dell'arte della finanza*, pag. 80 e segg. nella *Biblioteca dell'Economista*, parte III; vol. X, parte I.

(4) Cass. di Napoli, 11 maggio 1869, *Municipio di Altamura* c. *Sabino* (*Giur. It.*, XXI, I, 290).

(5) La Cassazione di Roma, 14 maggio 1878, *Finanze* c. *Baccari (Foro Ital.*, 1878, I, 1166), così considerava:

« Ha considerato che la voce *imposta*, sia essa usata isolatamente come nell'art. 6 della legge sul contenzioso amministrativo e nell'art. 71 del codice di procedura civile, o vada accompagnata dall'altra voce *tassa*, come all'art. 3, n. 5, lettera *a*, della legge 12 dicembre 1875, è adoperata come genere, cioè nel senso di contribuzione, e non già per designare la specie di contribuzione chiamata imposta in senso tecnicamente stretto, e distinta dalla tassa; e così comprende anche la tassa strettamente intesa, cioè ogni retribuzione dei servizi pubblici che i privati ricevono sopra loro domanda. Imperciocchè la ragione per la quale la cognizione delle controversie sulle imposte, nel senso specifico attribuitole nella sentenza impugnata, è esclusa dalla competenza dei pretori e deferita a quella dei tribunali, qualunque ne sia il valore, vale egualmente per le tasse nel duplice rapporto dell'indole difficoltosa e dell'interesse sociale della materia; come in modo specialmente luminoso risulta nelle controversie sopra una tassa di registro, che pur si paga in compenso del servizio speciale che lo Stato rende a chi lo richiede, di accertare la data e assicurare la conservazione dell'atto, e che nella sua eccedenza sulla spesa costituisce una propria e vera entrata pubblica, destinata alla soddisfazione dei bisogni dello Stato. Nè altrimenti va la bisogna in tutte le altre tasse che si pagano pei servizi che lo Stato rende ai particolari, in ordine, sia alla sicurezza pubblica esterna o interna, sia alla prosperità pubblica intellettuale e morale o materiale; nella quale ultima categoria, fra le tasse di monetazione, sui pesi e le misure, sulle strade ferrate, le poste e i telegrafi, è saputo che si comprende per quella pel marchio dei metalli preziosi. E che questo sia il pensiero legislativo, è testualmente confermato dalla disposizione dell'articolo 3 della legge 12 dicembre 1875, che deferì alla cognizione della Corte di cassazione di Roma i ricorsi nei quali fosse denunziata la violazione o la falsa applicazione delle leggi sulle imposte o tasse dello Stato, dirette o indirette. Imperciocchè le due voci si sono adoperate per dare alla disposizione la massima ampiezza, da comprendere tutto il corpo delle leggi finanziarie, la interpretazione delle quali si volle affidata alla Corte di cassazione perchè si formasse intorno ad esse uniforme giurisprudenza per ragione dell'interesse pubblico erariale.

risposta l'ente in modo diretto introitando egli quanto viene corrisposto, o ne profitti in modo indiretto a mezzo dei suoi impiegati i quali si approprino a titolo di emolumento quanto viene pagato (1), competa la corresponsione in danaro od in altre cose aventi un valore, havvi sempre la materia di imposta la cui cognizione spetta alla competenza speciale; mancando tale carattere sia pure che l'ente ritragga un beneficio economico da quanto gli viene corrisposto, beneficio che rivolge a provvedere ai bisogni della sua esistenza la materia di imposta manca, e però havvi la competenza ordinaria. Ed il carattere di ciò che viene pagato risulta o da che quanto viene corrisposto non è corrisposto in seguito ad un servizio speciale che rende l'ente alla persona stessa che paga individualmente considerata, o dalla nessuna relazione fra il costo del servizio speciale che viene reso e ciò che viene pagato, o dalla potenzialità di una calcolata notevole sproporzione a profitto dell'ente fra il costo del servizio speciale che viene reso e ciò che viene pagato.

È materia di imposta, dacchè quanto viene corrisposto non è corrisposto in seguito ad un servizio speciale che rende l'ente alla persona che paga individualmente considerata, ciò che è relativo alle tasse sulle società per azioni, alla tassa sulle assicurazioni e sui contratti vitalizii, alla tassa sui contratti di borsa, alla tassa di manomorta, alla tassa sulle successioni, alla tassa sul prodotto del movimento a grande ed a piccola velocità sulle ferrovie, alla tassa di bollo per alcuni atti, alla tassa di consumo (tassa di fabbricazione degli spiriti, della birra, delle acque gazose, della polvere da sparo, della cicoria preparata, dello zucchero indigeno, dell'olio di semi di cotone, dei fiammiferi, dogane e dazi interni di consumo tanto governativi che comunali) (2), ai diritti marittimi ed ai diritti sanitarii, alla tassa di verificazione dei pesi e misure, alla tassa sulle sentenze penali, alla tassa di esercizio e rivendita (3), alla tassa di famiglia o fuocatico, alla tassa sulle vetture pubbliche e private, alla tassa sui domestici, alla tassa sul valore locativo delle abitazioni e loro dipendenze, alla tassa sulle fotografie, alla tassa sul bestiame, alla tassa sulle bestie da tiro, da soma e da sella, alla tassa sui cani, alle prestazioni in natura per la costruzione e sistemazione delle strade comunali (4), a ciò che è dovuto per contri-

---

« Quando adunque la Corte di appello interpretava la disposizione ultima dell'art. 71 del codice di procedura civile in senso cotanto ristretto, d'attribuire alla competenza dei pretori l'applicazione delle leggi sulle tasse, o come essa le chiama, *sui proventi del servizio pubblico*, definendoli *utili speculati dal Governo prodotti dell'opera di esso*, e negando che essi, per la tenuità del vantaggio che procuravano all'erario, costituiscono fonte di entrata pubblica per lo Stato, ne sconosceva il significato letterale e lo spirito. »

(1) La Cassazione di Roma, nella decisione 21 giugno 1887, *Carignano* c. *Tofani* (*Foro Ital.*, 1887, I, 1053), così considerava:

« Osserva, in punto di diritto, che tutto ciò che un conservatore delle ipoteche esige, per la legge sulle tasse ipotecarie ed emolumenti, tassa e lo esige a titolo di tassa.

« In principio generale può dirsi che, ogni qualvolta vi sia una somma a riscuotere da singoli contribuenti, una materia od un atto riconosciuti come un imponibile, una legge che la imponga, un funzionario pubblico preposto ad esigerla, si ha allora una tassa od imposta. Tutte queste condizioni che la costituiscono, concorrono appunto nel caso concreto e ciò che il conservatore delle ipoteche riscuote a norma della tariffa annessa alla legge suindicata è dunque una tassa.

« Non vale che la legge stessa denomini *emolumento* ciò che il conservatore riscuote secondo la tariffa ora enunciata. Il nome non cangia la sostanza; e la sostanza è che anche per l'emolumento si ha per imponibile un atto, si ha una legge che inculca la riscossione, e si ha un pubblico funzionario che esige a nome dello Stato. Nulla, difatti, può esser dovuto dai singoli contribuenti a titolo di tassa od imposta, se non nell'interesse dello Stato, e a nome di lui, o dell'ente Comune o provincia, in quanto sia loro conferito il potere di votare un'imposta o una tassa.

« Non vale obbiettare neppure che gli emolumenti non siano una tassa, perchè sono dovuti ai conservatori delle ipoteche, o, altrimenti, perchè sono da esso loro percepiti. Anche ciò non cangia l'indole e la sostanza dell'emolumento, la quale fu sopra caratterizzata. Nel rapporto del contribuente e del conservatore, l'emolumento è riscosso a nome dello Stato, ed è una tassa; nel rapporto dello Stato e del conservatore, l'emolumento è a questo imputato come stipendio, e come tale lo percepisce, ma soltanto in rispetto allo Stato. Ma, in questo secondo rapporto di diritto fra costui e il conservatore delle ipoteche, rimane estraneo chi paga l'emolumento; egli resta sempre un contribuente dello Stato, obbligato a pagare una data somma a titolo di tassa verso lo Stato. E se l'emolumento è percepito prima dal contribuente, e poi lasciato al conservatore come stipendio, ciò vale a dimostrare, in modo non dubbio, come sia esso una tassa, o per lo meno un equivalente di essa; perchè appunto per le tasse riscosse paga lo Stato gli stipendi, ed è appunto pagamento di stipendio l'emolumento. Anche l'*aggio*, difatti, sulle tasse ipotecarie costituisce altra parte di stipendio del conservatore, e non perciò potrà dirsi che non sia una parte di stipendio percepito sopra una tassa. L'uno e l'altro provento del conservatore si equivalgono, e ritengono la medesima natura, perchè sono di una identica sostanza.

« Osserva che cotesta identità di natura, dimostrata sin qui, ci risulta anche dalle disposizioni tassative ed esplicite della legge del 1874.

« Essa parifica le tasse ipotecarie e gli emolumenti dovuti per la tariffa che vi è annessa. Li parifica quando, nell'art. 12, dispone che il richiedente è tenuto « all'anticipazione delle tasse ipote- « carie e degli emolumenti dovuti ai conservatori per ciascuna for- « malità, operazione e spedizione richiesta agli uffici delle ipote- « che ». Li parifica quando, nello stesso articolo, dispone che i richiedenti sono tenuti in solido, non solo pelle tasse, ma anche pegli emolumenti. Li parifica finalmente quando, nell'art. 22, dispone che alla retribuzione dei conservatori si provvede « colla percezione degli emolumenti e colla partecipazione, ossia coll'aggio sulle riscossioni delle tasse ipotecarie, nelle proporzioni stabilite nell'articolo 25 della presente legge ».

« E quest'ultima disposizione spiega la ragione onde un'identica tassa fu espressa con diverso nome; e la ragione sta in questo, che con la diversità di nome si volle distinguere unicamente le somme riscosse su cui il conservatore percepisce un aggio, da quelle che gli sono devolute intere, cioè per causa di emolumento.

« Si tratta, adunque, di lite che ha per obbietto una tassa; e però la competenza, per ragione di materia, è esclusivamente del tribunale, secondo prescrive l'art. 84 cod. proc. civile ».

(2) Vedi Cass. Torino, 29 dicembre 1885, *Capurro* c. *Rivarola* (*Giur.*, Torino, 1886, 166); Cass. Roma, 14 dic. 1891, *App. daz. cons. in Foligno* c. *Chiodo* (*Giur. It.*, 1892, I, I, 63).

(3) Trib. Cuneo, 11 ottobre 1878, *Goli* c. *Com. di Vinadio* (*Giur.*, Torino, 1879, 23).

(4) Per le controversie su queste materie che non sono devolute alla competenza speciale del conciliatore, delle quali si è discorso al n. 53, fu giudicato che sono devolute alla competenza speciale del Tribunale. Pretura Fiamignano, 23 febbraio 1883, *Maoli* c. *Lucarelli* (*Mon. Pret.*, 1883, 136); Pret. Pont Canavese, 13 gennaio 1891, *Canavesio* c. *Comune di Ronco* (*Mon. Pret.*, 1891, 88); App. Casale, 2 aprile 1892, *Com. di Castelletto d'Orba* c. *Bertania* (*Giur. Cas.*, 1892, 409).

buto che per regolamento comunale debitamente approvato deve ogni possidente del Comune pagare a ragione della sua proprietà per rimborsare il Comune delle spese fatte nell'interesse dell'agricoltura locale, come costruzione e manutenzione di opere, canali, strade, ecc., il tutto secondo gli stanziamenti del bilancio e mediante ruoli approvati e rimessi all'esattore per la riscossione coi privilegi fiscali (1), a ciò che viene imposto ai singoli componenti di un ente al quale è riconosciuto dalla legge il diritto di imporre, e però alle tasse consorziali pei consorzi amministrativi, alle tasse imposte dai Collegi degli avvocati, procuratori, notai (2).

È materia di imposta, dacchè non havvi alcuna relazione fra il costo del servizio che vien reso e ciò che viene pagato, ciò che è relativo alla tassa di registro, alla tassa di bollo per gli atti che non entrano nella categoria precedente, alla tassa in surrogazione a quelle di bollo e registro, alle tasse ipotecarie ed agli emolumenti dei conservatori (3), alla tassa per concessioni governative, alla tassa di monetazione dei metalli ed a quella del marchio pei metalli preziosi, ai diritti delle legazioni e dei consolati all'estero ed in via generale ai diritti di segreteria, alla tassa di entrata nei musei, gallerie e scavi, alla tassa per occupazione di spazii ed aree pubbliche (4).

---

(1) App. Torino, 2 agosto 1882, *Com. di Palazzolo* c. *Sala* (*Giur.*, Torino, 1883, 79).

(2) Per ciò che concerne la tassa imposta dalle Camere di commercio si è veduto più sopra che la competenza per le cause relative alla tassa stessa è regolata da norme speciali.

(3) V. Cass. Roma, 21 giugno 1887, riportata alla nota 1 della pagina precedente.

(4) Contrariamente a questo principio la Cass. di Napoli, 8 novembre 1873, *Gengaro* c. *Loschi* (*Legge*, 1874, I, 122) aveva giudicato che non essendo tale corresponsione tassa, nè fitto, la competenza per le questioni relative alla stessa era l'ordinaria; ma la giurisprudenza posteriore ha accolto il principio affermato nel testo. La Cass. di Torino nella decisione 15 maggio 1878, *Delfino* c. *Molinari* (*Foro It.*, 1878, I, 722) così considerava:

« Attesochè l'art. 118, n. 3, della legge comunale e provinciale 20 marzo 1865, conforme al 113 della legge precedente dispone: « Potranno i Comuni nel caso d'insufficienza delle rendite loro, « nei limiti ed in conformità delle leggi, imporre una tassa per la « occupazione di spazi ed aree pubbliche, con che sia unicamente « ragguagliata all'estensione del sito occupato e all'importanza della « posizione;

« Attesochè, stando al senso letterale di tale disposizione, la tassa di cui vi si parla non sarebbe una imposta vera, quale è intesa secondo i principî della scienza economica, ma un fitto, dipendente da locazione, secondo che questa è definita dall'art. 1569 del cod. civ.;

« Che, di vero, *imposta* si chiama ed è, come ne insegnano gli economisti, quella porzione della privata ricchezza o, in altri termini, quella porzione dei beni dei singoli cittadini che lo Stato o il Comune (quando questi vi sia debitamente autorizzato) preleva per le spese a lui necessarie ad adempiere a quegli obblighi che ha verso il corpo sociale e che costituiscono il fine della istituzione sua medesima. Perciò fra i caratteri propri dell'imposta si notano questi due: che essa deve cadere sovra un valore o sovra una ricchezza del singolo cittadino, e colpirlo in una quota eguale per tutti; che essa dev'essere indipendente da qualunque servizio o cosa che il singolo cittadino riceva in particolare dallo Stato o Comune, ma sia creata, dovuta e riscossa all'unico fine di provvedere ai servizi che lo Stato o Comune deve alla generalità dei cittadini tutti quanti. Ora, siccome la tassa di cui parla il surriferito articolo 118 della legge dev'essere ragguagliata non al valore della derrata o del commestibile, ma unicamente alla estensione del luogo occupato da quelle merci e alla importanza della posizione, nè parrebbe che sia stato intendimento del legislatore di colpire la merce o il valore o ricchezza del cittadino, ma di esigere un corrispettivo del godimento, che permette gli si conceda, di parte del suolo pubblico; non sarebbe quindi un'imposta, mancandone uno dei caratteri essenziali, ma un fitto;

« Atteso però che, dove più addentro si consideri ogni cosa, si è condotti a diversa intelligenza di quella disposizione di legge.

« E prima considerazione a farsi è quella che le piazze o strade sono dette spazi od aree o suolo pubblico se, e perchè, e insino a che sieno destinate a quel pubblico uso al quale ogni singolo cittadino ha un eguale diritto. Come tali non fanno parte dei beni patrimoniali dello Stato o del Comune; sono fuori del commercio ed inalienabili (art. 426, 427, 428, 430, 432 cod. civ.), e non ponno quindi, a senso dell'art. 1116, formare oggetto di contratto. Ciò pone già in guardia a non accogliere facilmente l'idea che la legge abbia voluto concedere ai Comuni di locare parte del suolo pubblico piuttosto che di creare un'imposta.

« Poi altra considerazione a farsi si è che l'uso, la destinazione di una piazza o strada pubblica può per legge speciale, e secondo l'art. 432 del codice civile, venir modificato e regolato secondo che il maggior interesse generale consiglia. E questo appunto avviene se la piazza o strada è specialmente destinata al più facile e comodo convegno dei cittadini, e al fine che chi ha derrate o commestibili da vendere si trovi a più facile e pronto contatto con coloro cui preme urgente e quotidiano bisogno di comprarne; dal quale contatto la merce acquista quel diverso e maggiore valore o prezzo che è determinato dalla maggiore o minore concorrenza degli uni o degli altri, e che pur essa diventa valore imponibile. E tale felice condizione del mercato si accresce se per la esposizione del commestibile e derrate sia assegnata una parte determinata della piazza o strada; perocchè torna allora più ordinato, e quindi più comodo e pronto, agli uni il vendere, agli altri il comprare. Da ciò due conseguenze: l'una è che la destinazione d'una parte del suolo pubblico all'occupazione dei commestibili e derrate non implica di per sè una locazione della stessa, non potendone nemmeno il suolo pubblico esser soggetto, ma è una misura regolamentare che limita l'esercizio del diritto che ha il singolo cittadino al libero ed uguale uso del suolo medesino, sia egli espositore e venditore della merce o compratore; e ciò in compenso di altri vantaggi che tutti egualmente ne ottengono. L'altra conseguenza è che la tassa per la occupazione anzidetta non ha nè può avere legittima ragione dall'occupazione e dal godimento di parte del suolo pubblico, avendovi ogni cittadino eguale diritto, ma dal maggior valore che per la discorsa felice condizione del mercato acquista la merce, maggior valore che, come si disse diviene materia imponibile.

« Nè per chi ben consideri può fare ostacolo l'avere la legge prescritto che la tassa sia ragguagliata unicamente alla estensione del luogo occupato ed all'importanza della posizione, non al valore della merce.

« A questo proposito devesi riflettere innanzi tutto che il valore imponibile di una merce qualsiasi si desume dalla qualità sua e dalla quantità, e questa nella più parte de'casi ne costituisce anzi il principale elemento di tassazione, mentre, trattandosi di merci di valore tenue intrinseco, la qualità di esse vi è il più spesso trasandata. L'elemento poi della qualità comunemente si determina coi naturali criteri del peso o della misura.

« Ciò posto, pongasi mente alle innumerevoli quantità di derrate e commestibili d'ogni specie che si portano sul pubblico mercato, la maggior parte delle quali di minima importanza e di minimo valore; pongasi mente alla necessità di contrattazioni pronte, e che rapidamente si devon compiere, secondo che l'urgenza del bisogno dei cittadini richiede; e dopo ciò torna ben facile il comprendere che, se il valore imponibile derivante dall'elemento quantità si avesse ad ottenere col peso o colla misura delle infinite e minute cose che talvolta ingombrano la piazza o strada, le necessarie e relative operazioni sarebbero così lunghe, fastidiose, vessatorie, odiose, da produrre il deplorabile effetto di presto fugare dal mercato i venditori tutti quanti e i compratori;

È materia di imposta, dacchè havvi la potenzialità di una calcolata notevole sproporzione a profitto dell'ente fra il costo del servizio speciale che viene reso e ciò che viene pagato, ciò che è relativo ai monopolii dei tabacchi (1), del sale e del lotto pubblico (2). all'esercizio con privativa direttamente o mediante appalto del diritto di peso pubblico in occasione di fiere o mercati.

In questa classificazione non trovarono posto le tasse po-

« Non è dunque possibile, in siffatta condizione di cose, lo adottare il più comune e più razionale e sicuro criterio del peso e della misura, per avere dall'elemento quantità il valore imponibile di merci cotali e tante.

« È forza sceglierne altro, che, in qualunque modo, ancorchè imperfettissimo, possa soccorrere al bisogno, e sia facile, pronto, non molesto o vessatorio; e poichè della quantità della cosa è pur un segno la superficie che occupa, così la legge, trasandato l'elemento della qualità, che per le merci di che si tratta tornava di minima importanza, ed attenendosi al solo elemento quantità, adottò come criterio di misura di questa la estensione del suolo occupato; e coll'articolo 118, n. 3, prescrisse che sia la tassa ragguagliata alla medesima. Così intese le cose, la tassa presenta quel carattere proprio costitutivo della imposta, che sta nel colpire un valore, una ricchezza privata del cittadino, e di ragguagliarsi, per quanto è possibile, al valore stesso.

« E siccome tale tassa non è autorizzata se non per essere consacrata a quei servigi che il Comune deve alla generalità dei cittadini tutti quanti, e non è riscossa come corrispettivo di un servizio particolare che il Comune presti ad uno o più dei medesimi, così essa ha pur l'altro caratteristico elemento che fu sovra indicato. E come imposta è tale tassa considerata dalla legge e qualificata; come imposta è pur disciplinata per la necessità di quella autorizzazione (articolo 138, n. 6), che non sarebbe necessaria se si trattasse di fitto (art. 137, n. 3). Il perchè dinanzi a legge cotale, la quale, rettamente intesa, non contrasta ma armonizza coi principî della scienza economica, il magistrato pure non può considerarla che quale vera imposta; e tale essendo, è interdetto ai conciliatori e pretori il giudicarne, e riservato solo ai tribunali, secondo il chiaro disposto degli articoli 70, 71 e 84 del codice di procedura civile. Il perchè il pretore del Sestiere Portoria di Genova, che diversamente ritenne e decise, considerando la tassa medesima come un fitto, falsamente interpretò il n. 3 dell'art. 118 della legge comunale e provinciale 20 marzo 1865, non che gli articoli 432 e 1569 del codice civile, come è detto nel ricorso del Delfino, e la sentenza sua denunziata vuol essere quindi cassata. »

E la Cass. di Firenze, 20 maggio 1895, in causa *Michelini* c. *Soc. op. di m. s. di Arzignano* (*Foro It.*, 1895, I, 939):

« Attesochè coi due mezzi di ricorso si afferma che non sia vera tassa quella che dal Comune si percepisce per la occupazione degli spazi e delle aree destinate al pubblico uso, ma invece il corrispettivo del godimento in natura del prodotto dei proprii beni, come ogni altro reddito che potrebbe ricavare dal fitto dei cespiti del suo patrimonio; che in ogni caso, se non si voglia ritenere tassa non sfuggono le questioni per essa insorte alla competenza ordinaria del pretore, poichè l'art. 71 cod. proc. civ. ha esclusivamente riguardo alle tasse che si percepiscono per conto dello Stato.

« Attesochè l'art. 147 della legge comunale e provinciale 10 febbraio 1889, che permette ai Comuni di concedere ai privati la occupazione degli spazi e delle aree pubbliche, definisce tassa la contribuzione che per essa viene percepita.

« Attesochè oltre della legge sta il fatto che essendo gli spazi e le aree pubbliche destinati al pubblico uso, sono analogamente a quelli appartenenti al pubblico demanio sottratti al commercio, e non potendo perciò far parte del patrimonio del Comune, l'Amministrazione non può disporre che *jure imperii* per sottrarli alla loro destinazione, e, concorrendo ragioni economiche, permettere che all'uso di tutti si sostituisca la occupazione di un solo. La contribuzione, in tal caso, che il privato soddisfa in proporzione del terreno da lui occupato e dell'utile che gliene viene, non può ritenersi corrisposta altrimenti che come tassa per la ottenuta concessione, non come effetto di un contratto, quale la locazione, che prende il suo fondamento nel titolo di privata proprietà.

« Erroneo è quindi il concetto che si trae dall'art. 141 della medesima legge, per ritenersi che sia la somma che si paga il corrispettivo del godimento in natura del prodotto dei propri beni, giacchè ha l'articolo stesso riguardo ai cespiti costituenti il patrimonio del Comune, mentre l'art. 147 ha di mira i beni che sono destinati al pubblico uso, pei quali a norma dell'art. 432 codice civile il potere dell'amministrazione comunale è limitato a stabilire le condizioni ed il modo di detto uso.

« Attesochè, ritenuto che nella specie della causa trattasi di tassa, non è a dubitarsi che le controversie a cui dà luogo entrino nella competenza del tribunale, qualunque sia il valore pel quale si contende; imperocchè l'art. 71 codice procedura civile non fa alcuna distinzione fra tasse erariali e comunali; le comprende tutte, e non poteva fare diversamente senza alterare l'organismo di tutto il sistema tributario, alla cui garentia quella eccezionale disposizione è esclusivamente dettata, così nello interesse delle Amministrazioni, come in quello maggiore dei contribuenti. »

(1) Costituendo il monopolio dei tabacchi una forma di imposta, le controversie relative alla privativa, coltivazione e vendita sono sottratti alla cognizione dei pretori: Cass. Roma, 11 luglio 1891, *Finanze* c. *Rocca* (*Ann.*, 1891, I, 97).

La privativa, coltivazione e vendita dei tabacchi costituiscono per lo Stato una imposta indiretta, e però le controversie che insorgono per l'applicazione della legge e dei regolamenti che a detto monopolio si riferiscono, sono escluse dalla competenza dei pretori. Tali sono le questioni concernenti gli obblighi di coloro che si rendono fidejussori di chi abbia licenza di coltivare tabacco: Cass. Roma, 25 gennaio 1893, *Finanze* c. *Mancini* (*Ann.*, 1893, I, 28).

La stessa Cassazione di Roma, 12 gennaio 1888, *Finanze* c. *Majorano* (*Legge*, 1888, I, 469), così ragionava:

« Considerando che non è cosa da mettersi in dubbio che il monopolio dei tabacchi sia un sistema creduto più utile per la esazione delle imposte su questa ricca materia di consumo, come è provato dalle leggi e dai regolamenti che lo regolano, e in ispecie dalla penalità contravvenzionale che ne esclude la patrimonialità e ne mette in rilievo la pubblicità quale provento erariale tributario, come non è negato dalla stessa valorosa difesa dei resistenti, la quale cercò invece di portare la questione sopra altro terreno, quello di dire che l'azione spiegata dai suoi difesi non sia che un seguito continenziale della causa contravvenzionale trattata dal pretore come rivalsa di danni ed interessi; cosa però che non sta in fatto, essendosi spiegata un'azione principale di pagamento di foglie sottratte per il discarico accordato dall'art. 113 del regolamento 27 ottobre 1879.

« La quale cosa rende il carattere tributario a quanto concorre per formare il sistema monopolistico della esazione di questa imposta, e la moderazione di ciascuno dei suoi elementi, sia pure convenzionale, conduce nei suoi risultati all'aumento o diminuzione di questo provento erariale, per modo che le questioni che ciascuno di essi elementi presenta, non possono non dirsi relative alla imposta.

« Ora è certo che fra gli elementi costitutivi del monopolio dei tabacchi va compresa la concessione della coltivazione privata di questa pianta, che è regolata da speciali disposizioni legislative, fra le quali sta quella del discarico messo in questione nella causa, da risultare manifestamente la relatività di questa questione alla imposta dei tabacchi e la incompetenza pretoriale ».

(2) La Cassazione di Roma, 25 aprile 1895, *Direzione del lotto di Milano* c. *Margonari* (*Legge*, 1895, I, 697), così considerava:

« Che, avendo il lotto pubblico come privativa dello Stato qualità e fini finanziari, riveste carattere d'imposta indiretta, e quindi le controversie relative alla intelligenza ed applicazione delle leggi regolatrici del suo ordinamento comprendonsi fra quelle di cui nell'invocato articolo 70 cod. proc. civ. e nell'art. 6 della legge sul contenzioso amministrativo.

stali e telegrafiche. È ben vero che le poste ed i telegrafi costituiscono un monopolio dello Stato, ma non basta che vi sia un monopolio dello Stato perchè quanto viene pagato all'ente che gode del monopolio stesso debba essere considerato imposta. Perchè il monopolio può avere un duplice scopo principale. Può avere uno scopo fiscale, sia o no allo scopo stesso subordinato uno scopo di servizio pubblico; ed allora ciò che concerne questa materia è imposta, perchè havvi la potenzialità di una calcolata notevole sproporzione a profitto dell'ente fra il valore di ciò che all'ente vien dato, ed il valore di ciò che dal privato vien pagato. Può avere uno scopo di servizio pubblico, sia o no allo stesso subordinato uno scopo fiscale; ed allora, siccome le considerazioni del servizio pubblico impediscono la potenzialità della notevole sproporzione or ora accennata, viene a mancare il carattere di imposta, esso ha piuttosto il carattere di correspettivo. Le poste ed i telegrafi sono organizzati in monopolii non già a scopo fiscale, ma a scopo di servizio pubblico; lo scopo fiscale, se vi è, allo scopo del servizio pubblico è subordinato. Sono queste le considerazioni che determinano gli scrittori di scienza della finanza a collocare i proventi dei servizi postale e telegrafico non già fra i proventi delle imposte e delle tasse, ma fra quelli che vengono chiamati entrate acquisizionali dello Stato, formanti un solo tutto coi proventi che lo Stato ricava dal servizio ferroviario là dove le ferrovie sono esercitate dallo Stato (1).

Nella classificazione anzidetta non ha trovato posto nemmeno quanto viene pagato dai privati allo Stato per derivazioni di acque pubbliche. È vero che fu classificato fra le imposte indirette ciò che deve essere pagato per occupazione di aree o suolo pubblico ma il caso di concessione di derivazione di acque pubbliche coll'occupazione di aree o suolo pubblico non ha che una apparente analogia. Infatti nella occupazione di aree o suolo pubblico non havvi alcunchè che, più non servendo allo scopo pubblico, si stacchi dal rimanente e divenga patrimoniale; il suolo pubblico resta suolo pubblico non ostante l'occupazione. Ma nella derivazione di acque pubbliche, l'acqua che viene concessa per la derivazione è riconosciuta dalle Autorità amministrative come non servente più allo scopo pubblico, di conseguenza, a termini dell'art. 429 del codice civile diviene patrimoniale, e però quanto per la derivazione viene pagato non è più una imposta, ma un correspettivo di cosa patrimoniale che dallo

---

« Che la questione sollevatasi tra l'Amministrazione ricorrente ed il Margonari quantunque ristretta alla verifica del numero controverso, se leggonsi sul biglietto da costui posseduto per 75 o per 78, includeva l'altra, se il vizio imputato al biglietto costituiva per l'amministrazione un legittimo motivo di rifiutarsi al pagamento della vincita, ai termini dell'art. 18 del regio decreto 10 aprile 1881, cosicchè di questo decreto veniva in causa la intelligenza e l'applicazione.

« Che perciò la domanda di pagamento avanzata dal Margonari fu incompetentemente recata al foro del giudice conciliatore, ed evidente era la violazione del citato art. 70, per avere il conciliatore prima, e poscia il pretore pronunziato in materia d'imposta indiretta non ostante la eccepita declinatoria. »

(1) Nel senso esposto nel testo fu giudicato dal pretore del secondo mandamento di Milano, 20 settembre 1894, *Min. poste e telegrafi* c. *Valdata* (*Mon. Trib.*, 1894, 963).

In senso contrario havvi una decisione dell'App. di Genova, 28 aprile 1894, *Min. poste e telegrafi* c. *Delfiandra* (*Foro It.*, 1894, I, 963), così motivata:

« Attesochè il tribunale fonda lo emesso giudizio della propria incompetenza sulle considerazioni che la somma di lire 6, chiesta dall'Amministrazione delle poste e telegrafi, non rappresenta una tassa fissa e prestabilita a favore dell'erario, ma un rimborso di spese per compenso a chi è stato incaricato della consegna del telegramma spedito per conto del convenuto; che, ciò stante, non occorre per la risoluzione della causa decidere se le tasse che si ripagano per la spedizione dei telegrammi siano da considerare come imposte, in quanto nel caso attuale non si tratterebbe di tassa, ma di spesa, come si deduce dagli articoli 30, 31, 48 del regolamento annesso al regio decreto 7 luglio 1891; che quindi non trattandosi di pagamento d'imposte, ma di rimborso di spesa, non potrebbe applicarsi l'art. 84 codice procedura civile.

« Attesochè la Corte osserva, al contrario, che a definire l'attuale controversia sia di necessità anzitutto lo esaminare e decidere se sotto la voce « imposte dirette ed indirette » si comprendano anche le tasse ed in ispecie le tasse telegrafiche agli effetti della competenza, avvegnachè pel disposto dell'art. 71 codice procedura civile sono escluse dalla competenza dei pretori le controversie sulle imposte dirette o indirette, ed a termini del disposto dallo art. 84 stesso codice i tribunali civili conoscono in prima istanza di tutte le cause in materia d'imposte dirette o indirette, qualunque ne sia il valore.

« Attesochè, trovandosi nella legge usata unicamente la parola imposta « diretta o indiretta », è forza indurne che la stessa abbia ad intendersi nel suo più ampio e generale significato, e che perciò comprenda anche quei tributi, contribuzioni, tasse, che pure si pagano dai cittadini allo Stato, al potere sociale, onde porlo in grado di aver mezzi da soddisfare ai suoi doveri; se la vera e propria imposta altro non è che una proporzione dell'individuale ricchezza che lo Stato ha la prerogativa di prelevare allo scopo suddetto di poter adempiere i suoi fini ed i suoi obblighi verso la società, non è meno vero che fra i coefficienti di questi mezzi si annoverano altresì le tasse strettamente intese, i proventi dei pubblici servizi, quelle somme che si pagano dai privati allo Stato per retribuzione di servizi pubblici che essi ricevono dietro loro domanda, fra le quali quindi evidentemente vengono le tasse per telegrammi, poichè il Governo assunse esso il monopolio dell'istrumento telegrafico.

« Attesochè, conseguentemente, anche per conoscere delle controversie in materia di queste tasse la competenza è tolta ai pretori ed è deferita ai tribunali civili, qualunque ne sia il valore. E la ragione della legge appoggia indubbiamente la tesi, avvegnachè sia per le vere imposte che per le tasse, le quali però in molte leggi si trovano usate promiscuamente con le imposte, sta l'indole difficoltosa e l'interesse speciale della materia.

« Attesochè, stabilito dunque ciò, in cui il tribunale non credette di dover pronunziarsi, che nella parola « imposta diretta o indi- « retta », usata dal legislatore nell'art. 84 surriferito, vanno comprese anche le tasse, e perciò quelle che si pagano per la trasmissione dei telegrammi telegrafici, facile ne discende la risoluzione della questione in ordine alle spese chieste, in base al regolamento, dall'Amministrazione appellante per lo espresso occorso per far pervenire a destinazione il telegramma in questione, che fu rifiutato. Se la cognizione delle questioni in ordine alla tassa di quel telegramma appartiene alla competenza speciale del tribunale civile, lo stesso deve pur conoscere di quelle spese, la cui natura si immedesima con quella delle tasse, anch'esse prescritte dal regolamento, si presentano un accessorio, un' appendice, una conseguenza di quel servizio speciale reso dallo Stato ai particolari, il quale supplemento è anche dalla legge speciale chiamato tassa complementare da pagarsi dal destinatario, e se non pagata da lui, o non trovato, deve essere completato dallo speditore (Vedi segnatamente gli art. 56, n. 7, e 31, n. 1, del regolamento telegrafico internazionale di Parigi, cui fu data piena ed intiera esecuzione nel regno con regio decreto 7 luglio 1891, n. 461). »

Incidentalmente anche la Cassazione di Roma nella surriferita decisione 14 maggio 1878 (a pag. 293, nota 5) affermava che ciò che viene pagato per il servizio postale e telegrafico è tassa.

Stato viene ceduta. E quanto viene pagato per le derivazioni non è dalla legge 10 agosto 1884, n. 2644, sulla derivazione di acqua pubblica chiamato *imposta* o *tassa,* ma semplicemente *canone,* parola che indica l'indole giuridico-privata della prestazione. Ma è il solo canone che non è imposta, non già quanto deve essere corrisposto allo Stato a titolo di tassa per la concessione governativa, di cui al n. 22 della tariffa annessa al testo unico 13 settembre 1874, numero 2036, delle tasse per le concessioni governative; questo pagamento è fatto a titolo di vera e propria imposta.

81. Determinato cosa si deve intendere per imposta, onde esaurire l'argomento della competenza speciale in materia di imposte, è d'uopo determinare quali sono le controversie sulle imposte dirette ed indirette.

Le leggi di imposta, come le altre leggi tutte, stabiliscono dei principî astratti, i quali, acciò si riesca ad attuare lo scopo che ebbe il legislatore nel dettarli, hanno d'uopo di essere applicati. Di conseguenza devono essere considerate controversie di imposta quelle nelle quali si discute su leggi di imposta (1), nelle quali è d'uopo portare l'esame sulle leggi che si riferiscono al diritto di imporre (2), la risoluzione delle quali non può altrimenti avvenire che applicando una legge di imposta (3), nelle quali si discute sulla legittimità dei mezzi pratici attuati per l'avveramento della legge (4). Anche per le leggi di imposta è necessario determinarne il significato ed applicarle; e però sono controversie di imposta quelle relative all'interpretazione ed applicazione di una legge di imposta (5).

82. Perchè l'ente riscuota quanto deve riscuotere, è necessaria la determinazione dell'oggetto imponibile e della persona che è obbligata al pagamento della imposta, la determinazione di quanto deve essere pagato, l'incasso della somma.

Che siano controversie relative ad imposte di competenza speciale quelle nelle quali si contende sulla determinazione dell'oggetto imponibile o della persona che deve pagare l'imposta, non può esservi dubbio, solchè si consideri che in tanto il diritto di imporre può essere attuato in quanto si proceda alle determinazioni delle quali si discorre. E però è a ritenersi:

azione di imposta quella diretta a far riconoscere il diritto del Municipio di inscrivere continuatamente una data persona nei ruoli delle imposte (6);

controversia di imposta quella che verte sul diritto dell'esattore pignorante ad esigere il suo credito di tasse arretrate dalle persone a cui danno ha eseguito il pignoramento (7);

questione di imposta quella nella quale si controverte se un immobile possa essere soggetto alla tassa fabbricati (8);

questione di imposta quella che si fa per sapere se il proprietario di un fondo abbia o no il dovere di pagare la fondiaria gravitante sul fondo da lui posseduto ma ad altri intestato (9).

Del pari si controverte d'imposta e si ha una causa in materia di imposta a sensi degli articoli 71 e 84 codice procedura civile, tanto se si contesti la esistenza di tutto o parte del debito per l'imposta, quanto se si contenda come ed a chi faccia carico il pagamento di quel debito (10).

La questione se la qualità di erede beneficiato abbia tanta efficacia che si possa sempre opporre per non essere tenuto sui propri beni al pagamento del debito di imposta, tuttochè si sia segnato nei ruoli come erede del debitore senza che sia indicata la detta qualità di erede beneficiato, si risolve in una disputa circa l'applicabilità e la intelligenza della legge tributaria che sfugge sempre alla competenza del pretore (11).

Costituisce pure questione di imposta, che sfugge alla competenza del pretore, quella che mira a stabilire quale delle due parti contendenti avrebbe dovuto, come possessore di un immobile, pagare la contribuzione, specialmente se all'uopo sia stata disposta una revisione catastale (12).

Havvi la competenza speciale anche quando trattasi della proprietà del fondo sul quale gravi l'imposta (13).

Ed havvi la competenza speciale per trattarsi di questione di imposta anche quando si contenda sulla esenzione spettante ad una persona dalla imposta, e però fu rettamente giudicato che nè il pretore nè il conciliatore possano conoscere se una società operaia di mutuo soccorso sia o no esente dal dazio consumo (14).

83. Le semplici indicazioni dell'oggetto imponibile e della persona che deve pagare non sarebbero sufficienti perchè l'imposta potesse essere riscossa; acchè l'imposta possa essere riscossa, è necessario anche che sia determinato quanto deve essere pagato. Essendo una tale determinazione della essenza dell'imposta, le contestazioni che cadono sulla stessa

(1) Vedi Cass. Roma, 2 giugno 1885, *Sciacca* c. *Finanze* (*Corte Suprema,* 1885, 383); Cass. Roma, 8 luglio 1885, *Treves* c. *Pagliarino* (*Corte Suprema,* 1885, 573).

(2) Vedi Trib. Lucera, 11 dicembre 1891, *Russo* c. *Frasca* (*Riv. Daz.,* 1891, 292); Cass. Roma, 17 dic. 1892, *Banca Torino* c. *Finanze* (*Gazz. Proc.,* XXV, 412).

(3) Cass. Roma, 13 nov. 1894, *Laurini* c. *Turri* (*Esattore e Comune,* 1894, 331).

(4) Cass. Roma, 10 marzo 1887, *Banca gen.* c. *Ascanio* (*Corte Suprema,* 1887, 268).

Vedi anche Cass. Roma, 20 agosto 1884, *Palmi* c. *Bagalà* (*Corte Suprema,* 1884, 969).

(5) Vedi App. Roma, 26 aprile 1881, *Bellagamba* c. *Carratelli* (*Temi rom.,* 1880, 117); Pret. Napoli (S. Ferdinando), 12 aprile 1881, *Finanze* c. *De Gemmis* (*Gazz. Proc.,* XV, I, 356); Cass. Roma, 19 marzo 1883, *Finanze* c. *Congregazione del Ricovero di mendicità di Livorno* (*Corte Supr.,* 1883, 186); Cass. Roma, 3 luglio 1883, *Finanze* c. *Com. di Piacenza* (*Corte Suprema,* 1883, 107); e 20 agosto 1889, *Mastronardi* c. *Mele* (*Esatt. e Com.,* 1890, 131); Trib. Roma, 30 dic. 1893, *Gattoni* c. *Santarelli* (*Legge,* 1894, I, 287); Cass. Roma, 25 aprile 1884, *Palmi* c. *Bagalà* (*Corte Suprema,* 1884, 969).

(6) App. Genova, 17 ottobre 1882, *Engel* c. *Com. di Nervi* (*Eco Gen.,* 1883, 45).

(7) Cass. Roma, 1° aprile 1885, *Pasquale* c. *Fiocca* (*Corte Suprema,* 1885, 451).

(8) Cass. Roma, 19 giugno 1894, *Gras* c. *Parodi* (*Esatt. e Com.,* 1894, 287).

(9) Cass. Roma, 30 giugno 1887, *Marino* c. *Digiandomenico* (*Corte Suprema,* 1887, 645).

(10) Cass. Roma, 5 luglio 1892, *Esattore di Noto* c. *Terranova* (*Ann.,* 1892, 1, 133).

(11) Cass. Roma, 9 luglio 1889, *Giussani* c. *Negroni* (*Corte Suprema,* 1889, 548).

(12) Cass. Roma, 2 maggio 1894, *Finanze* c. *Caracciolo* (*Cons. comm.,* 1894, 140).

(13) Cass. Roma, 26 agosto 1895, *Dami* c. *Banca gen.* (*Esatt. e Com.,* 1895, 132).

(14) Pret. di Gassino, 4 maggio 1871, *Bertinetti* c. *Società degli operai di Gassino* (*Legge,* 1871, I, 533).

sono controversie di imposta di competenza speciale. E però è a ritenersi che:

nè il pretore nè il conciliatore possono conoscere della questione se un Comune deve o no essere mantenuto nell'abbonamento al dazio di consumo (1);

sono di competenza speciale le questioni relative a supplemento della tassa di registro richiesta con ingiunzione dal demanio, il quale sostiene che la tassa è dovuta sul prezzo dell'intero fondo e non sulla semplice quota di condominio che all'intimato apparteneva (2);

sono di competenza speciale le questioni relative alla determinazione se la imposta dovesse essere pagata secondo l'aliquota di un Comune o secondo quella di altro Comune (3);

sfugge alla competenza del pretore una causa iniziata per la riscossione della imposta fondiaria, e nel corso della quale fu anche sollevata la questione del vero importare del debito di imposta (4);

è questione di imposta la questione che cade su tale determinazione, tanto nel caso che si contesti sulla determinazione fatta indipendentemente da un contratto fra contribuente ed ente creditore, quanto nel caso in cui si discuta sul contratto col quale la determinazione ebbe luogo (5).

84. La questione se l'imposta è stata o no pagata, e però la questione in qual modo può essere provato il pagamento della imposta, è questione di imposta e come tale di competenza speciale (6); come pure è questione di imposta quella che verte relativamente al titolo pel quale un pagamento è stato eseguito (7).

Se l'imposta non è stata pagata, è d'uopo procedere per la sua riscossione, per effettuare la quale l'ente creditore ha diritto, come qualunque altro creditore, di ottenere il pagamento mediante esecuzione sui beni del debitore della imposta, talvolta anche con un privilegio sui beni del debitore stesso. La controversia che si agita sul punto quali sono i beni del debitore sui quali il creditore della imposta può agire è questione di imposta (8), come sono questioni di imposta quelle che vertono sul privilegio competente all'ente creditore (9), la estensione (10), la validità e la durata (11), nonchè la prevalenza (12) del privilegio stesso. Infatti questa garantia è stabilita per l'imposta; e se ciò è vero, questioni di imposta sono quelle che sorgono relativamente alla stessa.

È questione di imposta anche ciò che concerne il modo della riscossione (13), se mediante tariffa o per abbonamento nei casi nei quali questo mezzo di riscossione è ammesso; ond'è che questione di imposta è quella relativa alla esistenza, validità e durata di un contratto di abbonamento fra ente creditore o suo rappresentante, ed il contribuente (14).

Relativamente al procedimento per riscuotere forzatamente l'imposta, la legge fa delle imposte due categorie: imposte che si riscuotono col procedimento ordinario stabilito dal codice di procedura civile; imposte che si riscuotono con procedimento speciale stabilito o dalla legge stessa di imposte, o dalla legge 20 aprile 1871. Che in questo secondo caso le contestazioni che possono sorgere sieno contestazioni relative ad imposta non può cader dubbio; l'imposta viene dedotta sotto il rispetto della sua riscossione e del procedimento esecutivo stabilito, perchè è imposta (15). E però sono questioni di imposta tutte quelle che si sollevano intorno alle disposizioni delle leggi relative alla riscossione delle imposte (16) od intorno alla interpretazione delle leggi stesse (17), tutte le questioni relative alla esecuzione pel pagamento della imposta (18), senza distinguere se le contestazioni vertano fra contribuente ed ente creditore, o vertano fra contribuente e colui che è incaricato della riscossione, o vertano fra questi

(1) Cass. Napoli, 6 aprile 1875, *Intendenza di finanza di Bari* c. *Com. di Canosa* (*Gazz. Proc.*, x, 173).

(2) Cass. Roma, 20 aprile 1885, *Finanze* c. *Giacobone* (*Corte Suprema*, 1885, 222).

(3) Pret. Montorio, 30 novembre 1885, *De Angelis* c. *Comune Montorio* (*Mon. Pret.*, 1886, 376).

(4) Cass. Roma, 3 agosto 1892, *Ciampa* c. *Finanze* (*Corte Suprema*, 1892, 143).

(5) V. Cass. Roma, 9 agosto 1887, *Porri* c. *Sandri* (*Corte Suprema*, 1887, 110).

(6) V. Cassaz. Roma, 25 luglio 1882, *Sacheri* c. *Costa* (*Ann.*, 1883, I, 4); 27 marzo 1879, *Finanze* c. *Ingargiulo* (*Foro It.*, 1879, I, 1885); 13 gennaio 1886, *Motta* c. *Galletti* (*Corte Suprema*, 1886, 323); 15 maggio 1894, *Caruso* c. *Cupelli* (*Corte Suprema*, 1894, 219).

(7) V Cassaz. Roma, 4 gennaio 1881, *Finanze* c. *Vignarelli* (*Legge*, 1881, I, 188).

(8) Cass. Roma, 21 giugno 1886, *Fiocca* c. *De Napoli* (*Corte Suprema*, 1886, 48).

(9) Cass. Roma, 9 gennaio 1890, *Mangano* c. *Paoletti* (*Corte Suprema*, 1890, 12); 10 maggio 1893, *Finanze* c. *Banca Generale* (*Corte Suprema*, 1893, 261); Cass. Napoli, 24 maggio 1895, *Cirillo* c. *Esatt. di Castellamare* (*Foro Ital.*, 1895, I, 970); 7 giugno 1895, *Massari* c. *Scalese* (*Giur. It.*, 1895, I, 711).

(10) Cass. Roma, 21 marzo 1884, *Furia* c. *Barzilai* (*Foro It.*, 1884, I, 1019); 5 giugno 1886, *Fiocca* c. *De Napoli* (*Corte Suprema*, 1886, 486); 7 luglio 1886, *D'Abenante* c. *Ferri* (*Corte Suprema*, 1886, 949); 2 febbraio 1886, *Coletta* c. *Tortora* (*Corte Suprema*, 1886, 70); 16 agosto 1894, *Del Bagno* c. *Di Mauro* (*Legge* 1894, II, 506); Pret. Portotorres, 11 giugno 1888, *Esattoria di Sassari* c. *Monne* (*Mon. Pret.*, 1888, 279).

(11) Cass. Roma, 12 agosto 1886, *Grossa* c. *Sabatelli* (*Corte Suprema*, 1886, 640); 3 aprile 1888, *D'Abenante* c. *Banco di Napoli* (*Corte Suprema*, 1888, 152).

(12) Cassaz. Roma, 11 maggio 1887, *Siccardi* c. *Nolichesa* (*Corte Suprema*, 1887, 215). Cont. Cass. Palermo, 19 aprile 1894, *Esatt. di Modica* c. *Dimina* (*Circ. giur.*, 1894, 291).

(13) Cass. Napoli, 6 aprile 1875, *Intendenza di finanza di Bari* c. *Comune di Canosa* (*Gazz. Proc.*, x, 173); Cass. Roma, 21 gennaio 1886, *Fiocca* c. *De Napoli* (*Corte Supr.*, 1886, 487); App. Catania, 30 agosto 1880, *Comune di Catania* c. *Torrisi* (*Giurisprudenza Catanese*, 1886, 174); Cass. Roma, 10 luglio 1895, *Sica* c. *Montecorvino* (*Esatt. e Com.*, 1895, 235); Pret. Atino, 17 ottobre 1894, *Catella* c. *Nota* (*Concil.*, 1895, 199).

(14) Pret. Rocca Sinibalda, 30 giugno 1894, *Civica* c. *Gualdi* (*Cron. daz.*, 1895, 18); Pretore Atino, 17 ottobre 1894, *Catella* c. *Nota* (*Concil.*, 1895, 199).

(15) Cass. Roma, 27 giugno 1887, *Pasquale* c. *Fiocca* (*Corte S.*, 1877, 849); 11 gennaio 1888, *Pellandi* c. *Marzini* (*Corte Sup.*, 1888, 585); Pret. Gattinara, 10 luglio 1889, *Quario* c. *Bossino* (*Esatt. e Com.*, 1889, 281); App. Casale, 2 giugno 1890, *De Benedetti* c. *Manara* (*Giur. Cas.*, 1890, 328); Cass. Roma, 24 giugno 1892, *Esatt. di Genova* c. *Bruno* (*Corte Supr.*, 1892, 168); 19 giugno 1894, *Gras* c. *Parodi* (*Esattore e Com.*, 1894, 287); 7 ottobre 1895, *Ragusa* c. *Banca d'It.* (*Legge*, 1895, II, 721); Pretore Atino, 17 ott. 1884, *Catella* c. *Nota* (*Concil.*, 1885, 199).

(16) Cass. Roma, 22 dicembre 1885, *Gattuso* c. *Garutti* (*Corte Supr.*, 1885, 931).

(17) Cass. Roma, 4 luglio 1887, *Traverso* c. *Simmelhior* e *Tolu* (*Corte Supr.*, 1887, 744).

(18) Cass. Roma, 31 maggio 1887, *Stamparelli* c. *De Luca* (*Corte Supr.*, 1887, 777); 16 luglio 1887, *Contillo* c. *Verderosa* (*Corte Supr.*, 1887, 840); 6 dicembre 1890, *Ceccaro* c. *Martucci* (*Corte Supr.*, 1890, 810).

o l'ente creditore (1) od il rappresentante di questo (2). Ma, per quanto concerne le imposte che si riscuotono col procedimento ordinario stabilito dal codice di procedura civile, dal momento in cui tale procedimento deve aver seguito, nel caso che per alcuni atti precedenti alla esecuzione sia disposto un procedimento speciale, una volta che il procedimento esecutivo non è un procedimento speciale per l'imposta, ma il procedimento che deve seguire in via ordinaria il creditore, non è questione di imposta quella che sorge in seguito al procedimento esecutivo stesso (3). La questione poi che sorge sul punto se in un determinato caso sia da seguirsi il procedimento esecutivo speciale stabilito per l'imposta, od il procedimento ordinario, è questione di imposta, perchè trattasi di decidere se o meno la legge di imposta deve essere applicata ad un caso speciale (4).

Se sono questioni di imposta quelle relative alla esecuzione, quando il procedimento è speciale per l'imposta, sono questioni d'imposta quelle relative alla opposizione ad atti ingiuntivi (5), quelle relative alla forma della esecuzione (6) ed alla legalità della procedura (7), ed in genere relative alla validità o nullità degli atti esecutivi (8), alla validità del pignoramento (9), alle questioni relative al pignoramento presso terzi (10), alle opposizioni di un terzo (11) ed alle azioni in separazione di cose esecutate (12), alle condizioni necessarie a rendere ammissibile una azione diretta ad impedire la vendita fiscale (13), alla nullità della vendita e conseguenze della nullità stessa (14), ed agli effetti della vendita avvenuta (15).

85. Mezzo per procedere alla riscossione delle imposte e quello di porre fra ente creditore e contribuente un intermediario. Una volta che è la stessa legge di imposta che vuole l'esistenza di questo intermediario, le questioni che possono insorgere fra un tale intermediario ed ente creditore sono questioni di imposta (16).

86. La questione se l'imposta è o no dovuta od è dovuta da una piuttosto che da altra persona, in una piuttosto che in

(1) Cass. Roma, 30 dicembre 1884, *Finanze* c. *Sirchia* (*Corte Supr.*, 1894, 957); 6 giugno 1885, *Comune di S. Andrea di Conza* c. *Solemere* (*Corte Supr.*, 1885, 310).

(2) Cass. Roma, 21 maggio 1891, *Banca Nazionale* c. *Capaldi* (*Corte Supr.*, 1891, 242).

(3) Nel pignoramento presso terzi a cui siasi proceduto in base ad ingiunzione divenuta esecutiva a norma degli articoli 132 e 135 della legge sul registro, non può esser dichiarata l'incompetenza del pretore a termini dell'art. 71 cod. proc. civ. Così decise la Cass. Roma, 1° dicembre 1885, *Intendenza di Potenza* c. *Comune di Tolve* (*Legge*, 1886, I, 39).

(4) Cass. Roma, 7 luglio 1886, *Foschini* c. *Gravini* (*Corte Supr.*, 1886, 612); 30 giugno 1887, *Purri* c. *Arbitrio* (*Corte Suprema*, 1887, 737); 14 giugno 1888, *D'Ambra* c. *Mandato* (*Corte Suprema*, 1888, 274); 16 maggio 1890, *Pellegrino* c. *Gandolfo* (*Corte Supr.*, 1890, 357); 13 dicembre 1892, *Gerbusio* c. *Finanze* (*Riv. Un.*, 1893, 2); 19 marzo 1894, *Banco Sicilia* c. *Romeo* (*Foro It.*, 1894, I, 696).

(5) Cass. Roma, 3 luglio 1883, *Finanze* c. *Conservatorio di Messina* (*Corte Supr.*, 1883, 973); 3 luglio 1883, *Comune di Altamura* c. *Chicco* (*Legge*, 1883, II, 543).

(6) Cass. Roma, 22 dicembre 1885, *Gattuso* c. *Garutti* (*Corte Supr.*, 1885, 931); 28 marzo 1889, *Pallandi* c. *Marzini* (*Imp. dir.*, 1889, 279); 15 dicembre 1893, *Continenza* c. *Giannini* (*Esatt. e Com.*, 1894, 90).

(7) Tribunale Padova, 3 gennaio 1879, *Esattoria di Cittadella* c. *Finanze* (*Giorn. Trib.*, Milano, 1879, 284); Cass. Roma, 7 maggio 1884, *Bardi* c. *Coppoler ed altri* (*Legge*, 1884, II, 149); 19 giugno 1888, *Ligotti* c. *Rosselli* (*Legge*, 1888, II, 758); 11 agosto 1893, *Marganasco* c. *De Regibus* (*Riv. Univ.*, 1893, 455); 16 agosto 1894, *Del Bagno* c. *Di Mauro* (*Legge*, 1894, II, 506).

(8) App. Milano, 12 febbraio 1867, *Avv. X* c. *Comune di Besozzo* (*Giur.*, Torino, 1867, 248); Cass. Roma, 13 gennaio 1886, *Porrean* c. *Giacobini* (*Corte Suprema*, 1886, 184); 22 maggio 1889, *Finanze* c. *Livolzi* (*Corte Suprema*, 1889, 214); 13 novembre 1894, *Laurini* c. *Turi* (*Esatt. e Com.*, 1894, 331); 5 aprile 1894, *Massa* c. *Faggioni* (*Foro It.*, 1894, I, 410).

(9) Trib. Napoli, 7 aprile 1884, *Ceruli* c. *Fiocca* (*Imp. dir.* 1884, 148); Cass. Roma, 13 settembre 1888, *Montecchi* c. *Comune di Moglia* (*Corte Suprema*, 1888, 362); App. Catanzaro, 25 giugno 1888, *Marincola* c. *De Vita* (*Gazz. Proc.*, XXII, 354).

(10) Trib. Napoli, 7 aprile 1884, citata; Cass. Roma, 12 luglio 1888, *Salvati* c. *Banca Nazionale* (*Corte Suprema*, 1888, 754); 31 gennaio 1895, *De Crescenzio* c. *Gallone* (*Foro It.*, 1895, I, 472).

(11) Cass. Firenze, 11 dicembre 1879, *Comune di Greve* c. *Fabbri* (*Temi Ven.*, 1880, 65).

(12) Cass. Roma, 11 maggio 1887, *Siccardi* c. *Ribichesa* (*Corte Suprema*, 1887, 215); 22 febbraio 1889, *Roggero* c. *Quaglia* (*Corte Suprema*, 1889, 68); 9 maggio 1892, *Senise* c. *Finanze* (*Corte Suprema*, 1892, 222).

(13) Pret. di Milano, 6 luglio 1867, *Arrigoni* c. *Norsa* (*Gazzetta Giur.*, 1867, 159); Cass. Roma, 12 agosto 1886, *Gioia* c. *Sabatelli* (*Corte Suprema*, 1886, 640).

(14) Cass. Roma, 28 novembre 1883, *Guastavino* c. *Banco Ligure* (*Corte Suprema*, 1883, 973); 21 maggio 1884, *Lioy* c. *Meninni* (*Corte S.*, 1884, 629); 13 novembre 1883, *Guastavino* c. *Esatt. Genova* (*Ann.*, 1884, I, 5); 26 marzo 1886, *Finanze* c. *Frampolli* (*Foro It.*, 1886, I, 893); 11 marzo 1886, *Finanze* c. *Marini* (*Ann.*, 1886, I, 66); 19 agosto 1886, *Lagorio* c. *Ferrari* (*Corte Suprema*, 1886, 882); 6 novembre 1884, *Orelli* c. *Nuvoloni* (*Corte Suprema*, 1884, 832); 23 luglio 1887, *Ferraguti* c. *Biolcati* (*Corte Suprema*, 1887, 522); 3 aprile 1888, *Voltagio* c. *Catalano* (*Corte Suprema*, 1888, 36); 16 giugno 1890, *Finanze* c. *Petrilli* (*Legge*, 1891, I, 399); 19 giugno 1895, *Solis* c. *Masala* (*Esatt. e Com.*, 1895, 217); App. Catania, 2 dicembre 1893, *Boseo* c. *Balduzzi* (*Esatt. e Comune*, 1894, 81); Trib. Girgenti, 1° dicembre 1893, *Castellana* c. *Manara* (*Mass. giur.*, Girgenti, 1894, 1); Pret. Gattinara, 10 luglio 1889, *Quario* c. *Bossino* (*Esatt. e Com.*, 1889, 281).

(15) Cass. Roma, 23 maggio 1883, *Lazzaretti* c. *Ospedale di S. Maria della Scala di Siena* (*Corte Suprema*, 1883, 757); 4 luglio 1887, *Traverso* c. *Simmellhior* e *Tolu* (*Corte Suprema* 1887, 744); 28 luglio 1887, *Ferraguti* c. *Finanze* (*Corte Suprema*, 1887, 517); 12 luglio 1890, *Esattoria di Montagnana* c. *Braggion* (*Corte Suprema*, 1890, 560); 19 settembre 1891, *Finanze* c. *Cervino* (*Boll.*, 1891, 241); 24 febbraio 1893, *Liberatori* c. *Marinpietro* (*Corte Suprema*, 1893, 8); 13 novembre 1894, *Lanzini* c. *Turi* (*Esatt. e Com.*, 1894, 331); 18 aprile 1895, *Finanze* c. *Moschella* (*Esatt. e Com.*, 1895, 225).

(16) La domanda colla quale l'esattore chiede che sul prezzo del fondo espropriato al contribuente sia devoluto al demanio il rimborso delle spese incontrate per la espropriazione e la devoluzione è di esclusiva competenza del tribunale civile, qualunque sia l'ammontare della somma richiesta. Così la Cass. Roma, 20 aprile 1885, *Ruffini* c. *Finanze* (*Foro It.*, 1886, I, 8).

In contrario fu pure ritenuto che non è controversia in materia di imposta e però non è di competenza speciale l'azione proposta dal Comune contro l'appaltatore del dazio di consumo in base al contratto di appalto per il pagamento di una rata di canone non corrisposta, e per la risoluzione del contratto stesso. Nè influisce in contrario la eccezione opposta dall'appaltatore, quando la decisione sopra la medesima deve pure essere pronunciata colla guida dei patti contrattuali (Cass. Torino, 7 dicembre 1891, *Comune di S. Vincent* c. *Charrier* e *Artaz*: *Giur. It.*, 1892, I, 1, 125).

Ricci, I, 82, ritiene che le controversie che un Comune può muovere contro l'esattore sono di competenza ordinaria.

altra misura, si riproduce sotto forma diversa quando, eseguito il pagamento, ed esaurito il procedimento esecutivo, si ripete in tutto od in parte, come indebitamente pagato, ciò che dall'ente è stato riscosso; se quelle sono questioni di imposta, sono questioni di imposta anche queste. E però sono di competenza speciale tutte le cause relative a restituzione di imposte che si pretendono indebitamente pagate (1).

87. L'accessorio prende norma dal principale. Accessori delle imposte sono le sopratasse e le penali per l'inosservanza di una legge di imposte, gli aggi per le riscossioni, le spese di procedura del procedimento esecutivo: anche le questioni relative a tali materie sono questioni di imposte, e però devolute alla competenza speciale (2). Se però si tratta di un procedimento che si svolge avanti il pretore, le contestazioni relative alle spese giudiziali, agli onorari dei procuratori e periti, ai diritti dei cancellieri ed uscieri, ai salari o mercedi di tipografi, e simili, sono, ai termini dell'art. 103 codice procedura civile, di competenza del pretore, sebbene tali spese siano state fatte relativamente ad una imposta (3).

88. Non sono questioni d'imposta quelle che concernono corresponsioni che non hanno il carattere di vera e propria imposta e nelle quali l'imposta non è direttamente la materia del contendere (4). E però non sono questioni di imposta:

quelle relative al pagamento delle rendite dei beni comunali (5);

quelle relative alla restituzione di depositi d'asta sottratti dal cancelliere, anche se si tratta d'asta fiscale (6);

quelle relative alla nullità del pignoramento eseguitosi sui beni dell'erede per pretesa tassa di successione, se il debito d'imposta non sia controverso (7);

quelle relative al compenso assegnato dal Comune all'appaltatore al quale fu accollata la sorveglianza notturna dei magazzini di deposito (8);

quelle promosse dall'esercente contro il Comune onde farlo condannare ai danni in seguito ad assoluzione da contravvenzioni al dazio di consumo elevate contro di esso (9);

quelle promosse dal contribuente contro l'esattore il quale abbia desistito dal pignoramento eseguito per ragione d'imposta, perchè riconosce che l'imposta è stata pagata (10);

quelle promosse dal contribuente contro l'esattore in confronto del quale sia stata riconosciuta da decreto prefettizio l'illegalità della procedura esecutiva incoata contro il contribuente stesso, onde ottenere la restituzione della cosa pignorata, il prezzo della cosa stessa ed il risarcimento dei danni (11);

quelle relative alle spese fatte dal Comune per l'esecuzione d'ufficio, a carico dei proprietari inadempienti, dei lavori ordinati dal sindaco con provvedimenti di igiene pubblica giusta l'art. 133 della legge comunale e provinciale (12);

quelle relative al rimborso di spese di pubblico servizio anticipate dal Comune capoluogo e richieste agli altri Comuni del mandamento (13);

quelle che possono nascere in seguito alla alienazione fatta dal demanio del fondo devolutogli per debito dell'imposta (14).

Titolo III. — Competenza per valore.

Capo I. — Generalità — Distribuzione degli affari in ragione di valore fra le varie Autorità giudiziarie.

89. Il criterio normale preso dal legislatore come base per la distribuzione delle controversie fra le tre magistrature delle quali in questa voce ci si occupa, è quello del valore della causa; le cause sono attribuite alla cognizione di una o di altra delle tre magistrature a seconda del loro valore. Questo criterio non è giuridico: è un criterio puramente politico, ispirato ad una esatta percezione di quelle necessità pubbliche e private delle quali il legislatore deve tener conto in una legge che distribuisce la cognizione delle controversie fra magistrature di grado diverso. Le necessità pubbliche, delle quali il legislatore deve tener conto in una legge che distribuisce la cognizione delle controversie fra magistrature di grado diverso, quelle sono di non essere costretto ad istituire un gran numero di quelle magistrature, il cui mantenimento costa molto, di evitare gli impedimenti ad una, per quanto è possibile, pronta decisione della controversia. Ora, dal momento che l'esperienza dimostra come le controversie vanno crescendo di numero in ragione inversa del loro valore, o, per dirla in altri termini, come le controversie di poco valore sono molte e quelle di valore

(1) App. Torino, 11 novembre 1872, *Vittone* c. *Grosso* (*Giurisp. It.*, 1872, II, 730); Cass. Roma, 10 novembre 1879, *Finanze* c. *Fichera* (*Foro It.*, 1879, 1, 988); 4 dicembre 1877, *Finanze* c. *Betto* (*Foro It.*, 1878, I, 1); App. Catania, 30 marzo 1881, *Silvestri* c. *Finanze* (*Giur. Cat.*, 1881, 85); Cass. Torino, 30 dicembre 1882, *Comune di Montaldo* c. *Trova* (*Giur.*, Torino, 1881, 743); Cass. Roma, 23 gennaio 1886, *Pompei* c. *Finanze* (*Corte Suprema*, 1886, 199); 17 novembre 1886, *Marrè* c. *Marrè* (*Foro It.*, 1887, I, 67); App. Catanzaro, 7 dicembre 1888, *Lucia* c. *Della Cananea* (*Gravina*, 1889, 213); Cass. Roma, 18 settembre 1890, *Morgante* c. *Coos* (*Legge*, 1890, II, 613); 6 giugno 1892, *Boldini* c. *Riccioni* (*Corte Suprema*, 1892, 162); Trib. Lecce, 14 novembre 1893, *Finanze* c. *Rino* (*Pisanelli*, 1893, 243).

(2) App. Venezia, 30 aprile 1878, *Fedrigo* c. *Puppin* (*Temi Ven.*, 1878, 279); Cass. Roma, 22 novembre 1886, *Acocella* (*Corte Suprema*, 1886, 835); 13 novembre 1894, *Meroni* c. *Pescarmone* (*Corte Suprema*, 1894, 300). — Cont. Cass. Napoli, 3 novembre 1873, *Carugaro* c. *Loschi* (*Legge*, 1874, I, 122).

(3) V. App. Catania, 20 giugno 1893, *Ratti* (*Mass.*, 1894, 82).

(4) App. Messina, 18 gennaio 1868, *De Martino* c. *Comune di Alì* (*Giur. It.*, 1868, II, 11.

(5) Cass. Napoli, 11 maggio 1869, *Mun. di Altamura* c. *Lubino* (*Ann.*, 1869, I, 248).

(6) App. Torino, 28 marzo 1881, *Boschi* c. *Finanze* (*Giur.*, Torino, 1881, 404).

(7) Cass. Roma, 11 gennaio 1884, *Finanze* c. *Trimarchi* (*Corte Suprema*, 1884, 20).

(8) Cass. Torino, 20 gennaio 1886, *Marocco* c. *Cibrario* (*Giurisp.*, Torino, 1886, 83).

(9) Cass. Roma, 4 giugno 1886, *Comune Portotorres* c. *Corradini* (*Corte Suprema*, 1887, 901).

(10) Cass. Roma, 4 luglio 1887, *Ruggero* c. *Pregno* (*Corte Suprema*, 1887, 808).

(11) Cass. Roma, 24 agosto 1887, *Caruso* c. *Tedeschi* (*Legge*, 1887, II, 469).

(12) Cass. Roma, 17 dicembre 1890, *Comune Casalvecchio Siculo e Fleri* c. *Salvo* (*Foro It.*, 1891, I, 57).

(13) Cass. Roma, 26 febbraio 1891, *Comune di Casacalenda* c. *Ripabottoni* (*Ann.*, 1891, I, 121).

(14) Cass. Roma, 26 dicembre 1894, *Ventura* c. *Violanti* (*Esatt. e Com.*, 1895, 200).

rilevante relativamente poche; se per la distribuzione delle controversie fra Autorità giudiziarie di grado diverso non fosse stato adottato il criterio del valore, il legislatore sarebbe stato costretto, o a istituire magistrature di grado elevato in numero molto maggiore di quello che fu necessario istituire adottando il criterio del valore, o a rendere possibile l'accumularsi di un arretrato presso le magistrature istituite, arretrato che andando progressivamente aumentando sarebbe arrivato ad un punto tale, o da rendere impossibile l'amministrazione della giustizia, o da rendere necessari provvedimenti straordinari. Colla distribuzione per valore tali inconvenienti furono evitati; colla distribuzione per valore fu resa possibile la creazione di molte magistrature di grado meno elevato, e che però costano poco, e di poche di quelle magistrature di grado più elevato che costano molto; fu resa possibile una pronta amministrazione della giustizia con spese relativamente poco rilevanti per lo Stato. Le necessità private delle quali il legislatore deve tener conto in una legge che distribuisca le controversie fra magistrature di grado diverso, sono quelle di proporzionare le noie e le spese di un giudizio alla importanza economica del giudizio stesso, perchè se l'interessato è costretto a perdite di tempo, a spese sproporzionate a quanto sarà per conseguire in seguito alla decisione del magistrato, è moralmente costretto a rinunciare all'esercizio del proprio diritto di agire dinanzi al magistrato e di difendersi.

Ora le noie e le spese di un giudizio avanti il magistrato superiore, che spesso risiede in un luogo diverso, e qualche volta molto lontano da quello ove gli interessati si trovano, anche ammesso che si fossero adottate forme di procedura eguali per tutti i giudizi, anche ammesso che fossero state istituite tasse per tutti i giudizi eguali, sarebbero state molto superiori a quelle alle quali si deve sottostare adendo un giudice inferiore, che risieda nel luogo ove le parti si trovano, od in un luogo vicino. In un sistema procedurale, poi, come l'italiano, pel quale le forme del procedimento vanno crescendo di complicazione in proporzione del grado della magistratura avanti la quale il giudizio si svolge; con un sistema finanziario, come l'italiano, pel quale le tasse sono più elevate in ragione del grado del magistrato avanti il quale la lite si agita; se fosse stato adottato per la distribuzione delle liti fra le varie magistrature un criterio diverso da quello del valore, per le cause di poco valore si sarebbe riusciti ad un vero e proprio diniego di giustizia.

A parte tutto ciò, allo stato attuale della scienza giuridica, sarebbe stato impossibile tecnicamente adottare un criterio diverso. Quali difficoltà insuperabili si oppongono ad una distribuzione delle controversie in ragione di materia fra le varie magistrature si è veduto al n. 47. Escluso il criterio della distribuzione per materia degli affari fra le varie magistrature come criterio normale, allo stato attuale della scienza giuridica non era possibile che una distribuzione per valore; distribuzione colla quale si ottiene anche il vantaggio di proteggere gli interessi rilevanti, attribuendo la cognizione delle controversie relative agli interessi stessi a quelle Autorità che danno più affidamento per scienza ed esperienza.

Il criterio del valore nella distribuzione delle controversie fra le varie Autorità giudiziarie non è però un criterio giuridico, ma un criterio politico, non per questo meno razionale del primo, dal momento che è il solo tecnicamente possibile, dal momento che lo stesso risponde a quelle necessità sociali alle quali deve rispondere una legge sulle competenze, dal momento che la razionalità delle disposizioni legislative relative ad un istituto giuridico non sta nella derivazione logica delle disposizioni stesse dei principî aprioristici, ma nella potenzialità che havvi, mercè quelle disposizioni, di raggiungere i fini ai quali l'istituto giuridico è diretto, e che nella distribuzione degli affari fra magistrature diverse in ragione di valore si raggiungono i fini che una legge sulle competenze deve raggiungere. Ed è tanto razionale che, come si è veduto nella rivista di legislazione comparata (1), quasi tutte le legislazioni tengono conto del valore delle controversie per attribuire la cognizione delle cause di poco valore a magistrature inferiori, delle cause di valore rilevante a magistrature più elevate in grado.

In materia di competenza per valore il legislatore parla di *azione*, parla anche di *controversia* (2), di *causa* (3). Ma siccome nel significato dato alle parole dalla legge, agli effetti della determinazione della competenza si ha controversia tutte le volte che si propone una domanda in giudizio indipendentemente dalla contraddizione del convenuto, e dalle maggiori o minori difficoltà che si presentano nella soluzione della questione da decidersi (4), il legislatore adoperando le parole *controversia*, *causa*, non ha variato il concetto espresso in altre disposizioni col nome *azione;* è sempre alla azione che il legislatore ha inteso riferirsi anche per quella competenza della quale si sta discorrendo; alla azione considerata in quell'elemento della stessa importante relativamente alla competenza, che è il valore.

Delle azioni relativamente alla competenza per valore il legislatore italiano ha fatto tre categorie. Pel codice di procedura civile (5) la prima categoria era costituita dalle azioni di un valore non superiore alle lire trenta, ma colla legge 16 giugno 1892, n. 261 (6), questa cifra fu portata a lire cento; la cognizione di tali azioni fu attribuita ai conciliatori. La seconda categoria è costituita dalle azioni che hanno un valore infra le lire 1500, e la cognizione delle azioni stesse fu dalla legge attribuita ai pretori (7). La terza categoria è costituita dalle azioni di un valore superiore alle lire millecinquecento, e la cognizione di tali azioni fu attribuita ai tribunali civili (8). Ond'è che nel sistema procedurale italiano la competenza normale risiede nel tribunale civile, e le altre competenze sono competenze di eccezione (9), non estensibili oltre i casi pei quali dalla legge furono stabilite.

89 *bis*. La competenza della quale si sta discorrendo sta alla competenza per materia nello stesso rapporto che sta la regola alla eccezione. Ond'è che tutte le volte che una disposizione di legge non sottrae ad una autorità giudiziaria una azione che per valore starebbe nei limiti della competenza della autorità stessa, la competenza deve essere determi-

(1) Vedi retro, n. 17.
(2) Confr. art. 75, 76, 77, 79, 80, 81 cod. proc. civ.
(3) Art. 84, n. 1, cod. proc. civ.
(4) Cass. Firenze, 15 dicembre 1875, *Trezza* c. *Zambon* (*Foro It.*, 1876, I, 255).
(5) Art. 70, 1ª parte.
(6) Art. 10, n. 1.
(7) Art. 71, 1ª parte, cod. proc. civ.
(8) Art. 84, n. 1, cod. proc. civ.
(9) App. Genova, 30 marzo 1883, *Berninzoni* c. *Arzeno* (*Giur. It.*, 1883, I, I, 401).

nata in ragione del valore che ha quella azione. Può però avvenire che in una controversia vi sieno domande la competenza a giudicare delle quali troverebbe le sue norme nelle disposizioni della legge relativa alla competenza per materia, e domande la competenza a giudicare delle quali troverebbe le sue norme nelle disposizioni della legge relative alla competenza per valore. Se l'Autorità giudiziaria adita è competente per le une e per le altre, non vi sono difficoltà; ma se l'Autorità stessa è competente per materia per alcune ed incompetente per valore per le altre, o viceversa, è d'uopo determinare se l'Autorità giudiziaria adita possa o no conoscere di tutte. Per questi casi è d'uopo fare una distinzione fra il caso in cui non vi sia connessione fra le azioni ed il caso in cui la connessione esiste. Nel caso in cui non vi sia connessione evidentemente l'Autorità giudiziaria adita deve pronunciare su quelle che sono di sua competenza e pronunciare la sua incompetenza per le altre. Del caso in cui vi sia connessità fra le azioni verrà fatto parola quando ci si intratterrà della competenza per connessione di causa.

La competenza per materia, dei cui rapporti colla competenza per valore si è fatto parola, è la competenza per materia della giurisdizione contenziosa, non quella della giurisdizione volontaria: la giurisdizione volontaria e la contenziosa non si trovano fra loro in un rapporto di competenza ma di attribuzione. Ond'è che un atto di giurisdizione volontaria emanato da una Autorità, venendo portato alla giurisdizione contenziosa, non deve essere portato avanti quello stesso magistrato che lo ha emanato, ma avanti il magistrato competente per valore; che, quando una determinata materia che se fosse portata a cognizione della giurisdizione volontaria apparterrebbe ad una autorità, se portata in sede contenziosa deve essere portata alla cognizione di quella magistratura, anche diversa dalla prima, che nella controversia è competente per ragione di valore (1).

89 *ter*. Le necessità di ordine pubblico, che determinano la distribuzione delle cause per ragione di valore fra le varie magistrature, sono limitate ad impedire il cumulo delle cause fra le varie magistrature istesse. Anche le considerazioni di un giudice di scienza ed esperienza superiori per le controversie di rilevante interesse, finachè la società non è direttamente interessata, come, per esempio, nelle controversie di Stato, nella decisione, è una considerazione che concerne gli interessi dei litiganti. Il cumulo delle cause che porterebbe gli inconvenienti che una legge sulle competenze deve evitare, potrebbe verificarsi quando fosse permesso portare le cause di poco valore avanti le magistrature superiori; essendo poche queste magistrature e molte le cause di poco valore, se anche una percentuale di poco momento, ma che sarebbe rilevante nel suo ammontare assoluto, di queste cause venisse portata avanti le magistrature superiori, l'andamento del servizio rimarrebbe incagliato; giustificata appieno dunque è una improrogabilità della competenza per valore dal magistrato inferiore al magistrato superiore. Ma poche essendo le cause di valore rilevante, il cumulo delle cause portante gli inconvenienti che una legge sulle competenze deve evitare, non si potrebbe verificare se la competenza per valore potesse essere prorogata dal giudice superiore al giudice inferiore; il magistrato inferiore nel caso di proroga permessa dovrebbe giudicare qualche causa di più di quelle che avrebbe giudicato se la proroga non fosse assentita. Per le cause nelle quali la società ha un interesse speciale si provvede collo stabilire per le cause stesse una speciale competenza per materia. All'interesse delle parti di esser giudicate da un determinato giudice si provvede impedendo che la proroga possa avvenire senza il loro consenso; ma, quando esse consentano ad essere giudicate da un giudice diverso da quello dalla legge designato, trattandosi di interessi meramente privati, il legislatore non ha ragione di porre divieto a che la volontà delle parti produca effetto.

Queste considerazioni mostrerebbero la razionalità di una legge la quale vietasse la proroga della competenza per valore dal giudice inferiore al giudice superiore, disponesse la collocazione, per quanto concerne la competenza, delle cause nelle quali la società è interessata nella categoria delle cause la competenza a giudicare delle quali è stabilita per ragione di materia, permettesse, di comune consenso delle parti, la proroga della competenza per valore dal giudice superiore al giudice infeeriore, salvo di provvedere con opportune disposizioni all'interesse dell'erario per quanto concerne le tasse giudiziarie. In quella vece la legge ponendo assieme alle controversie nelle quali la competenza deve esser determinata per valore alcune controversie di interesse sociale, nelle quali più che il valore sarebbe da tenersi in considerazione la materia (2), riconosce nella competenza per valore la stessa indole della competenza per materia (3), una competenza di ordine pubblico (4), improrogabile (5), tanto nel caso che si intenda adire il magistrato inferiore per causa di competenza del magistrato superiore, quanto nel caso inverso (6). Sistema eccessivo che non trova giustificazione in una legislazione nella quale, come l'italiana, per la controversia di interesse puramente privato, è permessa la istituzione di giudici privati, come sono gli arbitri.

Capo II. — Norme generali per la computazione del valore.

90. Il valore della causa si determina dal valore della azione. — 91 a 91 *ter*. Principi generali sul valore legale delle azioni. Specie differenti di valore legale. Valore legale delle derrate. Esame delle varie specie di valore legale. — 92. Valore nel caso di azione diretta da o contro più persone. — 93. Valore dei diritti perpetui, vitalizi e temporanei. — 94. Valore di più capi di domande dipendenti da titoli distinti. — 95. Valore di più capi di domande dipendenti dallo stesso titolo. — 96. Accessori il cui valore deve o non deve sommarsi col valore del principale per la determinazione della competenza. — 97. Deduzione in giudizio di parte di un rapporto giuridico: nozione di parte e di residuo; disposizione dell'art. 72 codice procedura civile. Caso in cui venga dedotto in giudizio parte e non residuo di un rapporto giuridico di maggior valore. — 98. Caso in cui venga dedotto in giudizio un residuo. — 99. Il valore è quello che la causa aveva al momento della citazione; influenza sulla determinazione della competenza per valore che hanno la domanda, le modificazioni alla stessa, le eccezioni e le questioni incidentali.

(1) Vedi App. Torino, 17 dicembre 1883, *Ferrari* c. *Forcherio* (*Giur.*, Torino, 1884, 78).

(2) Confr. art. 81 cod. proc. civ.

(3) Cass. Torino, 9 febbraio 1870, *Confr. di S. Agostino* c. *Gattoni* (*Giur.*, Torino, 1870, 205).

(4) App. Roma, 7 febbraio 1883, *Zaccheo* c. *Istituto Pacifici* (*Temi Rom.*, 1883, 53).

(5) Confr. art. 69, 187, 1ª parte, cod. proc. civ.

(6) Contra App. Perugia, 8 agosto 1870, *Fratini* c. *Janni* (*Giur. It.*, 1870, II, 594).

90. La distribuzione degli affari fra le varie Autorità giudiziarie in ragione di valore, in ragione cioè della somma di danaro che si può avere in cambio della cosa che viene dedotta in giudizio, suppone delle regole, onde poter stabilire a priori, cioè indipendentemente dal giudizio sul merito, il valore di ogni singola controversia, perchè, dovendo la decisione della competenza precedere l'esame del merito della controversia, senza delle regole onde stabilire a priori il valore non vi sarebbe il modo per stabilire se il giudice possa o meno entrare ad esaminare il merito della lite.

È, si può dire, un luogo comune il principio che il valore della causa si determina dalla domanda (1). Eppure nulla di più inesatto! Il luogo comune che il valore della causa si determina dalla domanda lo si fonda sull'art. 72, 1ª parte, codice procedura civile; ma al n. 38 si è potuto vedere quale è il vero significato di quella disposizione di legge; colla stessa null'altro si volle affermare se non che la decisione alla quale viene il giudice colla sentenza non influisce sulla competenza, anche se il giudice decide che solo parte del domandato appartiene all'attore. La domanda sarà un elemento da tenersi in conto per determinare la competenza, e di ciò ci si occuperà in seguito, ma non è che la competenza si determini dalla domanda. Al n. 38 si è veduto che ciò che fa decidere della competenza è l'azione esperita negli elementi che vi sono nella azione stessa importanti per la competenza, e però sarà il valore della azione esperita quello che farà decidere se la causa è di competenza di una piuttosto che di altra magistratura.

La varietà delle azioni che vengono esercitate non permette di stabilire un unico principio dal quale si possano dedurre le regole per determinare la competenza per ogni singola azione; per mantenere più che è possibile la corrispondenza fra il dettato della legge e la realtà è necessario che il legislatore detti sul proposito norme diverse a seconda della diversità della azione; non già contemplando ogni singola azione, chè ciò sarebbe impossibile, ma facendo delle azioni delle classi e dettando le regole proprie a ciascuna classe. Questo però non toglie che le disposizioni del legislatore non sieno inspirate ad alcuni criteri generali, l'esposizione dei quali non può trovar luogo opportuno nella esposizione delle norme proprie alle singole classi di azione, quel luogo essendo conveniente solo per l'applicazione alle singole classi dei criteri stessi. Inoltre ogni singola classe di azioni, indipendentemente dalla materia, può offrire delle eguali particolarità importanti per la determinazione del valore della azione che viene esperita; anche le norme relative a tali particolarità, nella trattazione della computazione del valore delle singole classi di azioni, non possono trovare applicazione; la loro esposizione non può trovar luogo che in una parte generale. Ond'è che, serbando la trattazione di ciò che havvi di speciale ad ogni singola azione al capo seguente, in questo ci si occuperà di ciò che la computazione del valore ha di generale per tutte le azioni.

91. Una legge sulla competenza deve impedire che alla lite principale debba precedere una lite per determinare quale sia l'Autorità competente a giudicare della lite principale istessa: la questione sulla competenza potrà essere un incidente della lite principale, non deve costituire di per sè una lite principale. Tutto deve essere sacrificato a questo scopo, perchè, se ne avverrà che qualche volta una controversia sia portata avanti un giudice diverso da quello avanti il quale avrebbe dovuto essere portata, ne avverrà anche che ognora il procedimento risulterà semplificato, si eviteranno inutili complicazioni ed indugi. In un regime di distribuzione degli affari fra Autorità giudiziarie di grado diverso in ragione di valore, come è il regime italiano, è una necessità che a mezzo di disposizioni speciali si provveda per la determinazione della somma di danaro che si potrebbe aver in cambio della cosa dedotta in giudizio, senza uopo di una lite preliminare per la determinazione della somma stessa. Inconvenienti non ne potranno essere evitati, ma il buono di una legge è tutto relativo, ed in questa materia i vantaggi che si ottengono con disposizioni legislative che determinino il valore delle azioni, compensano esuberantemente gli inconvenienti ai quali si andrebbe incontro se tali disposizioni mancassero.

Improntato a questo concetto, nel codice di procedura civile, si trova un complesso di disposizioni relative alla determinazione del valore di un grandissimo numero di controversie. Però, siccome questo complesso di disposizioni è improntato ad unico concetto, tende al solo scopo di non rendere necessaria una lite preliminare per la determinazione della competenza; siccome questo scopo deve essere raggiunto tanto nei casi espressamente dalla legge precisati, quanto in quelli che per avventura non fossero stati espressamente contemplati; così quelle disposizioni che si trovano nella legge costituiscono un istituto giuridico speciale, quello del valore legale delle azioni relativamente alla competenza, istituto giuridico speciale che nelle disposizioni scritte nella legge deve trovare i mezzi per riuscire completo, tale cioè da comprendere i principii necessarii pella determinazione del valore legale delle azioni tutte.

In questo luogo non si possono esporre che i principii generali; l'applicazione degli stessi verrà fatta quando verrà discorso delle varie specie di azioni.

91 *bis*. Il valore legale è assoluto o relativo.

È assoluto il valore della unità monetaria, qualunque sia la specie di moneta che viene dedotta in controversia; la moneta, misura di tutti i valori, non può avere che un valore assoluto. Di qui la conseguenza che non può essere calcolato per la determinazione della competenza l'aggio favorevole o sfavorevole che in commercio può avere una specie su altra specie di moneta (2); in diritto le varie specie di moneta hanno valore uguale.

Il valore legale è relativo tutte le volte che la legge determina i criteri in base ai quali il valore legale, nei singoli casi, deve essere determinato. Il valore legale relativo

(1) Cass. Firenze, 21 novembre 1872, *Zauli* c. *Naldi* (*Annali*, 1872, I, 371); Cass. Napoli, 4 maggio 1867, *Francillo* c. *Torelli* (*Gazz. Proc.*, II, 347); App. Casale, 21 novembre 1866, *Berlocchini* c. *Pasquali* (*Gazz. G.*, 1867, 76); Cass. Torino, 24 gennaio 1867, *Finanze* c. *Trichelio* (*Ann.*, 1867, I, 204); Appello Torino, 17 giugno 1873, *Scheffio* c. *Giovannetti* (*Giur.*, Torino, 1873, 601); Appello Casale, 18 marzo 1871, *Landini* c. *Sossi* (*Giurispr. It.*, 1871, I, 183); Appello Venezia, 26 marzo 1874, *Millich* c. *Pozzobon* (*Legge*, 1874, I, 753); 9 dicembre 1875, *Lloyd Austro-Ungarico* c. *Ferrero* (*Monit. Giudiz.*, Venezia, 1876, 286); Cass. Roma, 19 aprile 1876, *Municipio di Anagni* c. *Papa* (*Foro It.*, 1876, I, 842); App. Torino, 4 febbraio 1878, *Riva* c. *Curti* (*Giur.*, Torino, 1878, 235).

(2) App. Milano, 25 gennaio 1876, *Lejeune* c. *Caspani* (*Giur. It.*, 1876, I, II, 477); Trib. Roma, 8 aprile 1894, *Garibaldi* c. *Moricault Frères Ditta* (*Legge*, 1894, I, 810).

è fisso, dichiarato o presunto. È fisso tutte le volte che la legge stessa stabilisce il dato numerico, da desumersi da fonti dalla legge determinate, in base al quale il valore deve essere computato. Qualche volta il valore legale relativo fisso è sussidiario, non va applicato, cioè, se non nel caso di deficienza di altri valori legali. Tale è il caso del valore legale delle derrate.

Siccome le derrate possono essere oggetto di specie distinte di azione, così è d'uopo del loro valore legale occuparsi in questo capo.

91 *ter*. « Per l'articolo 78 codice di procedura civile il valore delle derrate non determinato dal titolo è dichiarato dall'attore; se l'attore non faccia la dichiarazione o il convenuto non l'accetti, il valore si desume dal prezzo medio del mercato più vicino al luogo della prestazione.

Per determinare una media di prezzi sono necessarii più prezzi; l'articolo 78 non dice quali siano i varii prezzi del mercato più vicino al luogo della prestazione che devono essere portati nel calcolo. Il testo unico delle leggi sulle tasse di registro ha due disposizioni diverse per determinare il valore legale delle derrate. Nell'articolo 19 di quella legge, quando si tratti di stabilire il valore delle derrate che si pagano per rendite perpetue o vitalizie, onde capitalizzare la prestazione, la media del valore della prestazione annua è formata determinando la media annuale dei prezzi nei dieci anni precedenti a quella dell'atto o trasferimento soggetto a tassa, escludendo la media più elevata e quella più bassa, e prendendo l'ottavo dell'ammontare complessivo delle rimanenti annualità. Se questo disposto di legge sia applicabile per analogia quando si tratta di determinare agli effetti della competenza l'annua prestazione in derrate, non è questo il momento di esaminare; che possa essere applicato ognoraquando si tratti di azione avente per oggetto derrate, è da escludersi. Nelle prestazioni ricorrenti di derrate è naturale che per la capitalizzazione non si deve tener conto del valore che le derrate hanno in un determinato momento, perchè, solo facendo la media dei prezzi per un tempo sufficientemente lungo, si eliminano le cause eccezionali di rialzo o ribasso, pur tenendo conto delle cause stesse in quanto sul valore ha influenza la possibilità del loro avverarsi; e così si viene ad ottenere un prezzo, se non matematicamente, certo con molta approssimazione, esatto. Ma quando non si tratta di prestazioni ricorrenti, non è più il caso di dare ai fatti perturbatori dell'ordinario corso dei mercati il valore che i fatti stessi hanno nelle possibilità che si manifestino nel tempo pel quale la prestazione è dovuta; il valore della prestazione è quello che la prestazione ha al momento in cui deve essere corrisposto. Lo stesso testo unico delle leggi sulle tasse di registro riconosce questa essenziale differenza che passa tra i due casi, perchè, per stabilire il valore venale delle derrate nel comune commercio per l'applicazione della tassa di trasferimento, non ha riguardo, come per le prestazioni ricorrenti, alla media dei prezzi di più anni, ma ha riguardo al valore risultante dalle mercuriali, dalle scritture o libri delle Camere di commercio ed arti, e di quelle dei mediatori o sensali, prendendo per base le mercuriali o le *contrattazioni* più prossime al giorno del contratto o trasferimento di cui trattasi (1).

Si è sottolineata la parola *contrattazioni* che si legge nell'articolo 23, n. 4, testo unico citato, come quella che dà il mezzo di determinare cosa il legislatore abbia voluto dire colle parole: « media dei prezzi del mercato » che si leggono nell'articolo 78 capoverso codice civile. Nel mercato di un giorno il prezzo delle derrate non è sempre costante: la merce, anche di buona qualità, ha un prezzo diverso a seconda che è più o meno buona; il prezzo varia a seconda dei varii momenti della giornata per la prevalenza della offerta sulla domanda o della domanda sulla offerta, per le notizie che giungono dagli altri centri commerciali, ecc. Ond'è che nello stesso mercato si ha una serie di prezzi, la media dei quali dà il prezzo medio del mercato stesso. È a questa media di prezzi del mercato del giorno della citazione o del mercato immediatamente antecedente al giorno stesso che ha inteso alludere la legge. A parte la coincidenza di questo principio con quello stabilito dall'articolo 23, n. 4, del testo unico delle leggi sulle tasse di registro, la prova che quanto nel principio stesso è affermato è ciò che dal legislatore è stato voluto, la si ha tostochè si consideri che il principio lo si ottiene per deduzione del principio che la competenza va determinata a base dello stato di fatto al momento della notifica della citazione (2). Se la competenza va determinata a base di un tale stato di fatto, se per lo stato di fatto esistente al giorno della citazione le derrate hanno quel valore che loro è dato dal mercato di quel giorno o dal mercato immediatamente antecedente a quel giorno, questo valore, e non altro, può essere quello delle derrate agli effetti della competenza (3).

L'articolo 78 codice di procedura civile è applicabile anche quando si tratta di azioni commerciali. È vero che per l'articolo 38 del codice di commercio ogni qual volta si deve determinare il giusto prezzo od il prezzo corrente delle derrate, esso è desunto dalle liste di borsa o dalle mercuriali del luogo di esecuzione del contratto o in mancanza da quelle del luogo più vicino e da ogni altra fonte di prova, ma un tale disposto di legge è applicabile allora solo che venga richiesto il valore delle derrate, non già le derrate stesse; quando vengono richieste le derrate, agli effetti della competenza, non si tratta di determinare nè il loro giusto prezzo, nè il prezzo corrente, si tratta di determinare il valore legale agli effetti della competenza, ed agli effetti della competenza il valore legale è stabilito dall'articolo 78 del codice di procedura civile.

Tornando alla esposizione di ciò che concerne il valore legale in generale, è d'uopo far notare che le disposizioni della legge relativamente al valore legale relativo fisso sono applicabili tutte le volte che venga in contestazione la cosa indipendentemente dal suo valore reale, in modo che relativamente al merito della controversia sia indifferente che la cosa abbia uno piuttosto che altro valore reale. Ma quando viene in contestazione la cosa pel suo valore reale, di valore legale fisso non è più il caso di discorrere, uopo è applicare altri principii. Ciò si deve ritenere anche relativamente al valore legale assoluto. Ond'è che, se, per esem-

(1) Art. 23, n. 4, testo unico delle leggi sulle tasse di registro.

(2) Vedi retro, n. 39.

(3) Nei Repertorii è citata una decisione 16 settembre 1879 dell'Appello di Venezia, nella causa *Speri* c. *Speri* (*Temi Ven.*, 1879, 510), secondo la quale il prezzo medio del mercato a cui accenna l'art. 78 del cod. di proc. civ. è quello dell'ultimo decennio. Ma quella decisione non è contraria al principio affermato nel testo, perchè nella specie decisa si trattava di corresponsione periodica di derrate. Su quella decisione si tornerà quando verrà parola del valore della vendita in derrate.

pio, dato un aggio favorevole dell'oro in confronto della carta-moneta si chieda non già il pagamento in oro di una determinata somma, ma il pagamento in carta della quantità, più l'aggio, la competenza va determinata comprendendo anche l'aggio richiesto.

Havvi il valore legale dichiarato tutte le volte che la legge alla dichiarazione dell'attore dà efficacia di fissare il valore della causa agli effetti della competenza. Questa dichiarazione può essere esplicita, può essere implicita. È esplicita, tutte le volte che l'attore afferma la causa aver un determinato valore; è implicita, tutte le volte che l'attore chiede la condanna del convenuto al pagamento di una determinata somma di danaro. Sia esplicita o sia implicita, gli effetti giuridici dalla dichiarazione sono sempre i medesimi. Siccome però col riconoscere all'attore il diritto di dichiarare il valore agli effetti di determinare la competenza si verrebbe ad autorizzare l'attore a prorogare a suo arbitrio la competenza per valore, ove al convenuto non si desse il diritto di impugnare la dichiarazione fatta dall'attore, così nei casi nei quali la legge ammette la dichiarazione del valore agli effetti di determinare la competenza, dà al convenuto il diritto di impugnare il valore dichiarato dall'attore (1). Quest'impugnativa però deve essere fatta dal convenuto nella sua risposta (2), in modo che, se nella prima risposta il valore dichiarato non è impugnato, la competenza resta fissata, e non si può più ritornare sul valore della causa agli effetti della competenza se non si verifica uno di quei cangiamenti allo stato degli atti della causa che sulla competenza influiscono. La prima risposta si ha poi quando il convenuto comparendo per la prima volta in giudizio si difende; sicchè, se il convenuto si mantenne contumace in prima istanza, può impugnare in appello il valore dichiarato purchè lo faccia nella prima risposta, la quale, se il convenuto è appellante, è lo stesso atto di appello. Non per qualunque motivo, agli effetti della competenza, è ammissibile con effetto giuridico la impugnativa del valore dichiarato dall'attore; acciò la impugnativa sia ammissibile è d'uopo sia fatta per motivi indipendenti dal merito della controversia; la decisione sul merito non influisce sulla competenza.

Il valore della causa è presunto tutte le volte che la legge ammette che una causa abbia un determinato valore. Questa presunzione alle volte è *juris tantum*, alle volte è *juris et de jure*. È *juris tantum* nelle controversie relative a beni mobili nelle quali l'attore non abbia dichiarato nella sua domanda il valore; in questo caso si presume che il valore sia di competenza dell'Autorità giudiziaria adita (3); ma il convenuto può distruggere la presunzione impugnando il valore presunto nella stessa guisa che può impugnare il valore dichiarato (4). Negli altri casi di valore presunto, la presunzione è *juris et de jure*.

Specie particolare di valore presunto si ha nelle controversie relative a beni mobili quando il convenuto impugna il valore dichiarato dall'attore nella domanda, o presunto atteso il suo silenzio; chè in questo caso il valore è presunto nel valore che risulta dallo stato degli atti della causa (5). Altra specie di valore presunto si ha nel caso in cui si tratti di valore indeterminabile; ma di ciò ci si occuperà discorrendo delle azioni speciali.

Può avvenire che per un errore nella qualificazione della azione esperita, il magistrato determini la competenza a base di quel valore legale che è proprio della azione ammessa, invece che a base di quel valore legale che sarebbe stato proprio della vera azione esperita. Se per l'erronea qualificazione della azione il magistrato ha pronunciato al di là dei limiti della sua competenza, la sentenza deve essere annullata per incompetenza del magistrato che la pronuncia; ma se ambedue i valori legali sono nei limiti della competenza dell'autorità adita, la sentenza potrà essere impugnata pel merito, non già per la competenza (6).

92. Al n. 90 si è notato che ogni singola classe di azioni, indipendentemente dalla materia delle azioni stesse, può offrire delle eguali particolarità importanti per la determinazione del valore della azione che viene esperita; dopo che ci si è occupati del valore legale, è d'uopo che ci si occupi di queste possibili particolarità comuni, le quali, o sono relative alle persone fra le quali la lite si agita o sono relative all'oggetto dell'azione.

Finchè nel rapporto giuridico che si fa valere non vi sono che due persone, quella che intenta l'azione e quella contro la quale l'azione viene esercitata, nessuna difficoltà si presenta per la determinazione della competenza per valore relativamente ai soggetti attivo e passivo dell'azione; la causa ha quel valore che ha il diritto di colui il quale esercita l'azione. Ond'è che, per esempio, per un contratto di compra-vendita il valore della causa non va desunto dal cumulo dell'ammontare del prezzo col valore della cosa, ma va desunto o dall'ammontare del prezzo o dal valore della cosa, a seconda che chi intenta l'azione è il compratore od il venditore; chè, se viene dedotto in giudizio un diritto metà del quale non si contesti appartenere al convenuto, la competenza va calcolata su quella metà che l'attore afferma a lui spettare (7).

Le difficoltà sorgono quando nel rapporto giuridico vi sono più persone che esercitano o possono esercitare la azione, o più persone contro le quali l'azione è o può essere esercitata. In allora trattasi di stabilire se il valore delle azioni deve essere determinato a base del valore totale del rapporto giuridico che viene dedotto in giudizio, od a base dei rapporti parziali che il rapporto giuridico ha relativamente ad ogni singola persona che esercita l'azione, o contro la quale l'azione viene esercitata. Così, per esempio, dato che venga fatta valere l'azione derivante da un mutuo di lire 2000 nel quale vi siano due creditori o due debitori, trattasi di stabilire se la competenza deve essere determinata a base delle lire 2000, importo totale del mutuo, od a base

---

(1) Confr., art. 78, 80, capov. 2°, cod. proc. civ.

(2) Art. 80, capov. 2°, cod. proc. civ. Questa disposizione fu tratta dall'art. 91 codice delle Due Sicilie. Il capoverso dell'art. 78 però non parla di impugnativa che deve esser fatta nella forma imposta, ma non per questo ciò deve essere escluso. Infatti nel capoverso dell'art. 78 sta scritto: « se l'attore non faccia la dichiarazione, o il convenuto non l'accetti ... »; ma se in presenza di una dichiarazione di valore il convenuto anzichè impugnarla discuta la causa avanti il giudice adito, evidentemente accetta quella dichiarazione, e se l'accetta, non può più ritornare sul fatto proprio. Le parole usate nelle due disposizioni delle quali ci si sta occupando sono diverse, ma il concetto, evidentemente, è il medesimo.

(3) Art. 80, capov. 1°, cod. proc. civ.

(4) Art. 80, capov. 2°, cod. proc. civ.

(5) Art. 80, capov. 2°, cod. proc. civ.

(6) Vedi Cass. Torino, 23 luglio 1883, *Giocosa* c. *Guglielmada* (*Giur.*, Torino, 1883, 991).

(7) Cass. Torino, 29 ottobre 1878, *Marchesotti* c. *Segrè* (*Giur.*, Torino, 1879, 169).

di lire 1000 competenti a ciascun creditore o dovute da ciascun debitore. Alcune decisioni cercano di risolvere le difficoltà riportandosi al disposto dell'articolo 73 del codice di procedura civile; se il titolo è unico ritengono si debba avere in considerazione il valore totale; se si tratta di titoli distinti, il valore di ciascun titolo (1). Il riportarsi a tale principio, per risolvere le difficoltà, è fuori di proposito. L'articolo 73 prevede il caso di più capi di domanda proposti nello stesso giudizio, non il caso di azione competente a o contro più persone. È ben vero che ognuno degli attori può proporre un capo di domanda suo proprio, e contro ognuno dei debitori possono essere proposti capi di domanda distinti, ma questa è una accidentalità più di forma che di sostanza, che potrebbe anche non verificarsi senza che per ciò non si tratti di azione proposta da o contro più persone. Invece di ricorrere all'articolo 73, è d'uopo invece richiamarsi all'indole del rapporto giuridico nel quale vi sono più soggetti attivi o passivi.

Quest'indole è diversa a seconda dei casi.

Alle volte il rapporto giuridico ha solo l'apparenza di rapporto unico; nel fatto tanti sono i rapporti giuridici quanti sono i soggetti attivi o quanti sono i soggetti passivi del rapporto stesso. Ciò si verifica nei rapporti divisibili e semplici: in questi casi tanti sono i rapporti giuridici quanti sono i debitori e i creditori, nessun legame havvi fra i soggetti attivi, nessuno fra i soggetti passivi di tali rapporti: a ciascun soggetto attivo appartiene l'azione per chiedere in giudizio quanto gli spetta; il soggetto attivo non può domandare ai soggetti passivi che quanto da ciascuno di questi è dovuto. Atteso ciò, in questi casi non è una azione che viene esercitata, vi sono tante azioni quanti sono i soggetti attivi ed i soggetti passivi. E poichè, come si è veduto al n. 38, tanti sono i giudizi quante sono le azioni, e la competenza va determinata in relazione ad ogni singola azione, così nel caso che si sta esaminando la competenza va determinata a base di quanto a ciascun creditore spetta e da ciascun debitore è dovuto, in modo che se il valore differente delle singole quote è tale che alcune sieno inferiori alle lire 100 od alle lire 1500, ed altre superiori a tali somme, la competenza a giudicare su alcune è diversa dalla competenza a giudicare sulle altre.

Dal principio posto ne deriva che, quando un creditore chiede in giudizio il pagamento delle sua quota di credito, la competenza deve essere determinata a base del valore della quota da questo creditore chiesta (2); chè quando il creditore agisca contro uno fra più debitori, la competenza deve essere determinata a base di quanto dal creditore citato è dovuto (3). Questi principî sono applicabili anche quando uno dei creditori chiede o contro uno dei debitori si chiede la totalità (4), salvo, se del caso, gli effetti della dichiarazione o della presunzione di valore alle quali vi fosse luogo. Per l'applicazione dei principî or ora esposti è indifferente che originariamente nel rapporto giuridico vi fossero più soggetti attivi o più soggetti passivi, o che, per eventi successivi i diritti spettanti o le obbligazioni addossate ad uno siano passate a più (5); come si è veduto al n. 38, è lo stato di fatto al momento della citazione quello a base del quale si deve determinare la competenza, ed una volta che per lo stato di fatto esistente a quel momento vi sono più soggetti attivi o più soggetti passivi, il rapporto giuridico non è più unico, havvi la moltiplicità dei rapporti giuridici, e però la moltiplicità delle azioni che si possono far valere.

Ai principî esposti il codice di procedura, seguendo il dettato del diritto romano (6), ha fatto una eccezione quando più persone chiedono in un medesimo giudizio da uno o più obbligati la parte di un credito; per questo caso l'articolo 74 dispone che il valore della causa si debba determinare dalla somma totale (7). Ma questa essendo una eccezione ai principî generali, che non ha alcun altro motivo che la giustifichi se non quello di trovarsi nel *Corpus juris*, deve esser ristretta al caso tassativamente dalla legge indicato, al caso cioè della esistenza di più creditori e del diritto da essi fatto valere nel medesimo giudizio; se le azioni non vengono fatte valere nello stesso giudizio, l'articolo 74 non riceve applicazione.

Non basta però che più persone facciano valere in uno stesso giudizio le azioni a loro competenti perchè il valore si debba computare a base del cumulo delle azioni; è d'uopo anche che il rapporto giuridico fra queste persone e il debitore od i debitori abbia l'apparenza del rapporto giuridico unico; che se tale apparenza mancasse di applicazione dell'articolo 74 non sarebbe il caso di discorrere. E però, se il diritto di ciascuno dei creditori proviene da titolo distinto, ed i creditori si uniscono per far valere le loro azioni contro lo stesso debitore (8), anche se eguali sono le azioni esercitate,

(1) App. Casale, 7 settembre 1869, *Manonera* c. *Monaldi* (*Gazz. G.*, 1869, 76); App. Torino, 25 aprile 1871, *Silva* c. *Bolognino* (*Giur.*, Torino, 1871, 449); Cass. Firenze, 1° luglio 1895, *Frisotti* c. *De Paoli* (*Temi Ven.*, 1895, 434); Cass. Roma, 16 aprile 1886, *Rocchi Sioti* c. *Pambianco* (*Temi Rom.*, 1886, 288); App. Torino, 31 ottobre 1881, *Pugliese* c. *Rigolone* (*Giur.*, Torino, 1882, 52).

(2) Cass. Torino, 28 aprile 1876, *Gilardi* c. *Gilardi* (*Giur.*, Torino, 1876, 647); Cass. Napoli, 24 gennaio 1876, *D'Anna* c. *D'Anna* (*Ann.*, 1878, I, 583); Cass. Torino, 5 dicembre 1882, *Cotonificio Cantoni* c. *Oggioni* (*Giur.*, Torino, 1883, 97); Cass. Napoli, 17 luglio 1885, *Carelli* c. *Calabrese* (*Foro It.*, 1885, I, 1228); Cass. Torino, 6 dicembre 1886, *Rotta* c. *Schellino* (*Giur.*, Torino, 1887, 9); Cass. Firenze, 21 novembre 1892, *Maddalozzo* c. *Trieste* (*Temi Ven.*, 1893, 22); Pretore di Santa Croce di Magliano, 19 maggio 1894, *Pallante* c. *Petti* (*Concil.*, 1894, 421); Cass. Firenze, 1° aprile 1895, *Zamboni* c. *Zamboni* (*Ann.*, 1895, 1, 177); Cass. Napoli, 7 settembre 1886, *Cuccurullo* c. *Romano* (*Gazz. Proc.*, XXI, 292).

In contrario fu statuito che per la competenza si deve tener conto dell'atto su cui si basa l'azione o la eccezione, quantunque l'atto sia stato stipulato a vantaggio di più persone aventi un interesse singolo: Cass. Roma, 20 agosto 1890, *Saracini* c. *Sebastiani* (*Ann.*, 1890, I, 395).

(3) Cont. Mattirolo, I, 321.

(4) V., in senso contrario, Cass. Napoli, 21 marzo 1882, *Scafuri* c. *Lippiello* (*Gazz. Proc.*, XVII, 173).

(5) V. App. Napoli, 5 marzo 1884, *Vitelli* c. *Picciocchi* (*Gazz. Proc.*, XIX, 322); Trib. Palermo, 13 febbraio 1885, *Triaca* c. *Gargano* (*Circ. giur.*, 1885, 316).

(6) L. 11, § 2, D. *de jurisd.*, 2, 1.

(7) App. Roma, 7 aprile 1884, *Laurenti* (*Tem. Rom.*, 1884, 749); Cass. Torino, 10 marzo 1887, *Gazzano* c. *Gazzano* (*Giur.*, Torino, 1887, 311); Cass. Napoli, 27 febbraio 1890, *Di Masi* c. *Soc. operaia di Potenza* (*Gazz. Proc.*, XXIV, 280); App. Casale, 8 giugno 1883, *Perotti* c. *Morino* (*Giur. Cas.*, 1883, 568).

(8) Quanto si dice nel testo lo si dice salva però e impregiudicata la questione di merito, se i creditori possano addivenire a siffatta unione.

non dal valore totale deve essere determinata la competenza, ma dal valore di ciascun titolo preso separatamente (1).

Altre volte, invece, ad onta che vi siano più soggetti attivi o più soggetti passivi del rapporto giuridico, il rapporto giuridico si presenta come unico, o che tale lo sia realmente, come nei rapporti solidali, o lo sia solo eccezionalmente per necessità relative al suo oggetto, come nei rapporti indivisibili. Infatti, se nei rapporti solidali tra soggetti attivi ogni soggetto attivo può pretendere l'intiero, e nei rapporti solidali passivi ogni soggetto passivo deve l'intiero, il rapporto giuridico è unico atteso il legame personale che lega i varii soggetti fra loro. Se nei rapporti indivisibili ogni soggetto attivo può pretendere ed ogni soggetto passivo deve l'intiero, il rapporto giuridico relativamente al suo oggetto, occasionalmente all'indole della cosa dovuta, è unico fino a che l'indivisibilità dura. In questi casi, dunque, non vi sono tante azioni quanti sono i soggetti attivi e passivi del rapporto giuridico, vi è una sola azione. E se vi è una sola azione, il suo valore non può essere che l'intiero valore del rapporto giuridico che con l'azione stessa viene fatto valere, e su tale valore deve essere determinata la competenza. Non importa che la solidarietà e la indivisibilità esistano di fatto perchè la competenza debba essere determinata dall'intiero valore del rapporto giuridico, basta che le stesse sieno soltanto pretese, dal momento che non devesi la competenza misurare dal deciso, ma da ciò che è portato alla decisione del magistrato (2). Quanto però si è detto riceve applicazione solo quando è il soggetto o soggetti attivi che agiscono rispettivamente contro il soggetto o soggetti passivi; ma se uno dei soggetti attivi agisce contro quello dei soggetti attivi che ha ricevuto la cosa oggetto del rapporto giuridico onde ottenere la porzione che gli spetta, o se chi agisce è quello dei soggetti passivi che ha fatto il pagamento onde ottenere la rivalsa di ciò che pel convenuto ha pagato, in allora esistono tanti rapporti giuridici, e però tante azioni, quanti sono coloro che possono intentare l'azione o contro dei quali l'azione può essere intentata, e conseguentemente la competenza non deve essere determinata a base del totale ma a base di ciò che a ciascuno o da ciascuno è dovuto (3).

93. Dopo esserci occupati delle particolarità importanti per la competenza per valore che tutte le azioni possono presentare relativamente ai soggetti attivi e passivi, è d'uopo occuparci di quelle particolarità che tutte le azioni possono presentare relativamente all'oggetto.

L'oggetto delle azioni può essere un diritto perpetuo, un diritto vitalizio o un diritto temporaneo. Nella legge non esistono disposizioni le quali determinino per ogni e qualsiasi caso il valore di tali diritti, vi sono disposizioni solo relativamente alla intiera proprietà, alla nuda proprietà ed all'usufrutto di immobili, relativamente alle rendite perpetue, vitalizie e temporanee e relativamente alle locazioni. Ma per altre cose che non siano immobili o rendite, per altri rapporti giuridici che non sono locazioni, può verificarsi l'esistenza di diritti perpetui, vitalizi o temporanei, sicchè è d'uopo stabilire principii applicabili a tutti i casi, estendendo fin dove è possibile per analogia i principii che informano le disposizioni date dalla legge pei casi previsti, ai casi dalla legge stessa non previsti.

Osservando gli articoli 76, 1° capoverso, e 79, 1ª parte e capoverso 1°, del codice di procedura civile, è dato stabilire il principio generale applicabile in tutti i casi nei quali è d'uopo procedere alla valutazione di diritti perpetui e vitalizi. Il valore totale delle cose oggetto del rapporto giuridico deve esser preso a base per la determinazione della competenza solo allorquando si tratta di diritti perpetui; quando invece si tratti di diritti vitalizi, il valore del diritto vitalizio agli effetti della competenza è la metà del valore totale della cosa oggetto del diritto stesso, come è metà del valore della cosa oggetto del diritto, il valore del diritto di colui il cui diritto è limitato per effetto del diritto esistente.

Per quanto riguarda i diritti temporanei, le disposizioni che si trovano nel codice di procedura civile sono contraddittorie; poichè, nel mentre per le rendite temporanee è stabilito che la competenza si determina dal cumulo totale delle rendite quando la rendita sia per un tempo inferiore ai dieci anni, e quando la rendita deve durare per un tempo indeterminato o superiore ai dieci anni, si determina a base del cumulo di dieci annualità (4), per le locazioni, in quella vece, si trova stabilito che la competenza si determina dal cumulo dei fitti o delle pigioni di cui si contende (5). Attesa la diversità di principii accolti dal legislatore in tema di diritti temporanei, le disposizioni della legge non possono dare il mezzo di formulare un principio generale applicabile a tutte le azioni, oggetto delle quali sia un diritto temporaneo; ogni singola classe di azioni oggetto delle quali sia un diritto temporaneo sarà retta dai principii propri alla classe stessa.

94. In uno stesso giudizio, come si è veduto al n. 37, possono essere fatte valere più azioni, ed in tal caso, come ivi si è dimostrato, la competenza deve essere determinata ad ogni singola azione che viene fatta valere. È questo il principio che relativamente alla competenza per valore ha voluto applicare l'articolo 73 codice di procedura civile; quando i capi di domanda siano più e dipendano da titoli distinti, per determinare la competenza si ha riguardo al valore di ciascun titolo preso separatamente (6). Questa, che è la riproduzione della L. 11 Dig. *de jurisd.*, 2, 1, non è che l'applicazione del principio generale posto al n. 37, epperò non costituisce una norma eccezionale applicabile solo in quanto più siano i capi della domanda; è una conferma del principio generale che tanti sono i giudizi quante sono le azioni (7). Non importa che i titoli si trovino distinti per la loro intima natura o si trovino distinti perchè le parti abbiano voluto una tale distinzione; la volontà delle parti capace di creare un solo titolo, è capace di crearne più, e la volontà stessa deve

(1) V., in vario senso, Cass. Torino, 28 febbraio 1883, *Quaranta* c. *Garofoli* (*Giur.*, Torino, 1883, 557); App. Torino, 5 febbraio 1886, *Poet e altri* c. *Lobetti-Bodoni* (*Giur.*, Torino, 1886, 228); App. Brescia, 22 marzo 1881, *Gallora* c. *Finanze* (*Foro It.*, 1881, I, 382); App. Bologna, 25 febbraio 1882, *Banca di Torino* c. *Perfetti* (*Giur. It.*, 1882, II, 160).

(2) V. App. Genova, 8 marzo 1869, *N. N.* (*Ann.*, 1869, II, 304).

(3) V. Trib. di Castrovillari, 5 giugno 1868, *De Bonis* c. *De Bonis* (*Gazz. G.*, 1868, 582).

(4) Art. 76, capov. 1° e 2°, codice procedura civile.

(5) Art. 77 codice procedura civile.

(6) Cass. Firenze, 5 agosto 1889, *Zillo* c. *Tescari* (*Gazz. Proc.*, XXIII, 308).

(7) Cass. Firenze, 3 maggio 1875, *Bertoja* c. *Coletti* (*Eco Trib.*, 1875, 825); Trib. Messina, 19 agosto 1871, *Di Bella* c. *Carrozza* (*Temi Z.*, 1871, 73); App. Torino, 28 aprile 1868, *Andruti* c. *Righetti* (*Gazz. G.*, 1868, 505); App. Brescia, 24 febbraio 1869, *Dolci* c. *Dolci* (*Ann.*, 1869, II, 597); App. Lucca, 14 luglio 1873, *Falugi* c. *Tozzi* (*Ann.*, 1873, II, 222); App. Catanzaro, 19 giugno 1868, *Gangi* c. *Prezia* (*Ann.*, 1868, II, 603); App. Genova, 19 novembre 1866, *Traverso* c. *Durante* (*Gazz. G.*, 1866, 319). Vedi anche Trib. Pinerolo, 20 gennaio 1874, *R.* c. *S.* (*Giur.*, Torino, 1874, 95).

produrre tutti gli effetti giuridici dei quali è capace (1); è alla connessione delle varie cause di domanda che devesi attendere per vedere se i titoli siano uno o più (2).

Al n. 37 si è veduto che, per determinare la competenza, non si ha riguardo alla forma che l'attore diede alla azione proposta in giudizio, ma alla realtà: da questo principio si deduce il corollario che, se l'attore diede all'esercizio di più azioni la forma di esercizio di azione unica, non è una sola azione che egli esercita, ma più. Ond'è che, se l'attore, invece di proporre la sua domanda in tanti capi distinti quante sono le azioni da lui esercitate, propone una domanda nella quale cumula il valore delle azioni distinte presentandole come un solo valore dovuto, i valori delle singole azioni devono, per determinare la competenza, essere distinti, e la competenza va determinata in relazione al valore delle singole azioni proposte (3).

Trovasi giudicato che, se l'articolo 73 dispone che, per determinare il valore della causa, quando i capi di domanda siano più e dipendano da titoli distinti, si ha riguardo al valore di ciascuno, non ne viene che possa declinarsi la competenza maggiore, perchè uno dei capi singolarmente considerati rientra nella competenza inferiore; chè quando havvi un capo solo che sia di competenza superiore, havvi la competenza superiore per tutti (4). Tale principio non può essere accolto. A parte il caso in cui siavi connessione fra i vari capi di domanda dipendenti da titoli distinti, chè allora tornano applicabili le regole che saranno esposte quando verrà parola della connessione, negli altri casi la competenza deve essere determinata a base di ogni singola azione che viene esercitata: non si può portare la causa di competenza del giudice inferiore al giudice superiore pel fatto puramente accidentale che avanti il giudice superiore si istituisca altro giudizio di competenza del giudice stesso. Una volta che ogni singola azione è distinta dalle altre, deve seguire la competenza propria, e nel caso previsto nella ipotesi devono essere istituiti tanti giudizî diversi quante sono le competenze diverse che devono essere adite. Ed è ciò che la più recente giurisprudenza afferma (5).

La completa teoria relativa alla materia oggetto di questo numero non può essere appresa se non in relazione alla materia che sarà esposta nel numero seguente.

95. Una stessa azione può dar luogo a più capi di domanda. Se i valori di questi capi, tanto da soli, quanto sommati insieme, entrano nella competenza del giudice adito, qualunque indagine è inutile; la competenza si determina dal valore degli stessi. Ma se i valori di questi vari capi singolarmente presi entrano nella competenza di un magistrato, e sommati insieme ammontano ad una somma di competenza del magistrato superiore, è importante stabilire se devono essere, agli effetti della competenza, considerati singolarmente o nel loro assieme (6). In Francia, dopo lunghe controversie nella dottrina e nella giurisprudenza, colla legge 25 maggio 1838 (7) fu stabilito che tutti i capi delle domande dovessero essere addizionati, e che la competenza si dovesse determinare a base del valore risultante da tale addizione. Un tale sistema fu seguito dal codice di procedura delle Due Sicilie (8), dal sardo del 1854 (9), e più tardi dal codice di procedura germanico (10). Il codice parmense (11), l'estense (12) ed il sardo del 1859 (13) in quella vece facevano una distinzione: se i capi di domanda dipendono dallo stesso titolo si devono addizionare, se dipendono da titoli distinti la competenza deve determinarsi dal valore di ciascun capo preso separatamente. Se la competenza per valore viene determinata a base delle azioni proposte, il valore delle azioni non può risultare che dal valore complessivo delle domande alle quali l'azione dà luogo se è una sola l'azione esercitata, dal valore delle singole azioni se le azioni esercitate sono più. È questa la teorica che si deduce dai principî fondamentali in materia di competenza per va-

(1) App. Palermo, 17 giugno 1882, *Buscaino* c. *Presciutto* (*Circ. giur.*, 1833, 223); Trib. Modena, *Cattani* c. *Barbanti* (*Riv. leg.*, 1887, 91).

(2) Vedi App. Palermo, 17 luglio 1882, *Buscaino* c. *Presciutto* (*Ann.*, 1882, II, 412).

(3) L'App. di Lucca, 11 luglio 1873, *Falugi* c. *Tozzi* (*Ann.*, 1874, II, 22), così statuiva:

« Atteso che non poteva cader dubbio nel caso in disputa che il credito reclamato in ordine alla obbligazione resultante dall'atto 4 febbraio 1862 fosse separato e distinto dall'altro credito in ordine alla precedente obbligazione 4 febbraio 1851;

« Che detto valore non poteva essere sommato con l'altro del credito maggiore per capitale ed interessi resultante dalla obbligazione più volte ricordata del 4 febbraio 1851, perchè costituente titolo distinto, separato e diverso, onde ne derivavano azioni separate e distinte, e formavano ciascuna merito distinto e separato, che non era permesso cumulare per il chiaro disposto dell'art. 73 sopra citato;

« Che per disapplicare questo articolo non giovava addurre che la domanda dell'attore Tozzi non aveva più capi ma un capo solo, chiedendosi il pagamento di una somma cumulata di capitale ed interessi; imperocchè è troppo facile conoscere che la naturale cumulazione di una somma complessiva per operazione aritmetica di addizionare più somme dipendenti da titoli distinti, non poteva alterare la verità e sostanza della cosa, rimanendo sempre in fatto che la somma complessiva era composta di due parziali fra loro distinte e dipendenti da titoli, come fu detto, diversi, che davano vita ad azioni separate e distinte, e facevano sorgere due cause diverse, e nella stessa loro unione il giudice avrebbe dovuto in realtà due cause decidere con una sola sentenza; altrimenti riuscirebbe troppo agevole eludere e alterare la somma di competenza, mentre con semplici addizioni sommando titoli con titoli e conchiudendo con la domanda di una somma complessiva, si potrebbe abbracciare titoli diversi interessanti diverse competenze, contro il preciso disposto della legge che nell'interesse dell'ordine pubblico volle demarcato ».

Ad onta di tante ovvie ragioni trovasi giudicato che, quando la domanda è unica non è il caso di ricercare se la stessa dipende da più titoli, ed anche se dipendesse da più titoli la competenza dovrebbe essere determinata in relazione al valore totale della domanda: App. Genova, 4 ottobre 1867, *Lavaghino* c. *Maghella* (*Gazz. Giur.*, 1867, I, 249); stesso giorno, *Adaglione* c. *Ridolfi* (*Gazz. Giur.*, 1867, 468).

(4) App. Firenze, 1° aprile 1878, *Sindaco di S. Miniato* c. *Pellegrini* (*Foro It.*, 1878, I, 347); Cass. Napoli, 15 marzo 1878, *Lopez* c. *Fonte* (*Ann.*, 1878, I, 454).

(5) App. Catania, 29 settembre 1891, *Caponnetto* c. *Batacchi* (*Giur. Cat.*, 1891, 201); App. Roma, 27 luglio 1893, *Cini* c. *Viviani* (*Temi Rom.*, 1893, 282); App. Genova, 1° giugno 1886, *Geddo* c. *Com. Artovero* (*Eco Giur.*, 1886, 205).

(6) Vedi Cass. Napoli, 8 aprile 1885, *Rotunno* c. *Cicuzzi* (*Gazzetta Proc.*, XX, 246).

(7) Art. 9.

(8) Art. 47.

(9) Art. 30.

(10) § 5.

(11) Art. 52.

(12) Art. 30.

(13) Art. 33

lore che nel numero precedente si vide seguita dal legislatore italiano nel caso in cui sieno fatti valere titoli distinti, è questa la teorica che il legislatore italiano seguì nel caso di più capi di domanda dipendenti dallo stesso titolo. Infatti l'art. 73 della procedura civile dispone: « quando i capi di domanda siano più si sommano tutti per determinare il valore delle cause se dipendano dallo stesso titolo » (1). Per l'applicazione di questa disposizione è indifferente che tutti i capi o soltanto alcuni siano contestati; quando tutti sono dedotti in giudizio, la competenza va determinata sempre a base del cumulo dei loro valori (2).

Dalla combinazione del principio posto nel numero precedente e di quello or ora posto risulta che, per determinare la competenza, si guarda ai titoli che vengono fatti valere; se il titolo è unico, i capi di domanda siano uno o più, il valore agli effetti della competenza è il valore dell'intiero titolo, se i titoli sono più, sianvi più capi di domanda od uno solo, il valore della azione, agli effetti della competenza, è il valore di ciascun titolo preso separatamente. Ond'è che nella pratica, per determinare se è o no competente il giudice adito, è necessario l'esame se si fa valere un titolo solo o più. Una tale ricerca è in parte di fatto (3), in parte di diritto. È ricerca di diritto in quanto si tratta di stabilire la definizione di titolo unico, è ricerca di fatto in quanto si tratta di determinare se nella specie che si presenta allo esame del magistrato vi siano o no gli estremi compresi nella definizione di titolo unico. Naturalmente noi non ci dobbiamo occupare di quanto concerne il fatto, ci si deve occupare solo di quanto concerne il diritto.

Il titolo è unico, quando le varie parti delle domande dipendano dalla stessa causa, dipendono cioè dallo stesso fatto giuridico (4); se le varie parti delle domande dipendono da cause distinte, i titoli sono distinti. I principî che si vanno ad esporre serviranno a distinguere nella pratica quando le varie parti delle domande dipendano dalla stessa causa e quando dipendano da cause distinte:

1° Per determinare la competenza vuolsi aver riguardo non alla naturale distinzione dei titoli, ma alla distinzione delle loro cause (5).

2° Per determinare la competenza non devesi aver riguardo alla eguaglianza nella materia dei titoli fatti valere, ma alla loro unicità o pluralità (6).

3° Per titolo non deve intendersi il documento che fa prova della esistenza del diritto che viene fatto valere in giudizio, ma lo stesso diritto. Ond'è che, se la esistenza di un diritto risulti da documenti diversi, ognuno dei quali contiene la prova della esistenza di una parte del diritto che si fa valere, il titolo è unico, quantunque la prova della sua esistenza risulti da documenti diversi; e, viceversa, se uno stesso documento fa prova di diritti fra loro distinti, havvi pluralità non unicità di titolo (7).

4° Non havvi titolo unico quando, alla persona che eser-

(1) App. Roma, 7 agosto 1884, *Laurenti* (*Temi Rom.*, 1884, 749); Cass. Roma, 30 aprile 1888, *Castelli* c. *Terribili* (*Ann.*, 1888, I, 262).

(2) Vedi Cass. Torino, 12 dicembre 1891, *Dellavalle* c. *Ansaldo* (*Giurispr.*, Torino, 1892, 154).

(3) App. Torino, 15 febbraio 1887, *Boido* c. *Durando* (*Giurispr.*, Torino, 1887, 196).

(4) Confr. Mattirolo, I, 219; Trib. Bologna, 30 dicembre 1883, *Nigherzoli* c. *Albini* (*Riv. giur.*, Bologna, 1884, 24); Cass. Torino, 25 marzo 1886, *Condotti* c. *Ribordi* (*Giur.*, Torino, 1886, 416); App. Milano, 15 aprile 1890, *Mambretti* c. *Bolzi* (*Mon. Trib.*, 1890, 461); App. Trani, 20 marzo 1895, *Maschiezck* c. *Comune di Vernole* (*Riv. di giur.*, Trani, 1895, 781).

L'App. di Venezia nella decisione 22 dicembre 1882, *Consorzio di Casarsa* c. *Portalupi* (*Temi Ven.*, 1882, 171), così considerava:

« La competenza per ragione di valore va, giusta l'art. 72 del vigente codice di proc. civ., determinata dalla domanda. Ora, il Consorzio, colla citazione introduttiva del presente giudizio, ha formulato un capo unico di domanda, chiedendo la condanna del convenuto al pagamento di somma eccedente le lire 1500; ha quindi con ragione (art. 84) adito il tribunale di Verona.

« L'appellato però osserva che la somma libellata è il cumulo di altre due dipendenti da titoli distinti; una parte (lire 1447,57) riflette spese di ristauro che il Consorzio afferma aver sostenuto per conto di esso appellato, e di cui domanda il rimborso come un *negotiorum gestor*; l'altro (lire 1890) contempla pretese per danni cagionati dalla rotta della Vienega ai fondi rimasti allagati, e di cui domanda risarcimento in forza di una obbligazione *ex facto* del tutto diversa. Ora, continua l'appellato, siccome giusta l'art. 73 del cod. di proc., per determinare il valore della causa non si sommano che i capi di domanda che dipendono dallo stesso titolo, ne viene che la domanda relativa alla rifusione per spese di ristauri non potendo venir unita a quella d'indennizzo, non fosse di competenza del tribunale adito.

« Ma il ragionamento è più specioso che solido. Anche ammessa la divisibilità in due capi della domanda proposta in un capo solo dalla parte attrice, non è vero che essi abbiano il loro fondamento in due titoli diversi, perchè la causa *proxima actionis* pel pagamento sì dell'una che dell'altra somma sarebbe sempre la violazione per parte del convenuto degli obblighi assunti dai di lui autori colla carta del 1716, in forza della quale si sarebbero impegnati di mantenere in perfetta condizione gli argini e la chiavica, autorizzando la comunità di Monteforte a farli, in difetto, riattar a sue spese; e di risarcire tutti i danni che quella comunità e i Consorzi di Decima e Casarsa fossero per risentire in causa di rotta degli argini stessi. Trattasi quindi di azione unica derivante dal contratto, comunque abbia due specie diverse, per cui i capi di domanda devono essere riuniti onde determinare la competenza per valore ».

(5) Appello Genova, 4 aprile 1877, *Francheo* c. *Banca Popolare* (*Eco Giur.*, 1877, 123).

(6) Cass. Torino, 28 luglio 1881, *Forte* c. *Soc. Ferr. A. I.* (*Mon. Trib.*, 1881, 896); Appello Venezia, 7 agosto 1881, *Mischio* c. *Finanza* (*Temi Ven.*, 1881, 354); Pret. di Naro, 22 dicembre 1866, *Bellone* c. *Bellomo e Vajolo coniugi* (*Legge*, 1867, I, 428).

(7) Cass. Firenze, 29 aprile 1875, *Bertoja* c. *Coletti* (*Annali*, 1875, II, 221); App. Casale, 7 settembre 1869, *Mazzonero* c. *Menaldi* (*Gazz. G.*, 1870, 76); Appello Perugia, 8 agosto 1870, *Fratini* c. *Janni* (*Giur.*, Torino, 1870, 534); Cass. Torino, 25 maggio 1880, *Corradi* c. *Benza* (*Giur.*, Torino, 1880, 455); Appello Torino, 7 marzo 1878, *Corte* c. *Antoniotti* (*Giur. It.*, 1878, 1, 2, 451); Cass. Torino, 28 ottobre 1884, *Delorenzi* c. *Delorenzi* (*Giur.*, Torino, 1884, 754); Appello Casale, 3 febbraio 1885, *Locatelli* c. *Mazzoni* (*Giur. Cas.*, 1885, 266); Appello Torino, 22 dicembre 1894, *Thomasset* c. *Bionaz* (*Giurisp.*, Torino, 1895, 193).

La Cass. di Roma, 8 luglio 1881, *De Angelis* c. *Betti* (*Foro It.*, 1881, I, 888), così ragionava:

« Attesochè senza attendere l'eccezione di inammissibilità di ricorso dedotta dall'intimata che si dice fondata su vari articoli della procedura civile, e sul testo unico delle leggi pel riordinamento del notariato, senza però accennarsi neppure in che cosa si faccia consistere il motivo di tale inammissibilità, e passando al merito del ricorso, il punto della questione sottoposta al giudizio della Suprema Corte consiste nel sapere se sopra un solo titolo ovvero sopra più titoli distinti si fondi l'azione promossa dal signor don Vincenzo De Angelis in qualità di abate curato di Civitaquana, contro la signora Rosa Betti-Chiola pel pagamento di lire 2202, coi relativi interessi, dovuto in forza di testamento del fu Antonio Betti.

cita l'azione, il diritto che essa fa valere compete in distinte sue qualità; od alla persona alla quale l'obbligo è addossato l'obbligo stesso le è addossato in distinte sue qualità (1).

5° Dovendosi per la determinazione della competenza attendere allo stato di fatto esistente al momento della citazione, se in origine esistevano più titoli i quali al momento

« Il suddetto Betti, instituendo erede universale la propria madre Rosa, l'aveva gravata di vari pesi e legati fra i quali: 1° che due anni dopo la sua morte si facessero dei ristauri alla chiesa rurale di S. Egidio assegnando a tale scopo ducati duecento; 2° che un anno dopo la sua morte fosse consegnata la somma di ducati trecento alla chiesa madre del Comune, da erogarsi nelle spese della sua costruzione. La domanda avanzata dal De Angelis dopo avere ottenuta l'autorizzazione ad accettare i legati ebbe quindi per oggetto il pagamento di queste due somme, le quali perciò, secondo che ritengansi dipendenti o da un solo titolo o da due titoli distinti, dovranno o non dovranno, a senso dell'art. 73, proc. civile, cumularsi per l'effetto di determinare la competenza del tribunale o del pretore.

« La Corte d'appello di Aquila, dopo avere nella denunziata sentenza premesso non doversi confondere il titolo col *documento* che lo dimostra, potendo un documento stesso contenere più titoli distinti, osserva, che sebbene l'azione del De Angelis abbia il suo appoggio in un solo testamento, pure la somma di cui egli chiese il pagamento essendo dovuta in forza di due separati legati debbono quindi dirsi dipendenti da due titoli distinti. Soggiunge poi la distinzione fra i due titoli risultare marcatissima dall'essere volti i legati a beneficio di due chiese, dal consistere in somme differenti, dal doversi pagare in tempi e modi diversi, e dall'essere stati ordinati in due capitoli separati.

« Attesochè potrebbe anzitutto notarsi che la distinzione che giustamente ammette la sentenza fra *documento* e *titolo*, non è applicabile in egual modo agli atti di ultima volontà come agli atti fra vivi. In ordine a questi ultimi si sa che tanti sono i titoli quante sono le specie dei contratti che si stipulano, e poichè in uno stesso atto si possono cumulare più convenzioni, ciascuna per sè stante ed aventi figure e conseguenze giuridiche proprie, quando è chiesto l'adempimento di coteste distinte convenzioni, non potrà mai dirsi che contenga più capi dipendenti da uno stesso titolo benchè tutte le convenzioni risultino da un documento solo. Ma in quanto agli atti di ultima volontà avviene ben diversamente. Il testamento non è soltanto un documento, ma è un titolo per sè stesso. Esso, secondo la definizione dell'art. 759 cod. civ., è l'atto col quale taluno dispone per il tempo in cui avrà cessato di vivere di tutte le proprie sostanze o di parte di esse in favore di una o più persone. È vero che tale disposizione può essere a titolo universale od a titolo particolare, e sotto tal rispetto ben può dirsi che l'antica distinzione fra titolo *pro legato* e titolo *pro haerede* sussista ancora. Ma fatta questa separazione fra eredità e legato, non è permesso farne ancora altre fra *legato* e *legato*, per dire che una domanda pel conseguimento di più legati lasciati in forza di un testamento derivi da più titoli distinti.

« O che siano i legati ordinati con separati articoli anzichè in una continua orazione, o che sia eguale ovvero diversa la quantità lasciata con ciascuno di essi, o che si debbano pagare in un sol tempo e modo o in tempi o modi diversi, son tutte circostanze queste che non valgono a scindere l'unicità del titolo ed a costituire più titoli distinti di guisa che il legatario il quale sia stato dal testatore onerato di più legati, col chiederne all'erede il pagamento debba adire per l'uno il pretore, per l'altro il tribunale quando il primo non superi e l'altro ecceda le lire 1,500; e non possa invece, avuto riguardo al valore complessivo di entrambi, esercitare una sola azione, come che contenente più capi dipendenti dallo stesso titolo, avanti il magistrato superiore in applicazione dell'art. 73 proc. civ. Il titolo infatti non è altro che la causa da cui nasce l'azione, e la causa dell'azione che promuove il legatario per il conseguimento di più cose o di più somme legategli è sempre una, vale a dire la volontà del testatore di beneficarlo, come unica è la causa della azione *ex-empto*, benchè abbia per oggetto cose distinte e diverse, quando siano state vendute in un medesimo contratto dallo stesso venditore allo stesso compratore.

« È vero che la sentenza, fra i criteri di cui si vale per considerare come dipendenti da distinti titoli i due capi di domanda del De Angelis, pone quello della duplicità delle chiese legatarie. Per fermo, se i legati in questione fossero stati lasciati a due enti autonomi e distinti, e se il De Angelis avesse promosso il giudizio di pagamento nella duplice qualifica di rappresentante dell'uno e dell'altro, bisognerebbe consentire con la sentenza stessa nella necessità di scindere il valore dei due legati all'effetto di determinarne la competenza, per la semplicissima ragione che in tal caso tratterebbesi non già di due capi di una domanda, ma di due domande principali proposte da due diversi legatari, a ciascuna delle quali dovrebbe perciò applicarsi il disposto generale dell'art. 72 proc. civ., il quale stabilisce che « il valore della causa si determina dalla domanda »: nè varrebbe ricorrere alla limitazione contenuta nel successivo art. 74, che, facendo il caso di *più persone* che chiedano in un medesimo giudizio il pagamento della loro parte d'un credito, desume il valore della causa dalla somma totale, giacchè quivi si allude ad un sol credito comune, mentre nell'ipotesi di due legatari, i legati lasciati dal Betti costituirebbero due crediti indipendenti l'uno dall'altro.

« Se non che l'ipotesi della sentenza manca di base, non sussistendo che per avere il testatore assegnata una somma pei restauri della *chiesa rurale* di S. Egidio, ed un'altra somma per la costruzione della *chiesa madre* del Comune, debba venirsi alla conseguenza che dunque due furono gli enti morali beneficiati ed istituiti legatari. Dalla sola considerazione che, se due somme dovevano, secondo l'intenzione del testatore, essere destinate alla fabbrica ed al restauro delle due chiese, non poteva certo la sentenza dedurre come dedusse la esistenza di due enti morali autonomi legatari. Il disponente nel provvedere specialmente al restauro della chiesa rurale, quand'anche avesse inteso di disporre a favore d'un ente distinto dalla chiesa madre, non potè certamente attribuirle una personalità propria, un'esistenza autonoma che non avesse avuto legalmente, nè far sì che non fosse più una dipendenza e tutta una entità giuridica colla chiesa madre rappresentata dall'abate curato di Civitaquana.

« Oltre a ciò, quand'anche la sentenza avesse desunta la separata autonomia delle due chiese non dalla sola diversa destinazione delle somme legate, ma da considerazioni basate direttamente sulla natura e sulla personalità delle medesime, in tal caso non avendo il De Angelis promosso il giudizio nella duplice qualità di rappresentante due enti distinti, ma solo come abate curato di Civitaquana, dichiarando anche espressamente d'aver diritto, come rappresentante della chiesa madre, a conseguire anche la somma destinata ai restauri della chiesa rurale da essa dipendente, la conseguenza a cui avrebbe dovuto discendere la sentenza sarebbe stata di assolvere la erede da questa parte di domanda, non già di dichiarare la incompetenza del tribunale. Infatti il vedere se la chiesa rurale abbia una personalità propria e indipendente dalla chiesa madre, o costituisca una sola entità giuridica colla medesima è questione di merito, dalla cui risoluzione dipendeva l'ammissione o reiezione della eccezione dedotta dalla erede per carenza di diritto nell'abate curato De Angelis al pagamento della somma legata. La Corte adunque risolvendola, per dichiarare incompetente il tribunale, venne a confondere una questione di merito concernente il diritto o non diritto dell'attore, colla questione di competenza, nel giudicare della quale non deve di massima aversi riguardo se non all'intenzione dell'attore, alla qualifica da lui spiegata in giudizio ed ai termini della domanda, riservata ogni indagine sulla verità e giustizia di quanto fu chiesto e dedotto al magistrato che deve statuire sul diritto ».

(1) Conf. Cass. Torino, 21 aprile 1893, *Aloè* c. *Scherpiode* (*Giur.*, Torino, 1893, 589); App. Torino, 23 novembre 1891, *Andreis* c. *Graglia* (*Giurispr.*, Torino, 1892, 182); App. Genova, 16 febbraio 1895, *Pontremoli* c. *Filiberti* (*Temi Gen.*, 1895, 143).

della citazione si trovano unificati, per la determinazione della competenza non si deve aver riguardo al valore che i singoli titoli avevano anteriormente alla unificazione, ma al valore del titolo che, in seguito alla unificazione avvenuta, al momento della citazione esista (1). Viceversa, se esisteva un solo titolo il quale anteriormente alla citazione sia stato diviso, la competenza si determina a base del valore dei singoli titoli che esistono al momento in cui la citazione viene notificata (2).

6° Dovendo la competenza essere determinata in relazione alle parti che sono in causa, l'unicità o la pluralità dei vari titoli deve essere determinata in rapporto alle parti stesse, ed è però indifferente che nei rapporti fra esse ed un terzo vi sia rispettivamente la pluralità o la unicità dei titoli (3).

7° Acciò vi sia un solo titolo non basta che un fatto faccia sorgere più diritti se distinte sono le cause per le quali il fatto fa sorgere i diritti stessi (4). Ma, quando la causa è unica non cessa di esservi un solo titolo perchè la causa operi su diritti distinti (5), o fatti distinti concorrano a dar vita ad azione per valore quale risulta al momento della citazione (6).

96. In un alla cosa principale possono essere dovuti gli accessori. Siccome l'accessorio dipende dal principale e forma con questo un tutto, così per determinare la competenza per valore, al valore della domanda principale deve aggiungersi il valore degli accessori, tutte le volte che per una o per altra ragione nella contestazione venga il principale (7). Non importa che l'accessorio sia chiesto in citazione, che sia chiesto colla domanda unitamente al principale o con domanda incidentale; in ogni caso deve essere cumulato col valore della cosa principale (8). Ma perchè ciò avvenga è d'uopo che il diritto all'accessorio vi sia al momento in cui la citazione viene notificata; se il diritto all'accessorio sorgesse dopochè la citazione è stata notificata, siccome allora si tratterebbe di cangiamento di valore avvenuto dopo la citazione, nessuna influenza avrebbe il cangiamento stesso nella determinazione della competenza. In applicazione di questo principio l'art. 72, 1° capov., codice procedura civile dispone che gli interessi scaduti, le spese ed i danni anteriori alla domanda giudiziale si sommano col capitale per il calcolo del valore, col che viene a dire che quelle posteriori alla domanda giudiziale non si sommano punto (9). Ma l'art. 72, 1° capov., non essendo che applicazione di un principio generale, non è che la conferma del principio stesso, e però non è una disposizione eccezionale che non permetta di applicare il principio nello stesso affermato, se non nei casi in essa disposizione previsti. Ond'è che non solo agli interessi scaduti, alle spese od ai danni il principio va applicato, ma anche ai frutti naturali e civili, alla penale che fossero dovuti (10); va applicato insomma a tutti i casi nei quali vi sono degli accessori; se il diritto all'accessorio era già perfetto al momento della citazione, il valore di questo va cumulato al valore del principale, in caso contrario, anche se richiesto per quando sarà divenuto perfetto il diritto allo stesso, non aumenta il valore del principale (11).

Anche l'accessorio va valutato sulla base dei principî relativi al valore legale fisso, dichiarato o presunto a seconda dei casi. Ond'è che se, per esempio, i danni sono chiesti in in una somma certa, questa deve cumularsi col valore del capitale per determinare la competenza (12); se venga chiesta genericamente, gli stessi hanno il valore presunto dei mobili il cui valore non sia stato dichiarato dall'attore, e però tornano alla domanda relativa agli stessi applicabili i principî relativi al valore presunto che si sono esposti al n. 91 *ter* (13).

97. Quanto si è detto suppone che in giudizio si sia dedotto

(1) Confr. Appello Venezia, 15 ottobre 1874, *Giustiniani* c. *Manzoni* (*Monit. Trib.*, 1874, 676); App. Roma, 30 maggio 1874, *Alvisi* c. *Del Cinque* (*Giurispr. It.*, 1874, I, II, 221); App. Casale, 4 maggio 1867, *Valmacchino* c. *Clivio* (*Giur.*, Torino, 1867, 644).

(2) App. Genova, 1° giugno 1886, *Geddo* c. *Com. di Artovero* (*Eco Gen.*, 1886, 205).

(3) Trib. di Pontremoli, 10 dicembre 1869, *Tardiani* c. *Savini* (*Legge*, 1870, I, 31); Cass. Torino, 23 dicembre 1882, *Canonici di Nasso* c. *Fabbriceria di Nasso* (*Cass.*, Torino, 1882, 637).

(4) Vedi App. Torino, 25 aprile 1871, *Silva* c. *Bolognino* (*Giur.*, Torino, 1871, 449); App. Casale, 7 sett. 1869, *Manessaro* c. *Maraldi* (*Gazz. G.*, 1869, 76).

(5) Cass. Napoli, 31 maggio 1881, *Ranieri* c. *Greco* (*Gazzetta Proc.*, XVI, 411).

(6) Cass. Torino, 3 dic. 1873, *Gallo* c. *Silvano* (*Giur.*, Torino, 1874, 19); App. Torino, 22 ottobre 1873, *Arnaldi* c. *Bottari* (*Giur.*, Torino, 1874, 64); App. Venezia, 16 dicembre 1874, *Tami* c. *Gennari* (*Eco Trib.*, 1874, 572); App. Trani, 2 febbraio 1881, *Gazzilli* c. *Lamparelli* (*Riv. di giur.*, Trani, 1881, 851).

(7) Cass. Roma, 10 marzo 1886, *Pandolfi* c. *Piccoli* (*Temi Rom.*, 1886, 291).

(8) App. Napoli, 24 aprile 1874, *Zaccaro* c. *Costanzo* (*Gazzetta Proc.*, 1874, 318).

(9) Vedi Cass. Torino, 23 febbraio 1871, *Orefici* c. *Burins* (*Giurisprudenza*, Torino, 1871, 430); Pret. Cassino, 1° febbraio 1873, *Sola* c. *Beltrame* (*Giur.*, Torino, 1872, 190); Cass. Firenze, 28 giugno 1875, *Barsanti* c. *Lotti* (*Gazz. G.*, 1885, 819) e 22 novembre 1875, *Desideri* c. *Finanze* (*Ann.*, 1875, I, 521); App. Venezia, 6 sett. 1879, *Speri* c. *Speri* (*Temi Ven.*, 1879, 120) e 1° febbraio 1876, *Jacovitz* c. *Bussolini* (*Temi Ven.*, 1876, 160); Cass. Torino, 13 aprile 1886, *Massa* c. *Giorgini* (*Giur.*, Torino, 1886, 471); Pret. Linguaglossa, 20 dic. 1893, *Arcidiacono* c. *Lipari* (*Conciliatore*, 1894, 7).

(10) Cass. Napoli, 4 agosto 1870, *Calvi* c. *Hyeraci* (*Legge*, 1870, I, 1121); Tribunale Viterbo, 6 dicembre 1883, *Benardi* c. *Pennacchi* (*Temi Romana*, 1883, 638); Appello Catanzaro, 2 giugno 1889, *Lombardo* c. *Fulginiti* (*Gravina*, 1889, 407); Cass. Napoli, 9 luglio 1888, *Pellegrino* c. *Atenolfi* (*Gazz. Proc.*, XXII, 477).

(11) Confr. Mattirolo, I, 217.

(12) Trib. Bologna, 4 nov. 1882, *Bo* c. *Sabbatini* (*Riv. giur.*, Bologna, 1883, 57).

(13) Vedi Trib. Padova, 3 gennaio 1879, *Esattore di Cittadella* c. *Finanze* (*Giorn. Trib.*, Milano, 1879, 284); Trib. Roma, 31 luglio 1883, *Milanesi* c. *Weiss* (*Temi Rom.*, 1883, 245; App. Casale, 4 febbraio 1884, *Ricotti* c. *Romano* (*Giurispr. casal.*, 1884, 100); App. Ancona, 3 marzo 1886, *Santini* c. *Morellet* (*Giur. it.*, 1886, II, 372); Trib. Ancona, 14 giugno 1892, *Fogliano* c. *Marini* (*Giornale giur.*, 1893, 793).

La Cassazione di Firenze, 31 gennaio 1878, *Casellato* c. *Fond. Bocchi* (*Ann.*, 1878, 1, 106), così ragionava:

« Oltre a ciò, poi, dall'essere incerto il valore dei danni, di cui l'amministrazione Bocchi chiedeva il risarcimento, non poteva inferirsene, come pretende il ricorso, che si trattasse di causa di valore indeterminabile, e che fosse quindi applicabile l'articolo 81 della procedura civile. Trattavasi invece di azione di danni, ossia di controversia relativa a beni mobili, nel qual caso l'art. 80 della procedura civile dispone che, se l'attore non determina il valore della domanda, *si presume che il valore stesso sia di competenza dell'Autorità giudiziaria adita*, a meno che il convenuto non impugni nella prima risposta il valore dichiarato o presunto. Ond'è

il rapporto giuridico nella sua interezza, quale fu costituito fra le parti. Ma non sempre avviene ciò. Alcune volte l'azione viene esperita onde ottenere alcunchè in forza di un rapporto giuridico che colla prestazione di quanto viene richiesto non resta esaurito; altre volte, essendosi ottenuta con uno o con altro mezzo parte di ciò che era dovuto in forza del rapporto giuridico, l'azione viene esperita onde ottenere quanto è ancora dovuto acciò il rapporto giuridico rimanga esaurito: nel primo caso si ha domanda di parte, nel secondo di residuo di un rapporto giuridico.

Ond'è che si ha domanda di parte in tutti i casi di domanda avente tratto successivo, di domanda di interessi di un capitale ancora dovuto, di domanda di ripristino di uno stato di cose che si aveva obbligo di non alterare quando pel contratto, in seguito alla alterazione avvenuta, è dovuta anche una penale, quando si domanda alcunchè con riserva di domandare altra cosa in dipendenza dello stesso rapporto giuridico, quando in dipendenza della obbligazione altra cosa oltre quella richiesta è dovuta. Ed invece è di residuo la domanda che viene fatta quando ogni altra parte del debito è eliminata dal giudizio, la domanda che si faccia di una somma maggiore sotto deduzione di una somma minore già ricevuta, quella che si faccia di una somma in dipendenza di un credito estinto in parte per confusione o per compensazione, quella che si faccia in dipendenza di un credito per parte del quale fu fatto il deposito che dal creditore fu accettato, quella che si faccia per somma dipendente da una obbligazione una parte della quale fu dal debitore estinta, quella che esaurisce ogni diritto dell'attore verso il convenuto, quella colla quale si chiede una somma in dipendenza del rendiconto di una società, ecc.

Per questi casi il capov. dell'art. 72 dispone che, quando si domanda una somma che sia parte e non residuo di una maggiore obbligazione, il valore si determina dalla obbligazione intera se questa è controversa. Da questa disposizione, mercè l'argomento in contrario, si evince che, ove sia chiesta parte di una maggiore obbligazione, il valore si desume dal valore della parte se l'obbligazione intiera non è controversa (1); che il valore della causa si determina dal valore del residuo della obbligazione, se solo il residuo è richiesto. Nell'art. 72 codice di procedura civile, la parola *obbligazione* non ha il significato ristretto che ha la parola *obbligazione* nel codice civile; il nome di obbligazione va inteso nel senso di rapporto giuridico dedotto in giudizio, dal momento che la ragione del disposto dell'art. 72 vale tanto per la obbligazione, nel significato che questa non ha nel codice civile, quanto per qualunque altro rapporto giuridico che venga dedotto in giudizio.

A termini dell'art. 72 codice di procedura civile non basta che la parte di ciò che è dovuto in dipendenza di un rapporto giuridico non sia controversa, perchè il valore della causa sia determinato dal valore della parte stessa; è necessario anche che non sia domandata che questa sola parte; sicchè, se fosse domandato tutto ciò che in forza del rapporto giuridico è dovuto, ed il convenuto ammettesse una sola parte, contestando di dare l'altra parte, il valore sarebbe quello dell'intiero rapporto giuridico, non già della sola parte controversa (2). Nè a far determinare il valore della causa dalla parte controversa del valore del rapporto giuridico varrebbe il fatto che il convenuto estinguesse dopo la citazione quella parte sulla quale egli non muove contestazione; questo sarebbe un mutamento allo stato di fatto avvenuto posteriormente alla citazione, il quale, come si è veduto al n. 38, non ha alcuna influenza sulla competenza quale esisteva al momento in cui la citazione venne notificata. È solo quando è chiesta una parte di ciò che forma oggetto del rapporto giuridico che l'art. 72 riceve applicazione.

Quando è chiesta parte di ciò che è dovuto in dipendenza di un rapporto giuridico, può essere incontroversa tanto la parte, quanto il rapporto giuridico intiero, e allora, a tenore dell'art. 72, il valore è determinato dalla parte richiesta del rapporto giuridico. Può essere controversa la parte richiesta, ed essere incontroverso il rapporto giuridico in forza del quale quella parte è richiesta: così, ad esempio, può essere incontroversa l'esistenza del mutuo, e la controversia essere solo relativamente agli interessi, che dal mutuante siano richiesti, senza che sia richiesta la restituzione del capitale. Anche in questo caso, a termini dell'art. 72 il valore della causa è il valore della parte che colla azione spiegata si vuole ottenere (3).

Può infine essere controverso l'intiero rapporto giuridico. Perchè si possa considerare controverso l'intiero rapporto giuridico non basta che il convenuto sia contumace (4); ma quando comparisce e solleva una questione relativa all'intiero rapporto giuridico, l'intiero rapporto giuridico è controverso, anche se dopo la prima comparsa il convenuto si sia astenuto dall'intervenire ulteriormente nel giudizio (5). La controversia vi è tutte le volte che all'accoglimento della domanda per la parte richiesta si opponga una ragione giuridica, che vale tanto per ciò che viene chiesto colla azione spiegata, quanto per ciò che potesse essere chiesto in seguito. Ond'è che agli effetti dell'art. 72 la nozione di parte e di intiero non si deve desumere in relazione alla totalità del rapporto giuridico in forza del quale la domanda è spiegata, ma in relazione alla estenzione della controversia. Così, per esempio, data la in-

che, prescindendo ancora dall'ostacolo, che contro la eccezione di incompetenza sorge dall'essere già stata pronunziata la condanna ai danni, basterebbe ad escluderla il disposto del succitato art. 80, solo applicabile al caso ».

E la Cassazione stessa, 21 dic. 1882, *Silvestri* c. *Zenarolla* (*Temi Ven.*, 1883, 133):

« Nè ad aumentare il valore della causa in ragione del valore del fondo controverso dovevasi tener conto dei danni dei quali pure chiedevasi risarcimento, ognorachè tali danni non si domandavano specificatamente, e non si proponeva la liquidazione dei medesimi, ma si chiedevano come conseguenza dell'accoglimento della domanda principale proposta, e domandati genericamente per doversi liquidare in separato giudizio, costituivano materia riservata a distinta cognizione da non poter entrare nel calcolo per determinare il valore della causa ed alterare la competenza ».

(1) Cass. Torino, 22 dicembre 1882, *Negri* c. *Ongaro* (*Giur.*, Torino, 1882, 138).

(2) Confr. Cass. Napoli, 15 novembre 1876, *Teatino* c. *De Bolzo* (*Giur. It.*, 1877, 1, 1, 115).

(3) V. Cass. Firenze, 22 luglio 1875, *Lunazzi* c. *Biasutti* (*Mon. Giud.*, Venezia, 1875, 636); App. Napoli, 12 dic. 1873, *Avallone* c. *Bruno* (*Gazz. Pr.*, IX, 22); Trib. comm. di Mil., 27 febb. 1875, *Soc. anon. Cambiaggio* c. *Bonello* (*Mon. Trib.*, 1875, 498); Cassazione Roma, 13 genn. 1879, *Petroni* c. *Gandoni* (*Giur. It.*, 1879, 1, 1, 292).

(4) App. Bologna, 1 febbraio 1884, *Fondo Culto* c. *Del Prato* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1884, 109).

(5) Vedi Cass. Roma, 28 luglio 1881, *Sperling* c. *Marini* (*Legge*, 1881, 2, 579).

controversa esistenza di un mutuo per un tempo prefisso, se sulla dimanda di pagamenti di una annualità di interesse, havvi una questione la cui portata si estenda agli interessi tutti, e non già solo a quelli delle annualità richieste, la nozione di parte o di residuo, agli effetti dell'art. 72, deve essere desunta in relazione alla totalità degli interessi che sarebbero dovuti per tutta la durata del mutuo, non già in relazione al mutuo in forza del quale gli interessi sono chiesti. Che se invece, sempre nello stesso caso di dimanda di interessi, havvi una questione la cui portata si estende anche alla sorte principale, la nozione di parte e di intiero deve essere desunta in relazione al mutuo che viene contestato.

In applicazione dei principî posti si deve avere per controverso l'intiero rapporto giuridico quando è contestato il titolo stesso, quando una posizione giuridica non essendo che una questione di tempo, venga impugnata la data della scrittura, quando venga opposta la prescrizione, quando venga opposta dal convenuto la liberazione per uno dei mezzi che la producono, per esempio la novazione, quando alla domanda di pagamento di una parte del prezzo di un immobile si opponga il rigetto della domanda adducendo il pericolo di evizione, quando venga contestato il diritto alla esazione, quando la contestazione cada sulla ammissibilità di un mezzo istruttorio relativo alla intiera obbligazione, quando siavi questione sulle modalità del titolo, sulla esistenza giuridica di questo, sulle condizioni alle quali l'obbligazione è legata, sul documento che fa prova del titolo (1).

Nel caso di azione spiegata contro più persone, il titolo può essere controverso relativamente ad alcuno e non controverso relativamente agli altri; in tal caso è solo per la persona relativamente alla quale esiste la controversia che il titolo è controverso (2).

Tutte le volte che l'intiero rapporto giuridico è controverso, la competenza va determinata in base all'intiero valore del rapporto giuridico istesso (3).

98. Si è fatto notare al n. 39 che tutto ciò che di un rapporto giuridico è estinto non ha importanza relativamente alla competenza: di qui la conseguenza che, quando si chiede il residuo di ciò che è dovuto in dipendenza di un rapporto giuridico, la competenza deve essere determinata dal valore del residuo richiesto (4), qualunque siano le contestazioni che vengono dall'una o dall'altra parte sollevate sul rapporto giuridico al quale quel residuo si riferisce (5), qualunque siano i fatti in seguito ai quali un residuo è dovuto (6), quando il convenuto non impugna i fatti stessi o la loro efficacia. Che se il convenuto impugna i fatti o la loro efficacia, allora la disputa andrebbe al di là dei termini del residuo richiesto, e però dall'intiero valore della contestazione dovrebbe essere determinata la competenza (7).

Perchè vi sia residuo a sensi dell'art. 72, non è però necessario che null'altro sia dovuto in dipendenza del rapporto giuridico che viene fatto valere se non quanto viene richiesto: se del rapporto giuridico del quale una parte è stata estinta, rimane altra parte di valore che sta nei limiti della competenza del giudice adito, ed una parte di tal parte venga richiesta: per determinare la competenza, tutto ciò che del rapporto

(1) Cass. Torino, 15 marzo 1895, *Albertone* c. *Albertelli* (*Giurispr.*, Torino, 1895, 201).

(2) Confr. Trib. Perugia, 27 novembre 1885, *Pulignani* c. *Brozzi* (*Giorn. giur.*, 1886, 83).

(3) Confr. Cass. Torino, 11 febbraio 1874, *Antona* c. *Orlandi* (*Giur.*, Torino, 1874, 371); Cass. Firenze, 30 maggio 1870, *Pitti* c. *Posnice* (*Ann.*, 1870, 1, 214); 22 gennaio 1867, *Cilieno* c. *Giambellini* (*Ann.*, 1867, 1, 134); 8 maggio 1873, *Lunardi* c. *Antoniani* (*Ann.*, 1873, 1, 249); Cass. Torino, 24 maggio 1867, *Vola* c. *Rolla* (*Ann.*, 1867, 1, 225); Cass. Palermo, 1 novembre 1876, *Finanze* c. *Croce* (*Gazz. Pret.*, 1877, 11); Cass. Napoli, 4 agosto 1870, *Calvi* c. *Hyeraci* (*Giur. It.*, 1870, 1, 733); Trib. comm. di Roma, 13 luglio 1876, *Veritas* c. *Nainer* (*Foro It.*, 1877, 1, 824); Cassaz. Firenze, 14 luglio 1873, *Calabrucci* c. *Capitolo di Sermoneta* (*Monit. Giud.*, Venezia, 1873, 5); Cass. Torino, 26 giugno 1872, *Stara* c. *Pietra* (*Giur. It.*, 1872, 1, 397); Trib. Perugia, 27 novembre 1885, *Pulignani* c. *Brozzi* (*Giorn. giur.*, 1886, 471); App. Catania, 20 agosto 1883, *Gambarella* c. *La Rosa* (*Giur. Cat.*, 1883, 163); Cass. Torino, 28 febbraio 1883, *Quaranta* c. *Garofoli* (*Giur.*, Torino, 1883, 557); Trib. Bologna, 17 ottobre 1885, *Costa* c. *Albertazzi* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1885, 57); Trib. Bologna, 16 aprile 1886, *Rocchi-Sioli* c. *Pambianco* (*Temi Rom.*, 1886, 288); Cass. Firenze, 16 febbraio 1888, *Bortoletti* c. *Gherardini* (*Temi Ven.*, 1888, 140); Trib. Ferrara, 26 luglio 1889, *Zoli* c. *Finzi* (*Pratica leg.*, Bologna, 1889, 47); Cass. Torino, 22 aprile 1890, *Martinengo* c. *Martinengo* (*Giur.*, Torino 1890, 332); Cass. Firenze, 29 aprile 1889, *Prov. di Verona* c. *Giacometti* (*Temi Ven.*, 1889, 304); Cass. Napoli, 3 ottobre 1890, *Casa di riabilitazione* c. *Vasaturo* (*Dir. e Giur.*, VI, 256); Cass. Firenze, 8 febbraio 1893, *Termini* c. *Chiesa di Cordovado* (*Temi Ven.*, 1893, 168); Cass. Palermo, 18 luglio 1893, *Russo* c. *Arrigo* (*Foro Sicil.*, 1893, 211).

(4) Vedi Appello Torino, 19 novembre 1866, *Broglio* c. *Raineri* (*Giur.*, Torino, 1867, 152); Appello Brescia, 24 febbraio 1869, *Dolci* c. *Dolci* (*Ann.*, 1869, 2, 597); Cass. Torino, 18 dicembre 1873, *Romanelli* c. *Praj* (*Ann.*, 1874, 1, 39); Cass. Roma, 23 febbraio 1878, *Primante* c. *Franchi* (*Ann.*, 1874, 1, 322); Cass. Napoli, 7 febbraio 1879, *Sfara* c. *Schiripa* (*Gazz. Proc.*, XIV, 295); Cass. Firenze, 9 maggio 1881, *Mancini* c. *Cocchella* (*Temi Veneta*, 1895, 379); Cass. Torino, 22 dicembre 1882, *Negri* c. *Ongaro* (*Cass.*, Torino, 1882, 697).

(5) Vedi App. Genova, 26 agosto 1870, *Firgio* c. *Ferro* (*Gazzetta G.*, 1870, 590); Cass. Torino, 14 sett. 1872, *Gigli* c. *Stella* (*Giurispr. It.*, 1872, 1, 587); Cass. Firenze, 5 gennaio 1875, *Filippini* c. *Taciuti* (*Ann.*, 1875, 1, 47); Cass. Torino, 4 marzo 1881, *Roggiani* c. *Piroia* (*Giur.*, Torino, 1881, 377); Cass. Roma, 23 febbraio 1878, *Primante* c. *Franchi* (*Giur. It.*, 1878, 1, 4, 322); Cass. Napoli, 29 luglio 1886, *De Vittoria* c. *Fassalaro* (*Dir. e Giurispr.*, II, 219); 22 giugno 1886, *Saccomandi* c. *Stile* (*Gazz. Proc.*, XXI, 219); App. Venezia, 26 marzo 1886, *Galanti* c. *Bardelli* (*Temi Ven.*, 1886, 363); Cass. Torino, 28 apr. 1893, *Marchelli* c. *Brusetti* (*Giur.*, Torino, 1893, 535); Trib. Bologna, 18 aprile 1882, *Musolesi* c. *Lascialfare* (*Riv. giur.*, Bologna, 1882, 303); Cass. Roma, 30 maggio 1891, *Cecchetti* c. *Fascia* (*Ann.*, 1891, 1, 212); Cass. Napoli, 24 luglio 1891, *Argieri* c. *Guaragna* (*Gazz. Proc.*, XXIV, 507); Cass. Firenze, 4 aprile 1892, *Felletig* c. *Qualizza* (*Foro It.*, 1892, I, 904); Cass. Torino, 8 giugno 1893, *Ingegnoli* c. *Salomon* (*Giur.*, Torino, 1893, 663), 30 ottobre 1895, *Cardinali* c. *Crovella* (*Giur.*, Torino, 1895, 770), 30 maggio 1892, *Curioni* c. *Decio* (*Mon. Trib.*, 1892, 545).

(6) Cass. Torino, 21 dicembre 1885, *Almerini* c. *Semiglia* (*Giur.*, Torino, 1886, 156); App. Torino, 6 ottobre 1894, *Golier* c. *Bergero* (*Giur.*, Torino, 1895, 117).

(7) Confr. Mattirolo, I, 218, *nota*. V. Cass. Torino, 19 dic. 1882, *Boero* c. *Novelli* (*Cass.*, Torino, 1882, 683); 24 maggio 1867, *Vola* c. *Rolla* (*Ann.*, 1867, 1, 265); App. Napoli, 16 gennaio 1874, *Amendola* c. *Fiorentino* (*Legge*, 1874, 1, 336); Cass. Napoli, 6 maggio 1884, *Giraldi* c. *Tarallo* (*Gazz. Proc.*, XIX, 186); Cass. Firenze, 20 giugno 1887, *Susin* c. *Facchinao* (*Temi Ven.*, 1887, 350); Trib. Palermo, 13 febbraio 1885, *Teriaca* c. *Gargano* (*Circ. Giur.*, 1883, 366); Pret. Napoli, 2 febbraio 1895, *Scognamiglio* c. *Jodice* (*Dir. e Giur.*, XI, 43); Cass. Torino, 12 marzo 1895, *Rossi* c. *Piella* (*Giur.*, Torino, 1895, 435).

giuridico è ancora dovuto si deve considerare come residuo, in maniera che in caso di contestazione sull'intiero rapporto giuridico, il valore della causa non va determinato in base al valore originario dell'intiero rapporto giuridico, ma a base del valore di ciò che è ancora dovuto (1).

Anche in tema di residui vanno applicati i principii relativi ai casi di domande dipendenti da uno o più titoli; dimodochè, se più residui vengono richiesti, gli stessi si sommano o non si sommano per determinare la competenza, a seconda che dipendano dallo stesso titolo o dipendano da titoli differenti (2).

99. Per esaurire quanto concerne le norme generali relative alla determinazione del valore non resta che far applicazione alla competenza per valore delle norme generali relative alla determinazione della competenza che furono esposte al titolo primo di questa sezione.

Se, come si è dimostrato al n. 38, lo stato di fatto in base del quale deve essere determinata la competenza è quello che esisteva al momento in cui il giudizio è stato incoato, ed i cangiamenti che potessero avvenire in corso di giudizio non hanno alcuna influenza sulla competenza determinata a base dello stato di fatto stesso, i mutamenti di valore, sia in aumento, che in diminuzione, che subisce l'oggetto in contesa nel corso di causa, non hanno alcuna influenza sulla competenza quale fissata dallo stato di fatto esistente al momento della citazione.

L'atto più importante, spesso il solo, che esiste per la determinazione del valore della causa, è la domanda dell'attore, da desumersi non tanto dalle conclusioni nella domanda stessa contenute, quanto dai punti in questione sottoposti all'esame del magistrato (3) ed anche dal titolo che ne è il fondamento se il titolo sia dedotto in contestazione (4), senza però tener conto della portata astratta delle questioni che fossero a risolvere (5) e degli errori materiali incorsi nella redazione della citazione (6); e tenuto conto solo dell'attuale oggetto della questione (7), salvo l'applicazione dei principî relativi alle controversie sul titolo, quando è richiesta parte di ciò che è dovuto. Non importa poi che la domanda sia contenuta in uno od in più atti di citazione (8).

Il valore indeterminato nella domanda va determinato coi principî relativi al valore fisso o presunto che si sono esposti ai n. 91 e segg. (9), e coi principî relativi al valore presunto quale risulta dallo stato degli atti va decisa la contestazione relativa al valore determinato dall'attore, che dal convenuto, agli effetti della competenza, venisse impugnato (10).

Posto il principio che il valore della causa è quello che la causa stessa aveva al momento della citazione, è facile determinare la influenza che sulla competenza, quale determinata dalla domanda, hanno le modificazioni fatte dall'attore alla domanda in corso di causa. Se tali modificazioni sono dirette allo scopo di porre la domanda in corrispondenza collo stato di fatto che esisteva al momento della citazione, le modificazioni stesse portano un cangiamento allo stato degli atti relativamente alla competenza; se fossero determinate da un cangiamento dello stato di fatto avvenuto dopo che la citazione fu notificata, o se non sono dirette a porre la domanda in corrispondenza collo stato di fatto esistente anteriormente alla detta notifica, sullo stato degli atti relativamente alla competenza non hanno influenza di sorta (11).

Il convenuto comparso può opporre eccezioni. È certo che non si può cumulare il valore della domanda con quello dell'eccezione per determinare la competenza (12); ciò che è

(1) Vedi Cass. Torino, 9 sett. 1884, *Gazzani* c. *Butteri* (*Giur.*, Torino, 1884, 736).

(2) Vedi Cass. Napoli, 19 aprile 1884, *Milosa* c. *Comito* (*Gazzetta Proc.*, XIX, 141).

(3) Vedi Cass. Roma, 17 dic. 1880, *Cerimboli* c. *Caffarelli* (*Foro It.*, 1881, 193); Cass. Napoli, 6 dic. 1894, *Fienga* c. *Cirillo* (*Gazz. Proc.*, XXVI, 52); Cass. Torino, 28 luglio 1882, *Mottana* c. *Parolini* (*Giur.*, Torino, 1882, 210); Cass. Firenze, 5 aprile 1883. *Mattei* c. *Dragoni* (*Temi Ven.*, 1883, 380); App. Genova, 10 febbraio 1883, *Ratto* c. *Fabbriceria di Alpicella* (*Eco Gen.*, 1883, 203); Cass. Napoli, 27 novembre 1886, *Granata* c. *Ettore* (*Gazz. Proc.*, XXI, 377).

(4) Vedi Cass. Roma, 16 dicembre 1882, *Castiglia-Cossu* c. *Castiglia* (*Legge*, 1883, 1, 659).

(5) App. Torino, 18 gennaio 1886, *Rasini* c. *Consorzio Cavo Montebello* (*Giur.*, Torino, 1886, 217).

(6) Vedi App. Roma, 2 dic. 1886, *Nani* c. *De Bottari* (*Temi Rom.*, 1886, 611).

(7) Vedi Cass. Torino, 7 maggio 1884, *Beneficio parrocchiale di Garda* c. *Gelmi* (*Monit. Trib.*, 1884, 482).

(8) App. Trani, 14 maggio 1888, *Visciola* c. *De Rosa* (*Rivista di giur.*, Trani, 1888, 550).

(9) Cass. Firenze, 11 dic. 1871, *Conservatorio delle Mantellate* c. *Stella* (*Ann.*, 1871, 1, 424); Cass. Torino, 22 aprile 1881, *Minetti* c. *Pagliettini* (*Giur.*, Torino, 1881, 511); App. Napoli, 11 marzo 1867, *N. N.* (*Ann.*, 1867, 2, 255); 13 luglio 1868, *Doria* c. *Bruglio* (*Gazz. Proc.*, III, 293); App. Catanzaro, 2 giugno 1889, *Lombardo* c. *Fulginiti* (*Gravina*, 1889, 417).

(10) Vedi App. Bologna, 28 marzo 1881, *Congregazione Scoli* c. *Filetti* (*Mon. Giur.*, Bologna, 1881, 273); App. Torino 17 maggio 1870, *Clerico* c. *Serratrice* (*Giur.*, Torino, 1890, 495); App. Palermo, 12 agosto 1889, *Ditta Franck* c. *Faravino* (*Dir. Giur.*, V, 273).

(11) Vedi Cass. Palermo, 10 aprile 1866, *Salvo* c. *Manetta* (*Gazz. N.*, 1866, 43); Pret. di Verona, 2 novembre 1875, *Scalvini* c. *Filche* (*Giur.*, Torino, 1875, 29); App. Torino, 17 maggio 1870, *Clerico* c. *Serratrice* (*Giur.*, Torino, 1870, 495); App. Casale, 12 luglio 1871, *Pietra* c. *Pietra* (*Giur.*, Torino, 1871, 577) e 26 luglio 1869, *De Benedetti* c. *Magno* (*Giur.*, Torino, 1870, 90); App. Torino, 14 febbraio 1871, *Aimar* c. *Giordano* (*Giur.*, Torino, 1871, 245); 6 dicembre 1869, *Allgeyer* c. *Zegna* (*Legge*, 1869, 1, 768); App. Parma, 24 gennaio 1871, *Bernini* c. *Ceresini* (*Ann.*, 1871, 2, 17); App. Casale, 24 nov. 1866, *Berlocchio* c. *Pasquali* (*Gazz. G.*, 1867, 76); Cass. Torino, 25 giugno 1879, *Consorzio di Partengo* c. *Consorzio di Stroppiana* (*Giur.*, Torino, 1879, 76); App. Milano, 14 ottobre 1878, *Brembati* c. *Casati* (*Monit. Trib.*, 1878, 1097); App. Bologna, 27 febbraio 1877, *Ridolfi* c. *Rimondini* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1877, 238); App. Torino, 18 settembre 1880, *Barderi* c. *Vincenti* (*Giur.*, Torino, 1880, 665); Cass. Firenze, 22 luglio 1875, *Lunazzi* c. *Biasutti* (*Monitore Giur.*, Venezia, 1875, 636); Cass. Napoli, 20 gennaio 1874, *Yrace* c. *Minale* (*Ann.*, 1874, 1, 276); Cass. Firenze, 28 marzo 1870, *Brazioli* c. *Corradini* (*Legge*, 1870, 1, 529); App. Genova, 10 febbraio 1883, *Ratto* c. *Fabbriceria di Alpicella* (*Eco Gen.*, 1883, 203); Trib. Bologna, 4 nov. 1882, *Bo* c. *Sabbatini* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1883, 57); Cass. Torino, 18 novembre 1884, *Vacca* c. *Badino* (*Gazz. Pret.*, 1885, 2); Cass. Firenze, 15 giugno 1885, *Ospedale di Lucca* c. *Orlandi* (*Temi Ven.*, 1885, 372); App. Torino, 16 aprile 1886, *Visconti* c. *Visconti* (*Giur.*, Torino, 1886, 346); Cass. Firenze, 16 aprile 1888, *Realdi* c. *Quintarelli* (*Temi Ven.*, 1888, 270); App. Genova, 30 luglio 1892, *Viale* c. *Bardi* (*Giurista*, 1892, 382); Cass. Torino, 21 giugno 1893, *Rossi* c. *Ricciardi* (*Giur.*, Torino, 1893, 647); App. Torino, 21 ottobre 1893. *Belardi* c. *Ferraris* (*Giur.*, Torino, 1891, 96); Cass. Palermo, 28 ottobre 1895, *Trapani* c. *Trapani* (*Foro Sic.*, 1895, 468).

(12) Cass. Firenze, 11 maggio 1891, *Gheri* c. *Saccardi* (*Temi Ven.*, 1891, 303).

richiesto dall'attore e ciò che è richiesto dal convenuto non forma un tutto, dal momento che le persone alle quali appartengono tali cose sono distinte. Anche in questa materia è d'uopo fare applicazione delle norme generali e precisamente di quelle poste al n. 42. Quando le eccezioni del convenuto hanno quei requisiti in presenza dei quali le eccezioni influiscono sulla competenza, e sono di valore superiore ai limiti della competenza del magistrato adito, allora il valore della causa relativamente alla competenza va determinato non già dalla domanda, ma dalla eccezione (1).

Un effetto speciale sulla competenza per valore ha l'eccezione di compensazione, allorquando il credito opposto in compensazione era esigibile prima che il giudizio venisse rinviato, e non sia contestato. Siccome la compensazione opera di diritto, così il credito pel pagamento del quale si è proposta l'azione, era, al momento in cui la citazione veniva notificata, di tanto diminuito di quanto il convenuto era creditore verso l'attore; ond'è che al momento della citazione l'attore non era creditore che del residuo. Di qui ne viene che, quando sul credito opposto in compensazione non ci sia contrasto, la opposta compensazione opera un tale cangiamento nello stato degli atti da dimostrare, se del caso, in applicazione dei principii relativi alla competenza pei residui, l'esistenza della competenza non già del giudice superiore, ma del giudice inferiore. Se la compensazione si è verificata dopo che il giudizio è stato introdotto, siccome in allora si tratta di mutamento dello stato di fatto avvenuto dopo la notifica della citazione, nessuna influenza esercita l'eccezione sullo stato degli atti relativamente alla competenza. Del caso in cui il credito opposto in compensazione sia contestato, ci si occuperà quando verrà parola della connessione di causa.

Vengono infine le questioni incidentali, l'esame dei titoli, la necessità di risolvere questioni, il tutto di valore superiore a quello che è di competenza del giudice adito. Nella competenza per valore la decisione se tutto ciò faccia o no variare lo stato degli atti relativamente alla competenza dipende dal decidere quali relazioni passano fra la domanda proposta in via principale e la questione che deve essere esaminata. Se la prima è parte della seconda, se cioè la seconda sia relativa ad un rapporto giuridico fra le parti in causa, in forza del quale appartiene e il diritto, l'affermazione del quale è richiesta colla domanda, e qualche altro diritto, l'affermazione del quale non è richiesta in giudizio, ma che può essere richiesta in seguito, allora la questione può avere l'apparenza di questione incidentale, ma è una vera questione principale da decidersi coi principî relativi alla domanda in giudizio di parte di un rapporto giuridico per intiero controverso. In caso contrario si è di fronte ad una vera e propria questione incidentale che non altera la competenza stabilita a base della questione principale (2).

Capo III. — **Norme per determinare il valore nelle singole controversie.**

§ 1. — *Azioni personali.*

100. Oggetto di questo paragrafo. — 101. Determinazione del valore nelle controversie relative a beni mobili. — 102. Questioni risolute dalla giurisprudenza relativamente alla applicazione alle azioni personali relative a beni mobili dei principii sulla determinazione della competenza per valore. — 103. Continuazione: accessori, ecc. — 104. Competenza per valore nelle azioni relative ad alimenti. — 105. Valore delle azioni personali relative a beni immobili. — 106. Applicazione speciale dei principii relativi al cumulo dei valori di più capi di domanda.

100. Come è risaputo, le azioni sono personali e reali, e sì le une come le altre possono essere relative a beni mobili ed a beni immobili. In altri paragrafi di questo capo ci si occuperà delle azioni reali, qui ci si deve occupar solo delle azioni personali. Di queste azioni personali, alcune sono regolate dalla legge in modo speciale, e di queste verrà fatta parola in apposito paragrafo; in questo paragrafo trova luogo solo ciò che concerne le azioni personali che non hanno regole speciali, o che, pure avendole, non le hanno tali da esigere un'ampia esposizione.

101. L'articolo 80 del codice di procedura civile parla, in genere, di controversie relative a beni mobili: questa disposizione dunque, nella sua generalità, trova applicazione alle azioni personali relative a beni mobili, fra le quali si comprendono anche le azioni per restituzione di indebite somme pagate per godimento di cose immobili (3), le azioni per riparto di spese di riparazione a farsi nelle parti comuni di una casa spettante a più persone (4), l'azione relativa alla vendita, separatamente dal suolo, di un edificio colla condizione di demolirlo (5), l'azione per ottenere la ridu-

(1) Confr. Mattirolo, I, 211 e seg.; Cass. Napoli, 8 febbraio 1868, *Carbone* c. *Licopoli* (*Giur.*, Torino, 1868, 331); Cass. Torino, 19 giugno 1872, *N. N.* (*Ann.*, 1872, 1, 111); Cass. Firenze, 22 gennaio 1867, *Ghilli* c. *Ciambellini* (*Gazz. G.*, 1867, 433); Cassaz. Torino, 31 gennaio 1879, *Rotazzi* c. *Casella* (*Foro It.*, 1879, 1, 1221), 24 settembre 1885, *Lucchini* c. *Basilio* (*Giur.*, Torino, 1885, 690); Cass. Firenze, 5 aprile 1883, *Mattei* c. *Dragoni* (*Temi Ven.*, 1883, 380); Trib. Roma, 8 gennaio 1883, *Patriarca* c. *Ferruzzi* (*Temi Rom.*, 1883, 574); Cass. Torino, 12 dicembre 1883, *Pellegrini* c. *Demora* (*Giur.*, Torino, 1883, 57), 4 giugno 1885, *Vecchi* c. *Angelini* (*Giur.*, Torino, 1885, 397); Cass. Napoli, 10 luglio 1886, *Messa* c. *D'Alessio* (*Gazz. Proc.*, XXI, 213); Cass. Torino, 30 giugno 1886, *Deninotti* c. *Denina* (*Foro It.*, 1886, 1, 116); Cass. Firenze, 4 agosto 1887, *Vannini* c. *Perin* (*Temi Ven.*, 1887, 483), 16 aprile 1888, *Realdi* c. *Quintarelli* (*Temi Ven.*, 1888, 270); Trib. Ferrara, 26 luglio 1889, *Zoli* c. *Finzi* (*Prat. leg.*, 1889, 47); Cass. Torino, 21 maggio 1889, *Saleri* c. *Congr. Carità di Cimmo* (*Giur.*, Torino, 1889, 728); App. Catania, 29 settembre 1891, *Caponetto* c. *Balacchi* (*Giurisprud. Cat.*, 1891, 201); Cass. Palermo, 8 novembre 1891, *Bonanno* c. *Greco* (*Foro It.*, 1891, I, 808); Cass. Torino, 2 dicembre 1892, *Bernard* c. *Ceronetti* (*Giur.*, Torino, 1893, 84); Appello Roma, 7 giugno 1893, *Civelli* c. *Frosoni* (*Temi Rom.*, 1893, 176); Cass. Napoli, 21 aprile 1894, *Pesaro* c. *Schiavoni* (*Gazz. Proc.*, XXVI, 318); Cass. Torino, 21 marzo 1894, *Para* c. *Curti* (*Giurispr. It.*, 1874, 1, 621); Cass. Firenze, 22 gennaio 1894, *Campolmi* c. *Bettini* (*Temi Ven.*, 1894, 96); Cass. Roma, 22 luglio 1895, *Mancini* c. *Petrucci* (*Riv. Univ.*, 1895, 562).

(2) Vedi App. Venezia, 25 settembre 1872, *Da Munte* c. *Corte* (*Monit. Giud.*, Venezia, 1873, 10); Cass. Torino, 11 febbraio 1874, *Antona* c. *Orlandi* (*Giur.*, Torino, 1874, 371); Cass. Roma, 17 dicembre 1880, *Cerimboli* c. *Caffarelli* (*Foro It.*, 1881, I, 193); Appello Genova, 3 aprile 1868, *Com. di Bordighera* c. *Novaro* (*Giur.*, Torino, 1868. 37); Cass. Torino, 30 novembre 1871, *Bischizio* c. *Prinelli* (*Giur. It.*, 1871, 1, 1, 761); Trib. Napoli, 20 marzo 1869, *Pulignani* c. *Meurisuffic* (*Gazz. Proc.*, 1869, 201); Cass. Firenze, 14 giugno 1886, *Hall* c. *Carridi-Hall* (*Temi Ven.*, 1886, 910).

(3) Pret. Sulmona, 24 maggio 1889, *Rubino* c. *Cercone* (*Giornale giur.*, 1889, 57).

(4) Cass. Roma, 4 dicembre 1885, *Bocale* c. *Baldazzi* (*Legge*, 1886, 1, 182).

(5) Cass. Roma, 2 aprile 1879, *Sindaco di Pescara* c. *Caliò* (*Legge*, 1879, 1, 499).

zione di un canone d'acqua nascente da un contratto di locazione perpetua a canone variabile (1), le azioni relative alle obbligazioni di fare (2), l'azione di società, anche quando nella società cadano immobili (3). E siccome l'espressione « beni mobili », usata sola nella disposizione della legge, senza altra aggiunta o indicazione che ne restringa il significato, comprende generalmente tutto ciò che viene considerato mobile (4), ed è mobile una somma di danaro (5), così l'articolo 80 nella sua generica dizione trova applicazione qualunque sia la cosa mobile domandata, anche se si tratti di una somma di danaro (6), dal momento che, dal fatto che la moneta ha un valore legale assoluto, non ne deriva che necessariamente la controversia abbia il valore che dalla somma esposta è rappresentato. Se però i beni mobili sono derrate, allora non è più applicabile l'articolo 80 del codice di procedura civile, ma l'articolo 78 del codice stesso, che appunto alle derrate si riferisce.

Nelle azioni personali relative a beni mobili il valore della causa, agli effetti della competenza, è determinato dall'attore nella domanda: se l'attore non lo determina, si presume che il valore sia di competenza della Autorità giudiziaria adita. Per queste controversie dunque ha luogo la dichiarazione, ed in mancanza di questa la presunzione di valore. Ma se si tratta di derrate, in allora la dichiarazione del valore non è che sussidiaria pel caso in cui il valore delle derrate non sia determinato nel titolo; e nel caso che il titolo sia muto e che l'attore non faccia la dichiarazione, non si fa luogo alla presunzione di valore infra la competenza dell'Autorità giudiziaria adita, ma si fa luogo al valore legale fisso desunto dal prezzo medio del mercato del luogo più vicino a quello delle prestazioni. Attesa la differenza nella dizione degli articoli 78 e 80 del codice di procedura è d'uopo riconoscere che la dichiarazione e presunzione di valore nelle controversie relative a beni mobili, diversi dalle derrate, ha luogo tanto nel caso in cui il titolo stabilisca il valore, quanto nel caso in cui non lo stabilisca, salvo l'apprezzamento di ciò che relativamente al valore della causa risulta dal titolo, quando si fa luogo alla contestazione del valore della quale ci si va ad occupare.

Se alla dichiarazione ed al silenzio dell'attore fosse dato effetto di determinare in modo irrevocabile la competenza, l'attore nelle azioni personali relative a beni mobili sarebbe nel fatto autorizzato a prorogare a sua volontà la competenza per valore. Ad evitare ciò gli articoli 78 e 80, capov. 2°, codice procedura civile dispongono che il valore dichiarato dall'attore, o presunto in seguito al suo silenzio, può essere impugnato dal convenuto, impugnativa che, come si è veduto al n. 91, deve avvenire nella prima risposta. Ma gli effetti della impugnativa sono diversi a seconda che si tratti di derrate o di altre cose mobili. Perchè, nel mentre se si tratta di derrate, quando il valore dichiarato dall'attore è impugnato, si fa luogo al valore fisso desunto dal prezzo medio del mercato più vicino al luogo della prestazione, nelle controversie relative ad altri beni mobili si fa luogo al valore presunto, e precisamente o al valore che allo stato degli atti è dimostrato avere la controversia, o al valore superiore alle lire 1500 nel caso che gli atti non dessero elementi per la determinazione del valore (7).

Una domanda può contenere più capi tutti relativi a beni mobili il cui valore può essere stato dichiarato dall'attore o presunto in seguito al suo silenzio, ed il convenuto può non impugnare alcun valore od impugnarli tutti; ma può impugnarne soltanto alcuni. In questo caso i soli valori impugnati sono contestati; agli altri valori sono applicabili i principii relativi alla non seguita impugnativa del valore (8).

Si ritenne che, quando il convenuto, valendosi della facoltà di cui all'ultimo capoverso dell'articolo 80 della procedura civile, impugna nella prima risposta il valore presunto della causa, è d'uopo che concludentemente dimostri che allo stato degli atti vien meno la presunzione di competenza dell'Autorità giudiziaria adita (9). Questo principio non può essere accolto. La presunzione che il valore della causa è nei limiti dell'Autorità giudiziaria adita vi è solo quando il valore non sia impugnato quando il valore viene impugnato, la presunzione cessa; la legge non fa alcun obbligo al convenuto di distruggere quanto dall'attore è stato asserito, e se la legge non fa tale obbligo al convenuto non glielo può fare l'interprete. Colla impugnativa del valore l'Autorità giudiziaria adita è chiamata ad esaminare gli atti della causa, per vedere se il valore è o no nei limiti della sua competenza; questo è l'effetto che dalla impugnativa del valore vien prodotto.

Per la determinazione del valore, nel caso di impugnativa del valore stesso, nelle controversie relative a beni mobili, che non sono derrate, la legge non stabilisce norme assolute alle quali il giudice debba attenersi, ad eccezione di quelle relative a non cercare elementi per la determinazione del valore all'infuori di quelli forniti dagli atti della causa, e però ad eccezione della proibizione di ammettere mezzi istruttorii per accertare il valore (10). Ond'è che per le cose aventi un valore di borsa o di mercato il magistrato non è punto obbligato a ritener che le cose abbiano il valore dai listini di borsa o di mercato risultante; che se negli atti vi sono stime, il magistrato non è punto obbligato a stare a quanto dalla stima risulta, ma col suo criterio deve determinare quale sia il valore della causa, e l'affermazione che la causa ha uno piuttosto che altro valore, è una affermazione di fatto, incensurabile in Cassazione (11), ammenochè il giudice non avesse violato i principii relativi alla determinazione del valore.

(1) Cass. Torino, 26 febbraio 1892, *Ala* c. *Rocca* (*Giur.*, Torino, 1892, 488).

(2) Trib. Napoli, 7 luglio 1876, *Orsini* c. *Portanome* (*Gazzetta Proc.*, XIV, 35); App. Trani, 6 febbraio 1892, *Ursi* c. *Damiani* (*Pisanelli*, 1892, 77).

(3) Cass. Firenze, 18 gennaio 1883, *Binelli* c. *Binelli* (*Temi Ven.*, 1883, 215).

(4) Art. 421 cod. civ.

(5) Art. 417 cod. civ.

(6) Contra: Appello Venezia, 9 dicembre 1875, *Soc. Loyd Austro-Ungarico* c. *Ferrero* (*Mon. Giudiz.*, Venezia, 1876, 286); Appello Roma, 10 dicembre 1886, *Chiodo* c. *Finanze* (*Temi Rom.*, 1886, 564).

(7) Cass. Palermo, 19 dicembre 1891, *Spampinato* c. *Reitano* (*Circ. giur.*, 1892, 123).

(8) Cass. Torino, 12 dicembre 1891, *Della Valle* c. *Ansaldo* (*Giur.*, Torino, 1892, 154).

(9) App. Genova, 6 settembre 1894 *Giustiniani* c. *Zanetti* (*Giurista*, 1894, 492).

(10) Nella Relazione ministeriale, pag. 9, è detto espressamente che la disposizione ha lo scopo di escludere l'ammissibilità di mezzi istruttorii per la determinazione del valore.

V. Cass. Torino, 31 luglio 1882, *Poppi* c. *Fornari* (*Cass.*, Torino, 1882, 460).

(11) Criteri di fatto e non di diritto sono sempre quelli che possono trovarsi affermati dalla giurisdizione relativamente alla de-

Non impugnato il valore dichiarato o presunto, lo stesso si ha come definitivamente stabilito (1). Fu statuito che l'acquiescenza del convenuto alla determinazione del valore dichiarato dall'attore ha il suo fondamento nella impossibilità di accertare altrimenti il valore dichiarato o presunto, ma, quando vi è modo di determinarlo, non può ricorrersi alla disposizione dell'articolo 80, dettata per la prima ipotesi (2). Questo principio non può essere accolto. Anzitutto la disposizione dell'articolo 80 della procedura civile non ha la sua ragione nella impossibilità di determinare il valore altrimenti che colla dichiarazione dell'attore e colla presunzione che deriva dal suo silenzio; la ragione di quel disposto di legge sta nella necessità di un mezzo facile e pronto per determinare la competenza, senza uopo di una lite preliminare per la fissasione del valore. Se tale è la ragione della legge, l'articolo 80 ci si presenta come una disposizione generale che non ammette distinzioni. Però è da rigettare la distinzione che nel giudicato che fu riferito viene fatta, ed in tutte le azioni personali relative a beni mobili il valore è quello dichiarato dall'attore o presunto in seguito alla mancata sua dichiarazione, che non sia stato dal convenuto impugnato.

Il valore dichiarato o presunto a base del silenzio dell'attore o dello stato degli atti, mantiene i suoi effetti relativamente alla competenza solo in quanto resti immutata la domanda dell'attore. Che se la domanda si mutasse, allora la mutazione avvenuta eserciterebbe sullo stato degli atti, relativamente alla competenza, quella influenza che in via ordinaria viene esercitata dalla mutazione della domanda (3).

102. Nella giurisprudenza si trovano decise varie questioni relativamente alla applicazione a singole azioni personali relative a beni mobili dei principî relativi alla determinazione del valore della controversia, questioni delle quali è prezzo dell'opera occuparci.

In via generale l'azione per risarcimento dei danni tende o ad ottenere una somma di danaro, o ad obbligare il convenuto a porre le cose nelle condizioni in cui si trovavano prima del fatto lesivo del diritto. In via generale dunque l'azione per risarcimento del danno è una azione personale relativa a beni mobili, e se tale è, il suo valore agli effetti della competenza deve essere determinato a base dei principii di cui all'articolo 80 del codice di procedura civile (4), indipendentemente da quel valore che verrà aggiudicato come ammontare delle indennità dovute (5).

Più persone possono riunire i loro capitali e darli a mutuo ad una o più altre persone con un solo atto. In questo caso, se non havvi obbligazione solidale od indivisibile, vi sono tanti mutui quante sono le persone dei creditori e le persone dei debitori. E se vi sono tanti mutui distinti, il valore della controversia, eccetto il caso in cui i singoli creditori esercitino nello stesso giudizio la loro azione, deve essere determinato a base della somma spettante a ciascun creditore e dovuta da ciascun debitore (6).

Un credito può essere ceduto con la clausola che di quanto verrà riscosso il cessionario ne volga una parte ad estinzione del suo credito verso il cedente e restituisca a questo il rimanente. Per questo caso fu giudicato che la clausola apposta ad una cessione che il cessionario dopo l'incasso rifonda al

---

terminazione del valore. Vedi Cass. Torino, 26 ottobre 1880, *Ross* c. *Vermicelli* (*Giur.*, Torino, 1880, 108); App. Torino, 13 aprile 1894, *Valle* c. *Guardia* (*Giur.*, Torino, 1894, 643); Trib. Bari, 8 ottobre 1883, *Milella* c. *Abate* (*Gazz. Proc.*, XVIII, 515); Cass. Roma, 18 febbraio 1886, *Amici* c. *Moccheggiani* (*Temi Rom.*, 1886, 7); Cass. Firenze, 14 maggio 1891, *Veur* c. *Troian* (*Temi Ven.*, 1891, 348).

(1) App. Napoli, 13 luglio 1868, *Doria* c. *Bonghi* (*Gazz. Proc.*, III, 293); App. Genova, 6 dicembre 1888, *Nav. Gen.* c. *Mangini* (*Temi Gen.*, 1889, 23); App. Trani, 6 febbraio 1892, *Ursi* c. *Damiani* (*Pisanelli*, 1892, 77).

(2) App. Genova, 29 novembre 1892, *Hendrick* c. *Formica* (*Temi Gen.*, 1893, 43).

(3) Nella decisione 14 giugno 1894, *Sbarretti* c. *Valentini* (*Foro It.*, 1894, I, 650), la Cassazione di Roma così considerava:

« Ai contendenti non è interdetto rivenire nel corso del giudizio sulle loro domande, ampliarle o ridurle, in virtù della nota massima: *libellum emendare licet usque ad sententiam.*

« Ma quando di codesta facoltà si fa uso e si attribuisce all'oggetto della controversia un valore maggiore di quello che si era presunto che avesse, la competenza in tal caso si determina dal valore indicato nell'ultima istanza, pel quale può venir declinata la giurisdizione del giudice che si era competentemente adito, cui non è dato pronunziare condanne che esorbitino la sua competenza.

« Lo Sbarretti, col suo secondo assunto, sostiene che la competenza del pretore, una volta riconosciuta nell'inizio della lite, pel presunto valore della sua riconvenzionale domanda, non si poteva dipoi scuotere in forza dell'art. 187 cod. proc. civ., che non deroga alla disposizione speciale e tassativa dell'art. 80 dello stesso codice; il quale stabilisce con presunzione *iuris et de iure* la competenza dell'Autorità giudiziaria adita, quando dal convenuto non s'impugni nella prima risposta il valore della istituita azione.

« Accade pertanto notare che dal combinato disposto di cotali sanzioni, messo a riscontro con le norme generali sulla competenza, sol si trae il giuridico concetto di essere vietato d'impugnare in qualsiasi stato e grado della causa il valore presunto della domanda e di proporre la eccezione di incompetenza, nei giudizii su simiglianti istanze, dopo la contestazione della lite.

« Ma codesto divieto non può estendersi al caso in cui si varia la domanda, s'indica l'entità dell'oggetto in disputa, che dapprima si era taciuto, ed al valore presunto dalla legge si sostituisce altro maggiore che rende incompetente il giudice adito. In cotale incontro dispiega tutto il suo impero la normale statuizione dell'articolo 72 cod. proc. civ.: il valore della causa si determina dalla domanda, la quale è riposta, più che nell'atto istitutivo del giudizio, nell'intero processo; secondo la massima *totus processus habetur pro libello*, e precipuamente nelle finali conclusioni, in cui i contendenti prospettano i rispettivi desiderii.

« Questo principio non può non trovar applicazione quando per converso la dimanda si riduca, nella quale ipotesi il magistrato superiore può, come altra volta ebbe a sentenziare questa Suprema Corte, pronunziare condanne di entità minori del valore di sua ordinaria competenza, come lo può quando non trova di far diritto alla libellata domanda in tutta la sua interezza ».

(4) Vedi App. Casale, 18 marzo 1871, *Landini* c. *Sossi* (*Giurisprudenza It.*, 1871, 2, 183); Cass. Firenze, 28 luglio 1875, *Barsanti* c. *Lotti* (*Eco Trib.*, 1875, 1146); App. Ancona, 22 luglio 1876, *Dazio consumo di Jesi* c. *Coppari* (*Giur. It.*, 1876, 1, 2, 805); Trib. Padova, 3 gennaio 1879, *Esattore di Cittadella* c. *Finanze* (*Giorn. Trib.*, Milano, 1879, 284); App. Roma, 13 luglio 1886, *Pennafina* c. *Comune di Genzano* (*Temi Rom.*, 1886, 416); Trib. Roma, 31 gennaio 1883, *Milanesi* c. *Weiss* (*Temi Rom.*, 1883, 243); App. Casale, 30 maggio 1890, *Pastore* c. *Federmann* (*Giur. Cas.*, 1890, 325); Trib. Modena, 19 settembre 1884, *Vecchi* c. *Angelini* (*Riv. leg.*, 1884, 357); App. Venezia, 15 sett. 1885, *Dal Fiol* c. *Mantese* (*Temi Ven.*, 1885, 528).

(5) Vedi Cass. Roma, 19 aprile 1876, *Municipio di Anagni* c. *Passa* (*Foro It.*, 1876, 1, 842).

(6) Vedi Trib. Bologna, 28 gennaio 1889, *Frascaroli* c. *Susta* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1889, 218).

cedente quanto gli sopravanza del credito, importa per questa parte un mandato ad esigere; in tal caso è l'importo del credito ceduto che determina la competenza, non già la somma per cui il cessionario agisce in proprio o quella per cui agisce in veste del mandatario del cedente, raffigurandosi la ipotesi degli articoli 70 e 74 procedura civile (1). Questa decisione è da approvarsi quando il cessionario agisca per la totalità del credito; allora non vi è una sola ma due persone che agiscono per ottenere il pagamento della loro parte del credito, perchè una personalità giuridica diversa dalla propria assume il cessionario che agisce colla veste di mandatario del cedente. Ma se il cessionario in distinti giudizi chiedesse la parte propria del credito e la parte dovuta al suo cedente, non si sarebbe più nell'ipotesi dell'articolo 74 del codice di procedura civile, ed in forza dei principî generali relativi alla competenza per valore nel caso di esistenza di più creditori, la competenza dovrebbe essere determinata a base della somma in ciascun giudizio richiesta.

Vi sono titoli distinti agli effetti della competenza per valore per le controversie delle quali ci si sta occupando, e però non si devono cumulare i valori dei singoli capi di domanda, tutte le volte che i singoli atti giuridici che danno vita ai diritti che si fanno valere mediante l'azione, hanno una individualità giuridica propria indipendente da altra individualità giuridica che tutti li abbracci, avvenga ciò per necessità di cose, o per volontà delle parti che posero in essere gli atti, o per influenza di unico atto sopra atti giuridici distinti. Ond'è che si deve ritenere essere titoli distinti:

nel caso di esistenza di più istrumenti di mutui intervenuti fra le stesse persone nella stessa epoca, salvo che emerga la volontà delle parti a che i singoli mutui formino un mutuo solo (2);

nel caso di più cambiali rilasciate per la stessa causa originaria (3);

nel caso che siano richieste ad una persona più somme per difesa in distinti procedimenti penali (4);

nel caso in cui da unico fatto sorgano diritti in dipendenza di due distinti contratti di trasporto (5).

Havvi in quella vece titolo unico, agli effetti della competenza, per le controversie delle quali ci si sta occupando, epperò si devono cumulare i valori dei singoli capi di domanda, tutte le volte che i singoli atti giuridici che danno vita ai diritti che si fanno valere mediante l'azione, dipendono da un solo atto giuridico, sono una consegnenza dell'atto giuridico stesso. E però si ha titolo unico:

quando viene richiesto alcunchè per somministrazioni successive avvenute in seguito ad un unico contratto di somministrazione (6);

quando i più capi di domanda dipendono da più violazioni dello stesso contratto (7);

quando la contestazione si riferisce a singole partite di un conto corrente (8);

(1) App. Venezia, 16 dicembre 1893, *Tabacchi* c. *De Sante* (*Temi Ven.*, 1894, 411).

(2) Col vocabolo *titolo*, di cui all'art. 73 codice proc. civ., non si volle designare dal legislatore il documento su cui poggia la domanda, ma si volle significare la causa e la posizione o il rapporto giuridico da cui nasce l'azione proposta. In conseguenza è competente il tribunale a giudicare di un mutuo stipulato con tre distinti chirografi da mille lire ciascuno. — Così ebbe a statuire l'Appello di Casale, 3 febbraio 1885, *Locatelli* c. *Mazzoni* (*Giurispr. Cas.*, 1885, 266).

Allorchè più capitali sono stati contemporaneamente dati a mutuo dallo stesso mutuante allo stesso mutuatario, si ha sempre un unico titolo di obbligazione, e quindi la competenza dell'autorità giudiziaria da adirsi si desume cumulando i capitali mutuati. — Così l'App. d'Aquila, 7 agosto 1888, *Vicentini* c. *Vicentini* (*Foro Abruzzese*, 1888, 201).

Conforme ai principii è la prima di queste decisioni; infatti, constatato che vi era *un solo* mutuo, la circostanza che sullo stesso esistessero tre chirografi distinti, agli effetti della competenza era indifferente. Ma non è conforme ai principii la seconda decisione; constatato che erano stati dati a mutuo *più capitali*, si doveva riconoscere in ogni capitale una obbiettività giuridica distinta, e però si doveva riconoscere l'esistenza di tanti enti giuridici distinti, essendo affatto indifferente la circostanza che questi enti avessero avuto esistenza contemporanea anzichè successiva.

(3) App. Venezia, 9 aprile 1872, *Zago* c. *Tonina* (*Gazz. G.*, 1872, 756); Tribunale Catania, 18 marzo 1879, *De Stefano* c. *Caponetto* (*Giur. Cat.*, 1879, 57); App. Catania, 29 febbraio 1868, *Mayrargues* c. *Cammarata* (*Gazz. G.*, 1868, 157); Trib. Genova, 31 dic., 1881, *Gallo* c. *Morteo* (*Eco Gen.*, 1882, 238); App. Torino, 2 ottobre 1885, *Banca Novara* c. *Molinari* (*Giur.*, Torino, 1885, 712); App. Casale, 21 maggio 1887, *Caretti* c. *Billia* (*Giur. Cas.*, 1887, 170); App. Genova, 3 nov. 1894, *Banca d'Italia* c. *Ferrari* (*Giurista*, 1894, 558); Cass. Torino, 5 febbraio 1895, *Anderloni* c. *Colormi* (*Foro It.*, 1895, I, 662). — Cont.: App. Firenze, 28 febbraio 1874, *Innocenti* c. *Baldini* (*Giur.*, Torino, 1874, 206); App. Torino, 22 ottobre 1873, *Arnaldi* c. *Bottari* (*Giur.*, Torino, 1873, 61); App. Genova, 6 agosto 1875, *Guglielmi* c. *Fabbri* (*Gazz. G.*, 1875, 730); Cass. Roma, 1° giugno 1880, *Pasqualetti* c. *Belli* (*Ann.*, 1880, 1, 517); App. Torino, 7 marzo 1879, *Corte* c. *Antonietti* (*Ann.*, 1879, 2, 206); Cass. Napoli, 6 giugno 1876, *Attanasi* c. *Ditta Mugnini* (*Gazz. Proc.*, 1876, 269); App. Venezia, 22 febbraio 1876, *Candio* c. *Agnelli* (*Temi Ven.*, 1876, 100); App. Torino, 1° giugno 1883, *Olivetti* c. *Braida* (*Giur.*, Torino, 1883, 743); Trib. Bologna, 30 dic. 1883, *Nigherzoli* c. *Albini* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1884, 24); App. Napoli, 27 sett. 1894, *Liguori* c. *Cioppa* (*Giur. It.*, 1894, 1, 2, 693).

Contenendo, a termini dell'art. 251 del codice di commercio, la cambiale l'obbligazione di far pagare o l'obbligazione di pagare alla scadenza una somma determinata al possessore di essa; ogni cambiale è un'obbligazione, e però un titolo a sè stante, indipendente dall'altra obbligazione di far pagare o di pagare, che il debitore della cambiale può avere assunto contemporaneamente al rilascio della cambiale stessa. Se ciò è vero, e che lo sia è dimostrato dal citato art. 251 del codice di commercio, più cambiali, qualunque sia la causa per la quale furono rilasciate, costituiscono titoli distinti. Ciò però non vale che fino a quando non si sia verificata la decadenza dell'azione cambiaria; che quando tale decadenza si sia verificata, sussistendo, a termini dell'art. 326 del codice di commercio, l'azione di arricchimento, se un tale arricchimento ha causa unica, l'esistenza di una o più cambiali è indifferente; il titolo in tal caso è unico. — Confr. Mattirolo, I, 22.

(4) Cass. Napoli, 2 maggio 1889, *Rossi* c. *Amato* (*Dir. e Giur.*, V, 150).

(5) App. Venezia, 7 sett. 1886, *Ferr. Merid.* c. *Millin* (*Temi Ven.*, 1886, 481).

(6) Vedi Cass. Torino, 20 aprile 1888, *Boido* c. *Durando* (*Giur.*, Torino, 1888, 625); App. Milano, 15 aprile 1890, *Mambretti* c. *Bolzi* (*Mon. Trib.*, 1890, 461); App. Genova, 27 luglio 1895, *Celesia* c. *Forastieri* (*Giurista*, 1895, 311).

(7) Vedi App. Roma, 15 aprile 1884, *Tani* c. *Monte di Pietà di Tivoli* (*Temi Rom.*, 1884, 322).

(8) Cass. Torino, 31 dic. 1890, *Chianea* c. *Viale* (*Giur.*, Torino, 1891, 173); App. Genova, 28 ottobre 1895, *Dall'Acqua* c. *Canale* (*Temi Gen.*, 1895, 647).

L'App. di Venezia, 9 febbr. 1886, *Scheggi* c. *Zuliani* (*Foro It.*, 1886, I, 252), così ragionava:

« Sull'incompetenza per valore.

quando la contestazione si riferisce a singole partite di una gestione di negozio (1);

quando viene dedotta in giudizio la risoluzione della obbligazione ed il risarcimento del danno (2).

103. Anche per le azioni delle quali ci si sta occupando vale il principio che gli interessi scaduti ed i danni anteriori alla domanda giudiziale devono essere cumulati col valore della cosa principale per determinare la competenza; ond'è che, propostasi domanda pel pagamento dei frutti scaduti di un capitale mutuato ed impugnatasi dal debitore l'obbligazione principale, il valore della causa è dato dal cumulo della sorte coi frutti maturati (3).

Tutte le volte che qualche cosa dipendente da un rapporto giuridico è stata liquidata e per la stessa è stato costituito apposito titolo, ciò che fu liquidato non è più parte di quanto è dovuto in seguito al rapporto giuridico, ma è un rapporto giuridico a sè stante. Ond'è che, se delle cambiali furono rilasciate per interessi dovuti in dipendenza di una sorte principale, le cambiali non sono parte della obbligazione per la cui estinzione parziale furono rilasciate, ma costituiscono obbligazioni a sè stanti, che colla primitiva obbligazione non hanno più alcun rapporto agli effetti della competenza (4).

Sono in quella vece parte di un rapporto giuridico i danni dovuti in dipendenza del contratto che col risarcimento chiesto non resta esaurito, e per tale domanda di danni la competenza sarà determinata a base di quanto si richiede, od a base del valore dell'intiero contratto, a seconda che il contratto è o non è per intiero controverso (5). È anche parte di ciò che è dovuto ciò che è dovuto in dipendenza di singoli patti di un contratto, e però anche alle contestazioni sopra i singoli patti si applicano i principî relativi al caso in cui venga richiesta una parte di una maggiore obbligazione (6).

In materia di conti per l'applicazione dei principî relativi alla determinazione del valore a base del valore dell'intiero rapporto giuridico, della parte o del residuo dello stesso, è d'uopo distinguere il caso in cui sia chiesto giudizialmente il rendiconto, dal caso in cui vengano dedotte in giudizio singole partite di un conto o venga dedotto in giudizio il reliquato. Nel primo caso la competenza va determinata a base del valore della intiera gestione (7), anche se il resoconto sia ordinato dal magistrato per accertare se è o no dovuto quanto viene richiesto (8). Nella determinazione di tal valore, se si tratta di conto di amministrazione tenuta, non ci si deve preoccupare del valore che possa essere stato dato alle cose amministrate in atti che colla amministrazione tenuta non hanno alcun rapporto (9), salva la forza probatoria che gli atti stessi possono avere come indizî. Il magistrato, poi, competente a base del valore della intiera gestione, è competente per continenza di causa a giudicare delle questioni che possono sorgere nelle singole partite del conto, anche se il valore di ciascuna delle stesse fosse nei limiti della competenza del giudice inferiore (10). Nel secondo caso, ove non sorga disputa relativamente alla esistenza del rapporto in favore del quale esiste il conto, la competenza va determinata a base del valore delle partite dedotte in contestazione (11) nel complessivo loro ammontare, dipendendo le stesse da quell'unico titolo che è il rapporto giuridico in forza del quale il conto esiste. Nel terzo caso infine la competenza va determinata a base del valore del reliquato richiesto anche se venga in contestazione il rapporto giuridico in forza del quale il conto esiste (12). Ma se vengono in contestazione partite del conto eccedenti nel loro complesso i limiti della competenza del giudice adito, allora non sono più i principî relativi ai residui che ricevono applicazione. Infatti il reliquato esiste in quanto esistono le singole partite di debito inscritte nel conto; la domanda ha solo l'apparenza di una domanda di residuo, ma nel fatto è una domanda di addebito delle singole partite, dal valore delle partite di addebito deve dunque essere determinata la competenza, dal momento che in materia di competenza non si guarda alla apparenza che può rivestire la azione, ma al reale contenuto della azione stessa (13).

« Considerato che la Ditta Zuliani citava la Ditta Scheggi e Canaletti pel pagamento di lire 3285.93 a base di un estratto di conto corrente sopra più rapporti commerciali di dare ed avere, dipendenti da somministrazioni di legname per parte sua e da rimesse cambiarie ed acconti, fatte dall'altra. L'azione di pagamento non andrebbe dietro ciò regolata per la competenza del foro, in ragione dell'importo, a norma dell'art. 73 proc. civ., perchè si avesse riguardo al valore di ciascun titolo di credito preso separatamente. Il conto corrente darebbe in quella vece fondamento (articoli 345 e 348 cod. di commercio) ad un'unica azione, solo per la differenza in più del complessivo avere sul dare in favore della Ditta attrice Zuliani, compensandosi le diverse partite fra loro fino a quell'eccedenza, nè più quindi potendosi avere riguardo ai singoli titoli. Competente era dunque il tribunale di commercio, abbenchè ciascuno dei due titoli cambiari sia inferiore alle lire 1500. Avrebbe ciò influito, ove la Ditta Zuliani avesse esercitato l'azione cambiaria per sè con norme ed effetti speciali, separatamente dal conto corrente; ma in quella vece li comprese nella generale liquidazione giudiziale del conto corrente, ed una delle due cambiali dimise a corredo di questa. A conferma dell'indole summentovata della proposta azione sta la contestazione delle parti sull'imputazione degli acconti, sugli interessi, sul nolo e deposito di legnami spediti, siccome formanti parte di un conto generale ».

(1) Vedi App. Torino, 22 dic. 1894, *Thomasset* c. *Bionaz* (*Giur.*. Torino, 1895, 1, 193).

(2) App. Venezia, 1° febbr. 1876, *Janvitz* c. *Bussolini* (*Temi Ven.*, 1876, 160).

(3) Trib. Perugia, 27 novembre 1885, *Pulignani* c. *Brozzi* (*Giorn. giur.*, 1886, 83).

(4) Contra: Cass. Firenze, 29 novembre 1886, *Vidoni* c. *Vidoni* (*Temi Ven.*, 1887, 21).

(5) Appello Trani, 20 luglio 1889, *Ditta Pannunzio* c. *Tortora* (*Riv. di giur.*, Trani, 1889, 692).

(6) Trib. Bologna, 4 settembre 1885, *Marabini* c. *Casella* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1885, 280).

(7) Appello Venezia, 5 luglio 1887, *S.* c. *Fezzi* (*Temi Ven.*, 1887, 384). Vedi anche Trib. Bologna, 23 gennaio 1887, *Manni* c. *Manni* (*Mon. Giur.*, Bologna, 1887, 125).

(8) Contra: Cass. Torino, 17 agosto 1886, *Amoretti* c. *Terranova* (*Giur.*, Torino, 1886, 644).

(9) Vedi Appello Torino, 28 ottobre 1881, *Ponzio* c. *Zina* (*Giurispr.*, Torino, 1882, 22).

(10) Contra: Appello Napoli, 12 luglio 1869, *De Medici* c. *Mancini* (*Ann.*, 1869, 281).

(11) Vedi Cass. Firenze, 10 febbraio 1876, *Doglioni* c. *Sartori* (*Giur. It.*, 1876, 1, 1, 348).

(12) È questa l'applicazione del principio che la contestazione sul titolo non fa venir meno la competenza determinata a base del residuo.

(13) Vedi Cass. Firenze, 18 febb. 1867, *Ghili* c. *Ciambellini* (*Ann.*, 1867, 134); Cass. Napoli, 1° aprile 1871, *Russo* c. *Politi* (*Giur.*, Torino 1871, 484); Appello Milano, 2 ottobre 1878, *Bonfante* c. *Casati* (*Mon. Trib.*, 1878, 1096); Cass. Napoli, 7 febbraio 1879, *Sfara* c. *Schiripa* (*Gazz. Proc.*, XIV, 295); Cass. Firenze, 22

Quando viene richiesta una somma come percentuale stabilita pei creditori in un concordato consentito dal fallito, tale somma è residuo della maggior obbligazione del fallito verso il creditore, e però sull'importare di quanto viene richiesto deve essere determinata la competenza (1). È residuo anche quanto si chiede come restituzione di indebito pagato in seguito ad un conteggio errato; ma se vengono in discussione partite del conteggio ammontanti nel loro complesso ad una somma superiore alla competenza del giudice adito, in allora la azione non ha che l'apparenza di azione per un residuo, la vera questione è se i singoli addebiti dovessero o no esser fatti, e però la competenza va determinata dall'ammontare complessivo delle partite che vengono in contestazione (2).

Nessun atteggiamento speciale prende in queste azioni ciò che concerne l'influenza che le eccezioni del convenuto, le questioni incidentali, la necessità dell'esame di titoli (3) esercitano sulla determinazione della competenza. Ond'è che, se ad una domanda di pagamento di fitto il convenuto eccepisce di esser proprietario del fondo, e questa eccezione ha i requisiti in presenza dei quali le eccezioni del convenuto influiscono sulla competenza, dal valore della eccezione e non dal valore della azione deve essere determinato quale è il giudice competente a giudicare (4); opposta dal convenuto per pagamento d'interessi l'eccezione di aver pagato il capitale, dalla somma capitale deve esser desunta la competenza (5).

Anche in queste azioni l'intervento del terzo influisce o no sulla competenza, a seconda che tale influenza viene o non viene esercitata secondo le norme ordinarie (6).

104. L'azione diretta ad ottenere gli alimenti, è ancor essa una azione personale relativa a beni mobili, e però sarebbe regolata dalle norme generali che valgono per le azioni personali tutte, se la legge non avesse dato sulla stessa disposizioni speciali.

Per l'articolo 71 del codice di procedura civile, sono di competenza dei pretori le azioni per alimenti o per pensioni alimentari periodiche, e per la liberazione totale o parziale delle obbligazioni relative, se la prestazione in controversia non eccede il valore di annue lire duecento. Essendo l'ammontare delle prestazioni annue la base sulla quale si deve determinare se la causa è di competenza del pretore, se le prestazioni fossero suddivise in rate mensili, debbono accumularsi dodici rate, e quando il cumulo di queste dodici rate dà un valore non superiore a lire 200 la causa è di competenza del pretore.

Si è veduto discorrendo della competenza per materia, che in forza del capov. dell'art. 71 codice di procedura civile le cause per alimenti sono sottratte alla competenza del conciliatore: in forza dell'art. 84 n. 1, del codice di procedura quando la prestazione in controversia eccede le annue lire duecento, la causa è di competenza del tribunale civile.

L'articolo 71, capoverso, del codice di procedura non fa distinzione fra prestazioni e prestazioni alimentari, ond'è che a tutte le prestazioni alimentari è quella disposizione applicabile, derivi il diritto dalla legge o da atto. Ed è applicabile non solo quando l'atto non determina la somma capitale della prestazione, ma anche quando la somma stessa è determinata: nella forma assoluta colla quale quel disposto di legge è redatto non è possibile fare distinzioni o restrizioni relativamente alla sua applicazione. Quel disposto di legge però, come si è avuto occasione di rilevare al n. 52, non concerne che le controversie sul fondo del diritto alla percezione degli alimenti, ed alla percezione di questi in una determinata misura, non alle controversie relative alle singole rate della corresponsione; per dirla in altri termini, non è applicabile che quando havvi controversia sul titolo. Ma quando sul titolo non si controverte, e solo si discute sulle singole rate nelle quali la corresponsione deve essere pagata, tornano applicabili le norme di competenza ordinaria. Di qui ne viene che, se si domanda il pagamento di una o più annualità arretrate, il valore della causa non va misurato tenuto conto dell'annua prestazione, ma va misurato avuto riguardo alla somma richiesta e però la controversia sarà di competenza del conciliatore, del pretore o del tribunale a seconda che si chieda somma infra le lire 100 od infra le lire 1500 od una somma superiore alle 1500 lire.

105. L'art. 80 del codice di procedura civile, come si è veduto, provvede per le controversie relative a beni mobili, e però contempla anche le azioni personali relative ai mobili stessi, ma l'art. 79, del quale ci si occuperà in modo particolare a suo luogo, contempla soltanto le controversie di proprietà, di usufrutto di nuda proprietà, sopra beni immobili e le controversie di servitù, di regolamento di confini. Ond'è che le azioni personali relative a beni immobili non trovano nel codice di procedura un'apposita regola che le disciplini per ciò che concerne la determinazione del valore agli effetti della competenza. Atteso però il principio che non è ammissibile una lite preliminare per la determinazione del valore agli effetti della competenza, e che il valore agli effetti stessi è sempre un valore legale, è d'uopo costruire la teorica del valore legale delle azioni personali relative a beni immobili, applicando per analogia le disposizioni che si trovano date dalla legge pei casi dalla legge stessa contemplati.

Le azioni personali relative a beni immobili non presentano sempre identici caratteri. In queste controversie alle volte viene l'immobile per se stesso indipendentemente dal suo valore, in maniera che del valore dell'immobile dedotto in controversia nemmeno si discorre, e la statuizione del magistrato non si deve portare che sulle cose dedotte in controversia. Altre volte a quella vece viene in controversia o il valore dell'immobile, come nelle azioni di rescissione di vendita per causa di lesione; o il valore dei corrispettivi, come nelle azioni di nullità di vendita in cui l'alienante è tenuto a restituire i corrispettivi ricevuti per l'alienazione; o il valore che deve essere prestato invece dell'immobile, come nelle azioni di revoca dalle donazioni di immobile,

giugno 1882, *Azzalin* c. *Venturoli* (*Temi Ven.*, 1882, 365); Cass. Torino, 27 febb. 1886, *Bruto* c. *Gay* (*Annali*, 1886, 207).

(1) Contra: Appello Venezia, 6 febbraio 1885, *Verrati* c. *Gallo* (*Temi Ven.*, 1887, 96). Vedi anche Cass. Torino, 28 dicembre 1885, *Almerini* c. *Semiglia* (*Giur.*, Torino, 1886, 116).

(2) Contra: Cass. Napoli, 19 febbraio 1879, *D'Onofrio* c. *Simone* (*Ann.*, 1879, 1, 561).

(3) Vedi Cass. Napoli, 28 novembre 1890, *Ferrante* c. *Corbisiero* (*Dir. e Giur.*, VI, 271); 12 maggio 1884, *Ciccotti* c. *Grasso* (*Gazz. Proc.*, XIV, 304.

(4) Vedi Cass. Firenze, 22 giugno 1885, *Movizzo* c. *De Witt* (*Temi Ven.*, 1885, 424).

(5) Cass. Napoli, 16 marzo 1895, *Rosè* c. *Izzi* (*Dir. e Giur.*, X, 401).

(6) Cass. Torino, 25 agosto 1882, *Grasselli* c. *Mina* (*Giurispr.*, Torino, 1882, 660).

per ingratitudine o per sopravvenienza di figli se l'immobile è passato in terze mani; o il valore di ciò che deve essere prestato in dipendenza dei diritti che si ha sull'immobile, come nelle azioni per apposizione di termini. Nelle azioni relative alla proprietà piena, all'usufrutto ed alla nuda proprietà dell'immobile o relative a servitù o regolamento di confine, disciplinate dall'art. 79 del codice di procedura, come meglio sarà dimostrato a suo luogo, viene in controversia l'immobile per sè stesso, indipendentemente dal suo valore; nelle azioni relative a beni mobili disciplinate dall'art. 80 codice di procedura civile può venire in controversia la cosa mobile per sè stessa, indipendentemente dal suo valore, ma può venire in controversia anche il valore della cosa: di qui ne viene che tutte le volte che nelle azioni personali relative a beni immobili viene in controversia l'immobile per sè stesso, indipendentemente dal suo valore, il valore della causa dovrà essere determinato applicando per analogia l'art. 79 del codice di procedura; tutte le volte che nell'azione personale relativa a beni immobili viene in controversia il valore dell'immobile, il valore della causa dovrà essere determinato applicando per analogia l'art. 80.

Così, per esempio, nelle controversie relative a sequestro giudiziario sarà applicabile per analogia l'art. 79 della procedura (1) dal momento che in questa azione il valore non esercita alcuna influenza sulla decisione che sarà per dare il magistrato, e così pure nelle azioni dirette ad ottenere la esecuzione di una convenzione con la quale fu transatto relativamente ad una pretesa servitù prediale e per le eccezioni del convenuto sorga controversia sull'esecuzione del contratto (2). Ma nelle controversie per nullità, risoluzione, o rescissione di atti bilaterali relativi ad immobili sarà l'articolo 80 che riceverà applicazione (3); come l'articolo stesso riceve applicazione nelle controversie relative alla validità della offerta di prezzo di un fondo venduto (4), nelle controversie relative alla apposizione di termini (5), perchè in questi casi il valore della cosa esercita una influenza sulle statuizioni del magistrato. Esempi di controversie nelle quali per la determinazione del valore della causa è d'uopo far applicazione dell'art. 79 sono forniti dalle controversie relative alla revoca della donazione di un immobile per causa di ingratitudine o di sopravvenienza di figli, quando l'immobile si trova ancora presso il donatario, nelle controversie relative alla nullità di una donazione; in questi casi la pronuncia del magistrato è indipendente dal valore che può avere l'immobile o dai valori che coll'immobile abbiano relazione. Per altre materie ora è applicabile l'art. 79, ora l'art. 80 del codice di procedura. Così, per esempio, nelle controversie relative alla esecuzione di opere di restauro di un immobile se la controversia è relativa all'immobile in se stesso considerato, come per esempio quando si controverte sul diritto del proprietario di fare o di non fare le opere di restauro, il valore della causa dovrà essere determinato in base dell'art. 79; se in quella vece la controversia è relativa ad un valore, come per esempio quando si tratti di statuire sulle spese del restauro, la competenza deve essere determinata a base dell'art. 80 (6).

106. Ad eccezione di quanto si è esposto, null'altro offrono di speciale le azioni personali per beni immobili, relativamente alla applicazione delle norme generali sulla determinazione del valore delle controversie. Dei principî relativi al cumulo dei valori di più capi di domande dipendenti dallo stesso titolo, si trova dalla giurisprudenza fatta un'applicazione speciale al caso di più fondi acquistati con unico atto, e si trova deciso che acquistati all'asta privata due fondi di valore e per prezzo ciascuno inferiore ed in complesso eccedente le lire 1500, ed esposto unicamente così unificato nel contratto posteriore definitivo, l'azione esercitata, per mancanza ad una obbligazione essenziale che sia controversa (discioglimento del contratto anche di uno solo dei fondi) è di competenza assoluta del tribunale (7). Questa

(1) Cass. Firenze, 28 giugno 1878, *Frazione di Valle di Cadore* c. *Frazione di Venas* (*Giur. It.*, 1878, 1, 1, 1004.

(2) Cass. Firenze, 11 novembre 1889, *Pasqui* c. *Gandolfi* (*Temi Ven.*, 1890, 5).

(3) Confr. Ricci, I, 139; Cuzzeri, sull'art. 79; Mortara, *Man.*, n. 115; Mattirolo, I, 239; Cass. Napoli, 28 maggio 1867, *Di Gennaro* c. *Mazzico* (*Gazz. Trib.*, Napoli, V, 1867, 658); 26 maggio 1888, *Gagliardi* c. *Giangrande* (*Dir. e Giur.*, IV, 115); 9 febbraio 1886, *Padula* c. *Pennacchio* (*Gazz. Proc.*, XXI, 43); Appello Torino, 13 aprile 1883, *Pagliero* c. *Serra* (*Giur.*, Torino, 1883, 662); Tribunale Novi Ligure, 31 dicembre 1891, *Varese* c. *Soc. comm. di Alessandria* (*Mon. Trib.*, 1892, 271.

L'Appello di Trani, 8 giugno 1894, *Notarnicola* c. *Strafino* (*Foro It.*, 1894, I, 1066), così ragionava:

« Considera che la prima questione da decidersi è quella relativa alla eccepita incompetenza, cioè se nell'azione di rescissione della vendita per lesione la competenza debba determinarsi dal valore degli immobili controversi quale risulta dal tributo in applicazione dell'art. 79 cod. proc. civ., ovvero dalla domanda a mente dell'art. 72 dello stesso codice.

« Sul proposito è da osservare che l'art. 79 nelle sue disposizioni riguarda esclusivamente le controversie sulla proprietà e sugli altri diritti *reali immobiliari*, *actio in rem per quam rem nostram petimus*: L. 25, Dig. *de oblig. et act.* Non può estendersi quindi la disposizione del detto articolo alle controversie sulla validità delle convenzioni ancorchè concernenti beni immobiti; perocchè in tal caso obbietto della causa è il contratto: *actio in personam ex contractu actio est, qua cum agimus qui obligatus est nobis, veluti emendo vendendo...* (ibid.). L'azione di rescissione per lesione adunque, che tende ad invalidare un contratto di compravendita, è eminentemente personale; tanto più ove si consideri che, se personali sono le azioni derivanti da una convenzione tendente ad ottenere un immobile, *actio personalis ad rem*, maggiormente è tale l'azione di rescissione per lesione, avendo il compratore la scelta, anzichè di restituire la cosa, di ritenerla pagando il supplemento del giusto prezzo (articolo 1534 e 1535 cod. civ.). *Si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipias* (L. 7, cod. *de rescind. vend.*).

« Gli eredi Strafino nel promuovere l'azione di rescissione per lesione del contratto di vendita, 3 febbraio 1891, attribuiscono agli immobili venduti dal loro autore ai coniugi Notarnicola e Pagano ed al costoro figlio un valore eccedente la competenza del pretore e domandano anche i frutti; ai termini quindi dell'articolo 72 cod. proc. civ., trattandosi di azione personale, il valore della causa si determina dalla domanda, ed era competente a giudicare il tribunale adito. *Quoties de quantitate ad jurisditionem pertinente quaeritur, semper quantum petatur quaerendum est, non quantum debeatur* (L. 19, § 1, Dig. *de jurisdict.*).

« Anche nella incertezza del valore, che in siffatto giudizio deve determinarsi con perizia e non altrimenti pel disposto dell'art. 1530 cod. civ., la competenza del tribunale è indubitabile. »

(4) Cass. Napoli, 20 aprile 1872, *Janarelli* c. *Vitarelli* (*Legge*, 1872, 1, 562).

(5) Vedi Cass. Roma, 10 dicembre 1877, *Mazzara* c. *De Pompeis* (*Ann.*, 1878, 1, 76).

(6) Vedi Cass. Torino, 9 settembre 1891, *Cesari* c. *Murando* (*Giur. Tor.*, 1891, 665).

(7) App. Venezia, 27 febbraio 1885, *De Castello* c. *Franzolin* (*Temi Ven.*, 1885, 567).

decisione non può essere approvata. L'atto in seguito al quale avvenne la vendita fu l'asta; il contratto successivo è una dipendenza dell'asta seguita, che non modifica punto quanto coll'asta era stato fermato. Una volta che all'asta la delibera era avvenuta per un prezzo distinto per ognuno dei due fondi, non vi era un solo atto di compra-vendita ma due, e se vi erano due atti la competenza doveva essere determinata in relazione a ciascuno degli atti non già cumulando i valori.

§ 2. — *Cause per sequestri e pignoramenti.*

107. Specie diverse di controversie che possono sorgere; controversie fra sequestrante o pignorante e sequestrato o pignorato. — 107 *bis*. Controversie fra sequestrante o pignorante e terzo che agisce in separazione. — 108. Controversie sulla distribuzione del prezzo.

107. Il sequestro ed il pignoramento, avuto riguardo alle persone fra le quali la controversia può sorgere, possono dar cagione a tre distinte specie di controversie: controversie fra sequestrante o pignorante e sequestrato o pignorato; controversie fra sequestrante o pignorante e terzo che agisce in separazione delle cose oggetto di sequestro o pignoramento; controversie relative alla distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita delle cose sequestrate o pignorate.

Le controversie fra sequestrante o pignorante e sequestrato o pignorato possono esser relative alla sussistenza del diritto in forza del quale il primo procede, possono essere relative alle forme della procedura, possono essere relative al diritto del primo di sequestrare o pignorare le cose che furono sequestrate o pignorate. Il codice di procedura civile all'art. 75, n. 1, si occupa dei due primi casi, e dispone che il valore della causa si determina dal valore del credito per cui si procede a questi atti (1). Non si occupa punto del terzo caso, del caso cioè in cui si contende sul diritto di eseguire l'atto sulle cose sulle quali l'atto stesso fu eseguito. Dal momento che per questo caso la legge non ha disposizioni speciali, allo stesso sono applicabili i principî generali, e considerando che nel caso stesso ciò che cade in controversia sono le cose che si vogliono immuni di sequestro o pignoramento, il valore delle controversie sarà il valore di queste cose, ed a base di tal valore la competenza sarà determinata (2).

Trovasi giudicato che nelle controversie sulla validità, rivocazione o conferma di sequestro, il valore della causa si determina cumulando il valore delle cose cadute nel sequestro, e la somma che viene domandata a titolo di danni dalla parte che insiste per la rivocazione (3). Questo principio non può essere accolto. La domanda per la dichiarazione di nullità o per la rivocazione, l'opposizione alla conferma del sequestro, sono conseguenze delle difese od eccezioni opposte dal convenuto alla domanda dell'attore, che in quanto sono meno od egualmente estese della domanda dell'attore non alterano la competenza del giudice adito; la domanda ai danni non è che una riconvenzionale proposta dal convenuto contro l'attore. Ora il valore della domanda riconvenzionale, come si vedrà a suo luogo, non va cumulato col valore della causa principale per determinare la competenza; la domanda principale e la domanda riconvenzionale vanno valutate distintamente. Di conseguenza la domanda dei danni fatta dal convenuto in causa di convalidazione di sequestro non andrà cumulata col valore della causa di sequestro, ma deve essere valutata separatamente dalla stessa.

Fu anche giudicato che l'azione per il pagamento di una indennità a seguito di un pignoramento che si pretende nullamente operato, comunque proposta sotto forma di azione principale, è pur sempre una azione accessoria di quelle implicate in essa e dirette a far pronunciare la nullità del pignoramento medesimo, e perciò il valore della causa va desunto dal credito per cui si è proceduto al pignoramento, anzichè dalla somma chiesta per indennizzo (4). Se si tratta di danni posteriori alla citazione per nullità di pignoramento, gli stessi, in applicazione del principio posto al n. 96, non influiscono punto sulla competenza, ma se i danni sono anteriori, sia pure che l'azione di indennizzo sia accessoria, deve il valore degli stessi esser cumulato col valore del credito pel quale si procedette al pignoramento; e l'art. 72, capov., 1, del codice di procedura civile comanda che questo cumulo sia effettuato.

107 *bis*. Nelle controversie fra sequestrante o pignorante e terzo che agiscono in separazione, ciò che viene dedotto in contesa è la cosa che si intende far separare, e però il valore della controversia va determinato dal valore della cosa stessa. È questo che dispone l'art. 75, n. 2, del codice di procedura civile (5), sia superiore od inferiore allo stesso il valore del credito per cui si procede (6), e sia anche superiore il valore del titolo che si fa valere per chiedere la separazione (7). Il diritto che esercita il terzo è un diritto reale su cosa mobile, di conseguenza il valore della causa verrà determinato a base dei principî relativi alle azioni reali su cose mobili, dei quali ci si occuperà in apposita rubrica (8). La controversia può sorgere mercè l'intervento del terzo nel giudizio di convalida di sequestro, ed in tal caso il giudice deve tener conto della controversia stessa per la determinazione della competenza (9).

La competenza determinata a base del valore degli oggetti che si vogliono separati, non soffre alterazione nè per il fatto che il terzo attacchi il diritto stesso del procedente di eseguire sequestro o pignoramento (10), nè per le eccezioni che potesse opporre il creditore procedente contro il terzo (11)

(1) Vedi Trib. Castrovillari, 15 luglio 1866, *Aloi* c. *Fucci* (*Gazz. Giur.*, 1866, 472).

(2) Vedi Trib. Roma, 18 marzo 1890, *Coppari* c. *Saulini* (*Legge*, 1890, 1, 742); Cass. Roma, 16 febbraio 1888, *Min. Tesoro e Guerra* c. *Feltrinelli e Bordon* (*Legge*, 1888, 1, 580).

(3) Cass. Torino, 7 marzo 1874, *Com. di Vestignà* c. *Concinetti* (*Giur. It.*, 1874, 1, 1, 70).

(4) Trib. Genova, 15 maggio 1894, *Dellepiane* c. *Noli* (*Temi Gen.*, 1894, 444).

(5) Vedi Cass. Napoli, 18 aprile 1872, *Robins* c. *Pacci* (*Giur.*, Torino, 1872, 520); App. Brescia, 30 gennaio 1875, *Isella* c. *Ducina* (*Ann.*, 1875, 2, 472).

(6) Vedi Cass. Firenze, 5 gennaio 1875, *Corsi* c. *Paolini* (*Giorn. Trib.*, Milano, 1875, 281).

(7) Cass. Napoli, 8 gennaio 1890, *Guzzolino* c. *Boscarelli* (*Gazz. Proc.*, XXVIII, 174).

(8) Vedi Trib. Venezia, 4 dicembre 1871, *Omacini* c. *Ospedale civile di Mantova* (*Legge*, 1872, 1, 24).

(9-10) Cass. Roma, 9 febbr. 1878, *Olia e Bortolù* c. *Dau* (*Giur. It.*, 1878, 1, 1, 575).

(11) Cass. Firenze, 11 aprile 1878, *Panerai* c. *Mengoni* (*Mon. giudiz.*, Venezia, 1878, 276).

quando la sentenza che deve essere pronunciata su queste ultime cose non possa spiegare effetti che per le cose che furono sequestrate o pignorate; ma se per l'eccezione del creditore procedente la sentenza potesse andare più in là nei suoi effetti di quanto è contenuto nella domanda di rivendica, il valore della causa dovrebbe essere determinato a base della eccezione e non dell'azione. E così, se, p. e., il procedente opponesse al terzo che agisce in separazione che egli è il debitore, la competenza dovrebbe andare determinata a base dell'importare del credito, e non già a base del valore delle cose sulle quali la separazione viene esercitata (1). In questa materia è d'uopo tener presente che la causa in separazione non si agita soltanto fra creditore procedente e terzo, ma parte in causa è anche il debitore (2), ond'è che la sentenza che viene pronunciata fa stato non solo nei rapporti fra i due primi, ma anche nei rapporti fra terzo e debitore. Di qui la conseguenza che il valore delle eccezioni che dal creditore procedente fossero sollevate contro il terzo, non è il valore che l'eccezione ha nei rapporti fra queste persone, ma il valore che ha nei rapporti fra terzo e debitore. Questo principio dà il mezzo di risolvere la questione circa gli effetti che sulla competenza ha l'eccezione di simulazione opposta dal creditore procedente contro l'atto che il terzo fa valere come fondamento della sua azione in separazione, questione sulla cui soluzione la giurisprudenza è incerta (3). Una volta che anche il debitore è in causa, in seguito alla sentenza che venisse emanata e la quale dichiarasse la realtà o la simulazione dell'atto fatto valere dal terzo, l'atto sarebbe reale o simulato non solo nei rapporti fra creditore e terzo ma anche nei rapporti fra terzo e debitore, ognuna di queste persone potrebbe prevalersi contro l'altra della sentenza che venisse emanata. E se ciò è vero, dal momento che la estensione che sarà per avere la cosa giudicata è la misura della competenza del magistrato, dal momento che la cosa giudicata sulla realtà o sulla simulazione dell'atto si estende all'atto intiero, se l'atto stesso comprende non soltanto le cose sequestrate o pignorate ma anche altre cose, è a base del valore complessivo dell'atto che la competenza per valore va determinata.

108. La terza specie di controversie è costituita dalle controversie relative alla distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita delle cose sequestrate o pignorate. In questi casi gli effetti della cosa giudicata sono necessariamente limitati al credito pel quale la controversia sorge; dunque è dal valore di questo credito che deve essere determinata la competenza anche nel caso in cui fosse fuori di questione che il ricavato non è sufficiente al pagamento della totalità dei crediti e che solo una quota di ogni singolo credito potesse essere pagata: il n. 3 dell'art. 75 della procedura, il quale dispone che nelle controversie per sequestro o pignoramento il valore della causa si determina dal valore separato di ciascuno dei crediti controversi e concorrenti, se si contende sulla distribuzione del prezzo, non distingue fra caso e caso. E l'articolo stesso non distingue nemmeno il caso in cui la controversia sorge fra creditore e debitore o sorge in quella vece fra creditori, ond'è che tanto nell'uno quanto nell'altro caso quella disposizione di legge trova applicazione.

§ 3. — *Cause per prestazioni di rendite e per locazioni*

109. Che deve intendersi per rendite. — 110. Valore delle controversie relative a rendita perpetua, vitalizia e temporanea. — 111. Valore delle controversie relative a locazioni. — 111 *bis*. A quali locazioni è applicabile l'art. 77 codice di procedura civile; in particolare delle mezzadrie.

109. Il codice civile (4) conosce due specie di rendite, ossia annue prestazioni in danaro od in derrate: la rendita perpetua e la rendita vitalizia; il codice stesso non conosce l'istituto della rendita temporanea: del caso in cui è stabilito per un tempo assolutamente o relativamente prefisso il pagamento di una determinata annualità, il codice civile non fa parola. Ma il codice di procedura civile parla di una terza specie di rendite, le rendite temporanee, delle quali è d'uopo determinare le norme onde differenziarle dal debito che si paga ratealmente e dalla pluralità di debiti con scadenze annuali diverse coi quali le rendite temporanee presentano analogia. Il carattere economico della rendita, come quello dei frutti tutti, si è di provvedere ai bisogni occorrenti della vita umana ed alla capitalizzazione di ciò che rimane dopo soddisfatto ai bisogni stessi; quando si sarà di fronte ad un atto il quale stabilisca una prestazione periodica la quale nello intendimento delle parti è destinata a provvedere per un tempo assolutamente o relativamente determinato ai bisogni occorrenti della vita umana, si avrà quella rendita temporanea della quale il codice di procedura civile fa parola; negli altri casi si avrà il debito pagabile ratealmente o la pluralità dei debiti.

Agli effetti procedurali è indifferente il nome della prestazione periodica; quando si ha la prestazione periodica la quale non sia dovuta in dipendenza di un rapporto giuridico costituente un istituto speciale dalla legge disciplinato, si ha la rendita (5).

110. Per la rendita possono sorgere due specie distinte di controversie: controversie relative al titolo, controversie relative alle singole annualità. Sono controversie relative al titolo quelle la decisione delle quali esercita un'influenza sulla totalità del rapporto giuridico (6); in modo che si pregiudica la questione tanto per le annualità scadute quanto

(1) Vedi App. Milano, 13 settembre 1880, *Gandini* c. *Martinenghi* (*Mon. Trib.*, 1880, 1074).

(2) Mattirolo, v, 954.

(3) Vedi Cass. Firenze, 19 aprile 1877, *Frigo* c. *Pilotto* (*Mon. Giud.*, Venezia, 1877, 291); Cass. Napoli, 10 luglio 1886, *Messa* c. *D'Alessio* (*Gazz. Proc.*, XXI, 213; Cass. Torino, 8 giugno 1891, *Bernaso* c. *Camurati* (*Giur.*, Torino, 1891, 675); App. Aquila, 27 dicembre 1887, *Di Tonto* c. *De Gregori* (*Foro Abruzz.*, 1888, 24); Cass. Roma, 18 aprile 1891, *Caterini* c. *Fortini* (*Corte Suprema*, 1891, 176); Pretore Cagliari, 8 luglio 1893, *Coni* c. *Atzori* (*Giur. Sarda*, 1893, 38).

(4) Art. 1778 e seg., 1789 e seg.

(5) Art. 76, 1ª parte, cod. proc. civ. Vedi Cass. Torino, 1° dicembre 1887, *Cotonificio Cantoni* c. *Oggero* (*Giur.*, Torino, 1887, 97); Cass. Roma, 18 febbraio 1889, *Fondo Culto* c. *Panelli* (*Corte Suprema*, 1889, 161); Cass. Palermo, 12 luglio 1890, *Soc. Carmine di Lentini* c. *Malpasso* (*Dir. it.*, I, 523).

(6) Vedi Cass. Torino, 18 dicembre 1872, *Dell'Acqua* c. *Mantelli* (*Legge*, 1873, 1, 200); Cass. Firenze, 23 giugno 1873, *Canterano* c. *Berardi* (*Giur.*, Torino, 1873, 532); Cass. Torino, 24 settembre 1885, *Lucchini* c. *Basilio* (*Giur.*, Torino, 1885, 690); Trib. Bologna, 17 ottobre 1885, *Costa* c. *Albertazzi* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1885, 313); Cass. Palermo, 4 agosto 1888, *Ragusa* c. *Di Lorenzo* (*Legge*, 1888, 2, 804); Cass. Roma, 2 giugno 1891, *De Andreis* c. *Volpari* (*Corte Suprema*, 1891, 141); Cass. Firenze, 8 febbraio 1893, *Termini* c. *Chiesa parr. di Cordovado* (*Temi Ven.*, 1893, 168); Trib. Bari, 18 luglio 1894, *Milella* c. *Sforza* (*Gazz. Proc.*, 1894, 131); Cass. Torino, 15 marzo 1895, *Alber-*

per quelle a scadere (1); sono controversie relative alle singole annualità quelle la decisione delle quali non può esercitare alcun effetto al di là delle annualità sulle quali la decisione deve essere data, anche se essendo chiesta la declaratoria del diritto alla percezione delle annualità, l'esistenza del diritto non sia contestata (2). Infatti, essendo la declaratoria della esistenza in genere del diritto implicita nel riconoscimento del diritto alla percezione delle annualità, la domanda acciò sia dichiarato esplicitamente ciò che implicitamente risulta non può esercitare influenza alcuna sulla determinazione della competenza.

Quando la controversia è relativa alle singole annualità, la competenza va determinata a base del valore delle annualità richieste (3); ma quando la controversia è relativa al titolo, la competenza va determinata a base del valore del titolo (4), sia più o meno fondata la sollevata contestazione, sia o no ammissibile l'eccezione sollevata dal convenuto (5), siavi la contestazione sul titolo in forza della domanda dell'attore od in forza delle eccezioni del convenuto, si trovi o no l'attore nel possesso del diritto di esigere la rendita (6). Il principio che, quando la controversia è relativa alle singole annualità, la competenza va determinata a base del valore delle annualità richieste, e che quando la controversia è relativa al titolo la competenza va regolata a base del valore del titolo, è null'altro che applicazione alle rendite del principio che quando è richiesta una parte di una maggiore obbligazione il valore della causa si determina a base della intiera obbligazione se questa è controversa; e però in questa materia devono essere applicati i principî tutti che furono esposti al n. 97. Di qui ne deriva che, se non havvi contestazione sull'intiero titolo ma su una parte soltanto dello stesso, la competenza non va determinata a base del valore del titolo intiero, ma a base del valore di quelle parti che sono poste in controversia (7).

Il valore del titolo è diverso a seconda che nell'atto di costituzione della rendita sia espressa la somma capitale o non lo sia. Se è espressa la somma capitale, il valore del titolo è il valore del capitale espresso nell'atto di costituzione (8). Questo principio, a termini dell'art. 76, 1ª parte, codice procedura civile, è generale, assoluto; anche se, trattandosi di rendite temporanee a tempo determinato, sono state pagate alcune annualità, agli effetti della competenza per valore, non si guarda all'importare delle annualità ancora dovute, ma al capitale espresso nell'atto di costituzione. È questa una deroga al principio che, quando si tratta di residuo, il valore agli effetti della competenza è il valore del residuo dovuto; così la legge è scritta, e così deve essere dall'interprete applicata.

Se non è espressa la somma capitale, il valore si determina cumulando venti annualità, se si tratta di rendita perpetua (9), e dieci se si tratta di rendita vitalizia oppure per tempo indeterminato o determinato ma non inferiore agli anni dieci (10), senza distinguere fra le rendite e pensioni costituite sulla vita di una o di più persone (11). Quando la rendita sia per un tempo minore di dieci anni, il valore si determina cumulando le annualità (12) che sono ancora da pagarsi, non quelle il cui pagamento è già avvenuto; nelle prestazioni di rendita a tempo determinato ciò che è ancora dovuto non è che il residuo della maggiore obbligazione, e però pei principî generali, ai quali nel caso in esame non si trova fatta alcuna deroga dalla legge, è sul residuo, e non già sull'intero ammontare della obbligazione primitiva che il valore della causa va determinato. Se il debitore è autorizzato a fare trattenute, l'ammontare delle annualità sulle quali il capitale deve essere calcolato è al netto della trattenuta (13). Se, in tal modo capitalizzato il valore del titolo, la somma risultante non è superiore alle lire 100, la competenza è del conciliatore; se non è superiore alle lire 1500, la competenza è del pretore; negli altri casi la competenza è del tribunale.

Quanto si disse finora basta per avere principî certi relativamente alla rendita in danaro, ma non è sufficiente per quanto concerne la rendita in derrate.

Per l'art. 78, 1ª parte, del codice di procedura civile nel caso indicato dall'art. 76, se la prestazione debba farsi in derrate, il valore non determinato dal titolo è dichiarato dall'attore: se l'attore non faccia la dichiarazione, o se il convenuto non l'accetti, il valore si desume dai prezzi medî del mercato più vicino al luogo della prestazione. Del valore delle derrate si è avuto occasione di occuparci altrove, ma nella materia della quale ci si sta occupando il valore delle derrate prende un particolare atteggiamento del quale è d'uopo occuparsi. Per determinare quale sia il prezzo medio che nel caso di non determinazione del valore o di opposizione alla dichiarazione di valore fatta dall'attore deve essere preso come base per determinare la competenza, è d'uopo distinguere il caso in cui la contestazione verte sulle singole annualità dal caso in cui la contestazione verte sul titolo. Quando la contestazione verte sulle annualità non è il caso di derogare al principio che il valore delle derrate è costituito dalla

tone c. *Albertelli* (*Giur.*, Torino, 1895, 201); Cass. Napoli, 5 aprile 1895, *Ricci* c. *De Leo* (*Dir. e giur.*, x, 441); Cass. Firenze, 7 febbraio 1878, *Savioli* c. *Solazzo* (*Temi Ven.*, 1878, 96).

(1) App. Torino, 30 aprile 1880, *Ottolini* c. *Ottolini* (*Giur.*, Torino, 1880, 491).

(2) Vedi Cass. Firenze, 14 agosto 1889, *Carli* c. *Stecchini* (*Temi Ven.*, 1889, 525).

(3) Cass. Napoli, 31 dicembre 1877, *Fondo Culto* c. *Vitelli* (*Gazz. Proc.*, xiii, 88).

(4) Art. 76, 1ª parte, cod. p. c. V. Cass. Firenze, 1° luglio 1878, *Com. di Vivaro* c. *Macciago* (*Temi Ven.*, 1878, 395); Cass. Palermo, 13 giugno 1889, *Capri* c. *Bellingeri* (*Giur. Cat.*, 1889, 180).

(5) Vedi Cass. Napoli, 22 maggio 1886, *Montuoro* c. *Vescio* (*Dir. e Giur.*, i, 548).

(6) Contra Cass. Napoli, 23 maggio 1868, *Napoletano* c. *Razzano* (*Giur. It.*, 1868, 1, 517).

(7) Vedi Cass. Napoli, 4 luglio 1877, *Jacopa* c. *Finanze* (*Gazz. Proc.*, xii, 389).

(8) Art. 76, 1ª parte, cod. proc. civ.

(9) App. Napoli, 12 febbr. 1889, *Pinto* c. *Cerami* (*Gazz. Proc.*, xiv, 190); Cass. Roma, 27 novembre 1877, *Lopez* c. *De Francesco* (*Legge*, 1878, 1, 3); 22 giugno 1877, *Serafini* c. *Ferretti* (*Foro It.*, 1877, i, 1282); 23 maggio 1876, *Colenza* c. *De Lucia* (*Legge*, 1871, 1, 768); 3 maggio 1876, *Subeconomato di Vasto* c. *De Cristofori* (*Legge*, 1876, 1, 665); Cass. Napoli, 1° marzo 1887, *Pignata* c. *Bellofiora* (*Dir. e Giur.*, iii, 390); Cassaz. di Napoli, 18 marzo 1887, *Pucci* c. *Petroni* (*Foro It.*, 1887, i, 786).

(10) App. Catania, 3 febbraio 1883, *Nicotra* c. *Torrisi* (*Foro Cat.*, 1883, 37). Vedi anche Cassazione Napoli, 14 novembre 1872, *Merolla* c. *Vigorito* (*Legge*, 1873, 1, 264); Cassazione Firenze, 23 giugno 1873, *Canterano* c. *Berardi* (*Ann.*, 1873, i, 343).

(11) Art. 76, capov. 1°, cod. proc. civ.

(12) Art. 76, capov. 2°, cod. proc. civ.

(13) Vedi Cass. Napoli, 27 settembre 1880, *Masucci* c. *Acquaviva* (*Gazz. Proc.*, xv, 605).

media dei prezzi del mercato del giorno della citazione o del mercato immediatamente antecedente al giorno stesso: tra la prestazione in derrate delle annualità di rendita e qualunque altra prestazione in derrate non havvi differenza alcuna. Non è nemmeno il caso di derogare a quel principio quando si tratta di affrancazione richiesta od offerta della rendita in derrate: anche in questo caso si tratta di un pagamento offerto o richiesto in derrate in un determinato momento, il valore della cosa è dunque il valore che la cosa aveva a quel momento. Ma quando la contestazione verte sul titolo, all'infuori del caso di affrancazione, non è possibile applicare lo stesso principio, non si tratta allora di conoscere il valore delle derrate, ma il valore del titolo, e questo valore non può essere dato che prendendo il prezzo di un tempo relativamente lungo, perchè solo in tal modo è possibile eliminare le cause eccezionali di rialzi o di ribassi dei prezzi, pur tenendo conto della influenza che le cause stesse hanno sul valore del titolo per la possibilità del loro avverarsi. La sola disposizione che esiste sulla capitalizzazione in danaro della rendita in derrate è quella dell'art. 19 testo unico della legge sul registro, per il quale la media dei prezzi, onde determinare l'annua prestazione in danaro, è fatta determinando la media dei prezzi nei dieci anni precedenti a quello dell'atto o trasferimento soggetto a tassa, escludendo le medie più elevate e quelle più basse, e prendendo l'ottavo dell'ammontare complessivo delle restanti annualità. In mancanza di altre disposizioni legislative l'art. 19 del testo unico della legge sulla tassa di registro è applicabile per analogia alla materia della quale ci si sta occupando; è a quel modo che si deve procedere alla capitalizzazione per la determinazione del valore della causa.

Quanto si è detto finora relativamente al valore delle derrate suppone che l'annua prestazione sia stabilita in una quantità fissa di derrate ma può avvenire che in quella vece l'annua prestazione sia stabilita in una quota dei prodotti del fondo. In questo caso i principî esposti non sono sufficienti per determinare il valore della causa, essendovi bisogno, perchè i principî stessi possano essere applicati, della determinazione della quantità dovuta. Dal momento che agli effetti della competenza il valore è sempre un valore legale, resta escluso che si possa procedere ad una istruttoria per la determinazione del quantitativo dell'annua prestazione in derrate. Ed in allora non può tornare applicabile che l'articolo 80 del codice di procedura civile: la quantità delle derrate dovute è determinata dall'attore nella domanda; se l'attore non la determina, si presume che la quantità sia tale che per il suo valore sia di competenza della autorità giudiziaria adita; il convenuto nella sua risposta può impugnare la quantità dichiarata o presunta ed in questo caso il giudice decide allo stato degli atti quale è la quantità dovuta. Determinata in tal modo la quantità, si procede, se del caso, alla sua valutazione applicando quanto dall'art. 78 è disposto (1).

Sia nel caso di prestazione di annualità in derrate in quantità fissa, sia di prestazione in quota dei prodotti del fondo, se gli atti della causa, in caso di contestazione del valore, non danno al magistrato il mezzo di determinare il valore delle derrate, la causa agli effetti della competenza deve essere ritenuta di valore indeterminabile, e però devono essere applicati i principî che saranno esposti a suo tempo relativamente alle cause di valore indeterminabile (2).

I principî posti sono applicabili per tutte le contestazioni che sorgono in materia di rendita fra ogni sorta di persone (3).

Nel computare il valore della causa, tutte le volte che havvi controversia sul titolo, al capitale formato colle regole esposte di sopra deve essere aggiunto l'importare delle annualità scadute al momento della citazione (4), quelle che fossero per scadere nel corso del giudizio non hanno alcuna influenza sulla competenza. Se la prestazione è dovuta da più persone, se tutte sono convenute nello stesso giudizio, il valore deve essere determinato a base del valore totale; se ne sono convenute soltanto alcune, la competenza deve essere determinata a base del valore di ciò che dal convenuto è dovuto (5). Anche in questa materia se i vari capi di domanda dipendono da titoli distinti, la competenza va determinata a base del valore di ciascun titolo (6).

111. A tre generi diversi di controversie può dar luogo una locazione. Possono le parti contendere sulla validità e sulla continuazione della locazione; possono le parti contendere relativamente alle obbligazioni all'una od all'altra di esse addossate dal contratto, possono infine contendere pel rilascio della cosa locata a locazione finita. Di quest'ultimo genere di controversie ci si è occupati discorrendo della competenza per materia. Per il secondo genere, dal momento che la legge non ha disposizioni speciali, è d'uopo concludere che allo stesso sono applicabili le norme generali, e siccome personali sono le obbligazioni che sorgono fra locatore e conduttore, così per la determinazione della competenza per valore torneranno applicabili le norme relative alle azioni personali (7), sia il locatore od il conduttore che agisce. Ond'è che nelle azioni per pagamento di pigione la competenza va misurata dall'importare delle rate di pigione richieste (8). Trattandosi di controversia che pur non essendo relativa alla validità od alla continuazione della locazione si estenda all'intiero contratto, la competenza va determinata a base del valore che il contratto ha pel tempo che ancora rimane a decorrere al momento in cui la citazione viene notificata, e però non tenendo conto di quelle rate di pigione che fossero state già pagate ed in genere delle

(1) Vedi Cass. Roma, 1° giugno 1886, *Marchetti* c. *Cobianchi* (*Temi Rom.*, 1886, 284); Cass. Firenze, 14 agosto 1889, *Carli* c. *Stecchini* (*Temi Ven.*, 1889, 525).

(2) Vedi Cass. Napoli, 9 marzo 1887, *Roggeri* c. *Cammise* (*Gazz. Proc.*, XXI, 545); Cass. Napoli, 1° luglio, 1891, *Perrotti* c. *Casabona* (*Dir. e Giur.*, VII, 65); Cass. Roma, 6 dicembre 1890, *Felli* e *Floridi* c. *Antonelli* (*Legge*, 1890, 1, 757).

(3) Vedi App. Torino, 17 dicembre 1883, *Ferrari* c. *Forcherio* *Giur.*, Torino, 1884, 78).

(4) Confr. art. 72, capov., cod. proc. civ.; Cass. Napoli, 27 settembre 1880, cit. all'ultima nota della pagina precedente.

(5) Cass. Napoli, 7 agosto 1893, *Brancaccio* c. *D'Apolito* (*Gazz. Proc.*, XXVI, 63); App. Catanzaro, 28 gennaio 1889, *Siciliani* c. *Fondo Culto* (*Gravina*, 1889, 252).

(6) Vedi Cass. Firenze, 5 agosto 1889, *Zillo* c. *Tescari* (*Gazz. Proc.*, XXIII, 308); App. Catanzaro, 28 gennaio 1889, cit. alla nota precedente.

(7) Vedi Cassazione Napoli, 13 agosto 1877, *Provincia di Salerno* c. *Fiore* (*Foro It.*, 1877, I, 1169); Cassazione Torino, 22 aprile 1879, *Ceria* c. *Guelpa* (*Giorn.*, 1879, 500); Appello Genova, 14 dicembre 1872, *Ghiglino* c. *Com. di Mignanego* (*Gazz. G.*, 1872, 801); Cassazione Roma, 6 novembre 1884, *Bajocco* c. *Finanze* (*Corte Suprema*, 1884, 829); Cassazione Torino, 27 agosto 1885, *Canova* c. *Orsi* (*Giurisprudenza*, Torino, 1885, 629).

(8) Contra: Cass. Torino, 20 luglio 1870, *Bonanno* c. *Buth* (*Giur.*, Torino, 1870, 526).

obbligazioni che fossero state adempiute; in questo caso trattasi di residuo di una maggiore obbligazione e però la competenza va calcolata sull'importare del residuo stesso (1). Per il primo genere di controversie la legge ha la disposizione speciale dell'art. 77 della procedura civile; nelle controversie sulla validità e continuazione di una locazione, il valore si determina cumulando i fitti, le pigioni, le mercedi di cui si contende e gli accessori (2). E siccome i fitti, le pigioni, le mercedi di cui si contende sono relativi al tempo per il quale si discute che la locazione deve o non deve durare, così i fitti, le pigioni e le mercedi che si devono tenere a calcolo, sono quelli relativi alla durata massima della locazione che da una delle parti è pretesa (3).

L'art. 77 del codice di procedura non è una disposizione isolata, una disposizione che stia a sè; altro non è che una applicazione del principio dell'articolo 72, capov. 2°, codice di procedura civile.

Infatti, quando si contende sulla validità o sulla durata della locazione, è l'obbligazione intiera che è controversa; di conseguenza, sia pure l'azione proposta dall'attore limitata ad alcune rate del fitto o della pigione, questa azione è relativa a parte di una obbligazione intiera controversa. Atteso ciò, tutti i principî relativi all'azione per parte o residuo di obbligazioni sono applicabili al caso dall'art. 77 disciplinato.

Il fitto, invece che essere in danaro, può essere in derrate: in questo caso vanno applicati i principî posti nel numero precedente relativamente alla rendita in derrate, e per evitare inutili ripetizioni ci si rimette a quanto in quel luogo è stato esposto.

I principî esposti relativamente alla determinazione del valore delle locazioni vanno applicati qualunque siano le persone tra le quali la contestazione sorge, ond'è che rettamente fu giudicato:

nelle controversie tra il deliberatario e l'affittuario dei beni espropriati intorno alla validità della locazione ed alla immediata dismissione dei beni chiesta dal primo, il valore della causa si determina cumulando i fitti di tutte le annate ancora a scadere, ancorchè l'affittuario offra di dismettere i beni al termine della annata in corso e solo contenda la dismissione immediata (4);

nei giudizi sulla efficacia e preferenza fra due locazioni dello stesso immobile, la competenza si desume dal valore del contratto la cui esecuzione forma oggetto della domanda dell'attore (5).

Non sempre però in materia di locazione non si tien conto di quanto apparisce essere stato pagato per fitto onde determinare il valore della causa agli effetti della competenza. Non si tien conto di quanto apparisce pagato, quando ciò non è dedotto nell'azione esperita; chè, se venisse dedotto per qualsiasi motivo, anche quanto apparisce essere stato pagato dovrebbe essere tenuto in conto all'effetto di determinare la competenza.

E però rettamente fu giudicato che, disputandosi della nullità di una locazione per simulazione o frode, la competenza per ragione di valore si determina dalla durata effettiva del contratto sebbene fosse convenuto per un solo anno col patto della rinnovazione di anno in anno. Quindi si cumulano i fitti di tutti gli anni pei quali la locazione ha continuato. A detto effetto si tien conto anche del valore delle convenzioni accessorie coi terzi preordinate a far apparire sincero il contratto principale che si pretende simulato o fraudolento (6).

Fu anche ritenuto competente il pretore a giudicare sulla nullità di una locazione impugnata di frode, se il cumulo dei fitti non eccede le lire 1500 (7).

Alla applicazione alla locazione dei principî relativi alla determinazione della competenza per valore dei residui, poteva ritenersi che il codice di procedura facesse una eccezione relativamente alla competenza dei conciliatori; chè per l'art. 70, capov. 1°, erano di competenza dei conciliatori le azioni relative alle locazioni dei beni immobili se la pigione od il fitto per *tutta la durata della locazione* non eccedeva le lire 30. Ma, anche ammesso che la facesse, questa eccezione fu tolta dall'art. 10, n. 2, della legge 16 giugno 1892. Per questo disposto di legge sono di competenza dei conciliatori le azioni relative alle locazioni dei beni immobili nei limiti di lire 100, se la pigione od il fitto per la *rimanente durata della locazione* non eccede il detto valore (8).

La locazione può essere a tempo determinato od a tempo indeterminato, perchè la fine della stessa è legata ad un avvenimento il tempo del cui avveramento è incerto. Il primo caso relativamente alla determinazione del valore della causa non offre difficoltà; coll'applicazione dell'art. 77 e dei principii generali sulla determinazione del valore, si provvede allo stesso. Le difficoltà sono offerte dal secondo; è in questo

(1) Vedi Cass. Firenze, 14 luglio 1873, *Calabucci* c. *Capitolo Sermoneta* (*Giur. It.*, 1873, I, 565); Cass. Roma, 16 febbraio 1880, *Petrucci* c. *Cenci* (*Gazz. leg.*, 1880, 65); Cass. Firenze, 19 giugno 1879, *Giulay* c. *Da Re* (*Mon. Trib.*, 1879, 764); Cass. Torino, 22 ottobre 1890, *Colombo* c. *Cerliani* (*Giur.*, Torino, 1890, 740); 28 giugno 1877, *Masserano* c. *Bellardi* (*Giur.*, Torino, 1877, 547); Cass. Roma, 1° settembre 1891, *Mariani* c. *Chiarelli* (*Corte Suprema*, 1891, 262); App. Venezia, 13 settembre, 1877, *Renier* c. *Andreani* (*Temi Ven.*, 1877, 522).

(2) Vedi Cass. Torino, 18 febbraio, 1869, *De Vergine* c. *Finanze* (*Giur. It.*, 1869, 1, 115); App. Torino, 20 luglio 1870, *Bonamici* c. *Butti* (*Giur.*, Torino, 1870, 526); Cass. Torino, 13 dicembre 1886, *Manenti* c. *Verlazzi* (*Giur.*, Torino, 1887, 59); Pretore Casalmaggiore, 9 giugno 1891, *Chinetti* c. *Sermet* (*Mon. Trib.*, 1891, 905); App. Venezia, 13 giugno 1883, *Ferrero* c. *Dary* (*Ann.*, 1883, 2, 253); Trib. Bologna, 11 febbraio 1892, *Fortucci* c. *Fortucci* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1892, 46); Cass. Firenze, 14 giugno 1895, *Bellani della Pace* c. *Cittadini* (*Temi Ven.*, 1895, 391); 31 maggio 1878, *Colo* c. *Pierotti* (*Ann.*, 1878, 1, 322); App. Napoli, 25 gennaio 1871, *Bellofat* c. *Rechi* (*Gazz. Trib.*, Napoli 1871, 63); Cass. Firenze, 21 giugno 1875, *Manfredi* c. *Della Pace* (*Eco Trib.*, 1875, 1111); Cass. Napoli, 22 marzo 1870, *Alicandro* c. *Sapetti* (*Legge*, 1870, 1, 1049); Cass. Firenze, 17 maggio 1875, *De Rossi* c. *Bettini* (*Gazz. G.*, 1875, 641); Cass. Napoli, 5 aprile 1882, *Stella* c. *Micali* (*Gazz. Proc.*, XVIII, 138); 1° febbraio 1883, *Caldiero* c. *Guillaume* (*Gazz. Pret.*, 1883, 4).

(3) Vedi App. Torino, 19 giugno 1871, *Cattaneo* c. *Minoli* (*Giur.*, Torino, 1871, 628).

(4) App. Torino, 17 novembre 1882, *Ponte* c. *Gasca* (*Giur.*, Torino, 1883, 176).

(5) App. Catania, 19 settembre 1890, *Parano* c. *Incordona* (*Giur. Cat.*, 1890, 214).

(6) Cass. Roma, 14 aprile 1886, *Galleotti* c. *Monti* (*Ann.*, 1886, 1, 196).

(7) Trib. Bologna, 18 ottobre 1888, *Lamma* c. *Giorgi* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1888, 334).

(8) Questa disposizione, che, come si è fatto notare parlando delle azioni di sfratto, sarebbe un non senso se applicata letteralmente alla azione stessa, non offre alcuna difficoltà per ciò che concerne le contestazioni relative al contratto di locazione non ancora esaurito.

caso che, non potendosi fissare il tempo pel quale durerà la locazione, non si può sapere a quanto ammonteranno i fitti. Considerando però che la locazione non può eccedere i trenta anni, ed in casi speciali i cento (1), il valore della controversia sulla locazione a tempo indeterminato sarà del fitto dovuto per trenta annualità, e, se si è nei casi speciali nei quali la locazione centennale è permessa, del fitto dovuto per cento annualità, detratto il fitto già pagato per gli anni che al momento della citazione sono già decorsi. Il codice civile in alcuni casi permette anche la locazione vitalizia (2). In questo caso non si devono applicare i principii relativi alla costituzione di rendita (3), dal momento che nessuna analogia colla costituzione di rendita vitalizia presenta la locazione vitalizia: la locazione vitalizia è sempre locazione; dunque devono ricevere applicazione i principii che alla locazione sono propri. Senonchè in questo caso non potendo determinarsi la durata della locazione, il valore della causa agli effetti della competenza sarà un valore indeterminabile, e però alle contestazioni che saranno per nascere verranno applicati i principii relativi alle controversie di valore indeterminabile.

Se le parti stipulano una locazione perpetua, ed è escluso che le stesse abbiano dato tale denominazione ad un vero e proprio contratto di enfiteusi, il valore della causa relativa alla validità o continuazione di tale locazione è il valore della causa relativa alla validità o continuazione di una locazione trentennale o centennale a seconda che nella specie solo l'una od anche l'altra locazione fosse permessa (4); se la locazione non può durare, a seconda dei casi, che 30 o 100 anni, evidentemente la causa non può avere che il valore di 30 o di 100 annualità, detratte le annualità pagate. Ma, se risulta che esse vollero stipulare un contratto di enfiteusi, al quale diedero nome di locazione perpetua, od anche solo si discute se ciò abbiano o non abbiano voluto le parti, allora è colle regole proprie alla determinazione del valore nelle cause di enfiteusi che dovrà essere determinato il valore della causa agli effetti della competenza, non già con quelle proprie delle locazioni.

Può avvenire infine che per la locazione sia fissato un termine, scorso il quale sia in facoltà di una o di altra delle parti di farla continuare per un secondo termine. In questo caso se la controversia sorge dopochè, essendo scorso il primo termine, la locazione fu fatta continuare, non vi sono difficoltà; il valore della causa risulta dal cumulo dei fitti dovuti pel secondo termine. Ma se la controversia sorge durante il decorso del primo termine, è dubbio se il valore della causa risulti dal cumulo dei fitti dovuti pel primo termine o dall'ammontare complessivo dei fitti dovuti pel primo termine e pel secondo. Ed è la seconda soluzione che deve essere accolta, dal momento che anche pel secondo termine esiste un vincolo giuridico fra le parti, il quale, perchè vincolo giuridico, ha un valore che deve essere tenuto in conto nella determinazione della competenza (5).

La sublocazione costituisce un contratto distinto dalla locazione della cosa che viene sublocata; di qui ne viene che per le controversie alle quali la sublocazione può dar luogo il valore della causa va determinato a base del valore del contratto di sublocazione indipendentemente dal valore della locazione della cosa sublocata (6), cogli stessi principii che valgono per la determinazione, agli effetti della competenza, del valore della locazione. Ma se la questione sulla sublocazione sorge fra il primo locatore ed il sublocatore, allora anche se la sublocazione fu la cagione del sorgere della controversia, dipendendo i rapporti giuridici fra queste due persone dal contratto di locazione fra esse interceduto, è a base di questo contratto che deve essere determinato il valore della causa agli effetti della competenza.

Anche alle controversie delle quali si discorre sono applicabili i principii posti ai nn. 94 e 95 circa agli effetti relativamente alla determinazione della competenza di più capi di domande che si riferiscono a titolo unico od a titoli distinti. Nel caso in cui successivamente alla contratta locazione fossero aggiunte alle cose locate altre cose, ed in seguito a tali aggiunte fosse stipulato un aumento del fitto o della pigione, è d'uopo indagare se le parti hanno voluto portare una innovazione al primo contratto, o stipulare una altra locazione per le aggiunte avvenute: nel primo caso, per le contestazioni sorte posteriormente, il titolo sarà unico ed il valore della controversia sarà calcolato sulla base dell'unico prezzo, nel secondo caso i titoli saranno distinti ed il valore della controversia sarà calcolato sulla base dei singoli prezzi stipulati (7).

Alle locazioni sono applicabili anche i principii relativi al cumulo col principale degli accessori dovuti. Ond'è che per la determinazione della competenza le pigioni scadute vanno cumulate con quelle a scadere per determinare il valore della causa nella quale viene in discussione il titolo, come pure vanno cumulati i danni nonchè gli interessi decorsi fino al giorno della citazione sull'ammontare dei fitti e pigioni non pagati, se a termine del contratto fossero tali fitti e pigioni dovuti (8).

Ciò che si disse sulla valutazione della causa relativamente alla competenza nelle controversie per locazione, è applicabile quando la controversia sia limitata al contratto di locazione. Che se la controversia fosse portata in un campo diverso sia dalle parti, sia in seguito all'intervento di un terzo (9), sia pel giudizio sulla locazione o pel giudizio su altre azioni (10), allora la competenza deve essere determinata a base delle regole generali relativamente alla influenza sulla competenza delle modificazioni della domanda da parte dell'attore, delle eccezioni del convenuto, e della domanda ed eccezioni del terzo interveniente (11). Ma se, posto fuori

(1) Art. 1571, 1ª parte e capov. 2°, cod. civ.

(2) Art. 1571, capov. 1°, cod. civ.

(3) Cont. Cass. Firenze, 12 dicembre 1870, *Bigami* c. *Balli* (*Ann.*, 1870, 1, 389).

(4) Cont. App. Palermo, 22 gennaio 1879, *Bagnasco* c. *D'Amico* (*Circ. Giur.*, 1879, 61).

(5) App. Messina, 11 marzo 1872, *Demanio* c. *Tricomi* (*Temi Zancl.*, 1872, 26).

(6) Vedi Cass. Napoli, 4 giugno 1886, *Berlinghieri* c. *Traversi* (*Dir. e Giur.*, II, 102).

(7) Vedi Cass. Firenze, 12 dicembre 1870, *Bigami* c. *Balli* (*Ann.*, 1870, 1, 389).

(8) V. App. Torino, 27 genn. 1885, *Moiraghi* c. *Blando* e 13 febbr. 1885, *Leve* c. *Flecchia* (*Giur.*, Torino, 1885, 230 e 228); App. Genova, 25 aprile 1892, *Puccini* c. *Pioli* (*Temi Gen.*, 1892, 343).

(9) Vedi Cass. Roma, 30 giugno 1893, *Marella* c. *Poggiosi* (*Corte Suprema*, 1893, 282).

(10) Vedi Cass. Napoli, 18 novembre 1886, *Ricci* c. *Maziotti* (*Gazz. Proc.*, XXI, 580).

(11) Vedi Cass. Roma, 25 maggio 1878, *Lefevre* c. *Morisani* (*Giur. It.*, 1878, 1, 802); Cass. Napoli, 18 novembre 1876, *Del Bello* c. *Leonardi* (*Gazz. Proc.*, XI, 54); 6 maggio 1882, *Storti* c. *Storti* (*Gazz. Pret.*, 1882, 258); Trib. Roma, 8 gennaio 1883, *Patriarca* c. *Ferruzzi* (*Temi Rom.*, 1883, 574).

di contestazione che il convenuto è locatario e che con l'attore egli stipulò un contratto di locazione, se il convenuto eccepisce al locatore non essere egli proprietario nè possessore del fondo, la competenza non cangia (1); cangierebbe in quella vece se per l'intervento del terzo che pretenda che a lui come proprietario della cosa fossero dovuti i fitti e le pigioni e che chiedesse a lui doversi fare il pagamento degli stessi, la causa nei rapporti fra locatore e terzo assumesse il vero e proprio carattere di una causa di rivendicazione.

111 *bis.* L'art. 77 del codice di procedura parla di locazione: « Nelle controversie sulla validità o continuazione di una locazione, il valore si determina, ecc. ».

Locazione è nome generico, che comprende la locazione della cosa, la locazione delle opere, la mezzadria o colonia, la soccida.

In qual significato il nome locazione è adoperato in quella disposizione di legge emerge dal contesto della disposizione stessa: dicendosi che il valore si determina cumulando i fitti, le pigioni e le mercedi di cui si contende, è evidente che la legge ha voluto attendere a quelle locazioni prezzo delle quali è il fitto, la pigione e la mercede.

Fitto e *pigione* sono nomi specifici che prende il prezzo della locazione pella affittanza di cose mobili od immobili (2), *mercede* è il prezzo della locazione che si corrisponde alla persona che obbliga l'opera propria all'altrui servizio (3).

Ma nè fitto, nè pigione, nè mercede è ciò che viene corrisposto agli intraprenditori di trasporti per terra e per acqua, agli intraprenditori di opere ad appalto o cottimo, o ciò che appartiene al locatore a soccida; a tali rapporti giuridici non è dunque applicabile l'art. 77 della procedura civile, il quale è applicabile solo alla affittanza di cose immobili o mobili ed al contratto col quale una persona obbliga l'opera propria all'altrui servizio.

Nemmeno quanto appartiene al proprietario nelle mezzadrie o colonie è fitto, pigione o mercede, e però alle mezzadrie o colonie l'art. 77 della procedura civile non riceverebbe applicazione, se una apposita disposizione di legge, l'art. 1647 del codice civile, non dichiarasse che sono comuni alla mezzadria o colonia le regole stabilite in generale per la locazione delle cose; l'articolo 77 della procedura è una regola stabilita in generale per la locazione delle cose, dunque a termine dell'art. 1647 citato la stessa deve essere applicata anche alla colonia e per la mezzadria.

Nella colonia o mezzadria ciò che rappresenta il fitto è la quota dei prodotti del fondo, che appartiene al proprietario, la quale non è una quantità fissa, come nelle affittanze, ma una quantità variabile colle variazioni della produzione del fondo.

La formazione del dato sul quale basare il calcolo del valore della causa deve dunque avvenire a quel modo stesso che fu determinato per la fissazione della prestazione annua nella rendita in derrate per quota dei prodotti del fondo, modo che si è esposto al numero 109 al quale si rimette per evitare inutili ripetizioni (4).

§ 4. — *Azioni reali relative a beni mobili.*

112. Norme dalle quali sono rette queste azioni. — 113. Valore della piena proprietà Valore dell'usufrutto e della nuda proprietà. — 114. Valore del pegno.

112. Allorquando si tratta di azioni reali su beni mobili, per la determinazione del valore della cosa oggetto della azione, onde sulla base di tal valore determinare la competenza, si presentano quelle stesse difficoltà che si presentano allorchè si tratta di azione personale ai mobili stessi relativa: manca un criterio generale per potere a base della stessa stabilire un valore legale fisso pei mobili tutti. Di qui ne deriva per necessaria conseguenza che alle azioni reali relative a beni mobili devono essere in via generale applicati i principii relativi alle azioni personali relative ai mobili stessi, che anche alle azioni reali relative ai beni mobili è applicabile l'art. 80 del codice di procedura civile, e, se a derrate, l'art. 78 del codice stesso. Si disse che sono in generale applicabili le disposizioni degli art. 78 ed 80 del codice di procedura civile, perchè in alcuni casi di azioni reali quelle disposizioni non sono punto applicabili. Ciò si verifica in tutti i casi nei quali la cosa mobile relativamente alla quale viene esercitata l'azione ha un valore legale fisso: in questo caso il valore della azione reale è il valore che a termini del codice di procedura civile ha il rapporto giuridico pel quale l'azione reale viene esercitata. Ond'è che, se, per esempio, qualcuno rivendica contro colui che si trova in possesso un diritto di rendita, un diritto proveniente da contratto di locazione, perchè a sè e non già al possessore appartenente, non è ammessa la dichiarazione e la presunzione di valore di cui all'articolo 80 del codice di procedura civile, ma il valore della cosa rivendicata è quello che a termini degli articoli 76 e 77 del codice stesso hanno le rendite e le locazioni.

Per ciò che concerne l'applicazione alle azioni reali sui beni mobili dell'art. 80 del codice di procedura, ci si rimette a quanto fu esposto nel § 1 relativo alle azioni personali.

113. I diritti reali su cose mobili possono essere di proprietà, di usufrutto o di nuda proprietà, di pegno.

Il codice di procedura all'art. 79 parla dei diritti di proprietà, di usufrutto e di nuda proprietà su cose immobili, nulla dice relativamente a quei diritti su cose mobili. Però è risaputo che il totale valore della cosa vi è quando sulla stessa si ha un diritto perpetuo, chè quando sulla cosa havvi un diritto vitalizio il valore del diritto vitalizio è la metà del valore del diritto perpetuo, come la metà del valore di questo ultimo diritto è il valore del diritto di colui che ha il proprio diritto limitato dal vitalizio altrui. Di qui ne viene che agli effetti della competenza se viene esperita una azione reale di proprietà il valore della controversia è il valore totale della cosa, se viene esperita una azione reale di usufrutto o di nuda proprietà il valore della controversia non è che il valore totale della cosa diviso per due.

114. Diritto reale su cosa mobile è anche il diritto di pegno; del valore della azione relativa allo stesso ci si dovrebbe occupare a questo luogo. Senonchè, essendo tale ma-

(1) Vedi Cass. Torino, 17 aprile 1873, *Finanze* c. *Opera Pia di Oppiano* (*Giur.*, Torino, 1873, 436).

(2) Confr. art. 1581 cod. civ.

(3) Confr. art. 1637 cod. civ.

(4) Vedi, in tema di valore della causa agli effetti della competenza nella mezzadria e colonia, Trib. Vicenza, 21 settembre 1874, *Mezzadri* c. *Dani* (*Eco Trib.*, 1874, 424); Cass. Firenze, 6 aprile 1875, *Cini* c. *Castaldi* (*Giorn. leggi*, 1875, 502); Cass. Roma, 26 novembre 1885, *Appetito* c. *Panzadoro* (*Temi Rom.*, 1885, 587); Pret. Castelnuovo Garfagnana, 16 febbraio 1885, *Puccini* c. *Lucchesi* (*Mon. Pret.*, 1885, 183).

teria regolata dalle stesse norme colle quali è regolata l'ipoteca, si presceglie di far parola dell'azione per il pegno quando verrà parola della azione per l'ipoteca.

§ 5. — *Azioni reali relative a beni immobili.*

115. Generalità. — 116. Contestazioni relative alla proprietà. — 117. Contestazioni relative all'usufrutto ed alla nuda proprietà. — 118. Contestazioni relative a servitù. — 119. Contestazioni relative a regolamento di confini.

115. Adottato il sistema del valore legale delle azioni agli effetti della determinazione della competenza, se vi erano azioni nelle quali il valore legale potesse ricevere ampia applicazione, queste erano precisamente le azioni reali relative agli immobili. Infatti in queste azioni viene non già il valore più o meno arbitrario che le parti possono aver dato alla cosa, ma la cosa stessa nella sua materialità, indipendentemente dal suo prezzo. E sulla valutazione di questa cosa, se non relativamente al suo valore di mercato, relativamente alle altre cose della stessa specie, havvi un punto di partenza, che è il medesimo sulle cose immobili tutte, il tributo diretto verso lo Stato, che la legge presume essere per tutti gli immobili in un rapporto costante col valore degli immobili stessi, che è di facile constatazione, null'altro esigendosi per conoscere lo stesso che la ispezione dei registri degli uffici delle imposte. Nel sistema del valore legale agli effetti della competenza, per le azioni reali immobiliari si presentava ovvio il sistema di prendere per base onde determinare il valore della causa il tributo diretto verso lo Stato, e fissare il valore della controversia in un multiplo del tributo stesso. Ed appunto sulla base del tributo diretto verso lo Stato l'art. 79 del cod. di proc. civile comanda che sia determinato il valore della causa agli effetti della competenza nelle azioni reali relative ad immobili. Il tributo diretto verso lo Stato; cioè, la imposta fondiaria o quella fabbricati, a seconda che si tratti d'immobili soggetti ad una od all'altra imposta, con i decimi addizionali che fossero stati imposti (1); ma il tributo diretto che esiste al momento della citazione (2): se i cangiamenti dello stato di fatto che avvengano posteriormente alla citazione non alterano la competenza quale è determinata a base dello stato di fatto esistente al momento della citazione stessa, nessuna influenza può essere esercitata dai cangiamenti nel tributo. Questo principio però va limitato nella sua applicazione al caso in cui la causa fosse stata introdotta avanti il giudice competente a base del tributo gravante sull'immobile al momento della citazione; chè, se fosse stata introdotta avanti un giudice incompetente e pei cangiamenti nel tributo il giudice fosse divenuto competente, ben potrebbe essere la causa avanti di lui proseguita (3): una dichiarazione di incompetenza in questo caso sarebbe una inutilità, dal momento che anche dopo dichiarata la incompetenza il giudizio dovrebbe essere introdotto avanti il magistrato che si dichiarò incompetente.

In materia di azioni reali immobiliari non dunque dichiarazione di valore da parte dell'attore (4), non presunzione che il valore della azione sia entro la competenza dell'Autorità giudiziaria adita (5), non ammissione concorde

(1) Cass. Napoli, 16 maggio 1893, *Di Salvatore* c. *Marza* (*Mov. Giur.*, 1892, 262). La Cassazione stessa, nella decisione 6 luglio 1874, *Basile* c. *Pugno* (*Ann.*, 1874, 1, 338), così ragionava:

« Osserva che l'articolo 79 del codice di procedura civile stabilisce che nelle controversie sulla proprietà dei beni immobili il valore della causa si determina moltiplicando per 100 il tributo diretto verso lo Stato.

« Nella presente lite si è disputato, se dovesse moltiplicarsi il solo tributo principale, ovvero anche i decimi addizionali. Il tribunale civile di Taranto ha giudicato in quest'ultimo senso, ed il suo giudizio è uniforme alla legge.

« Questa prescrive che a regolare la competenza occorre tener presente il tributo diretto verso lo Stato. Ora non è men vero che i decimi addizionali costituiscono pure essi parte del tributo che si paga direttamente allo Stato; epperò debbono mettersi a calcolo allorquando vuolsi definire il valore di un immobile.

« Nè regge la osservazione del ricorrente, che i decimi addizionali costituiscono un'imposta variabile e provvisoria, di cui non si può tener conto, potendo essere accresciuti o diminuiti nel corso del giudizio, il che produrrebbe il mutamento del giudice primo adito; dappoichè la competenza vien regolata inalterabilmente al tempo della dimanda, ed il posteriore mutamento di valore non entra a calcolo. Altronde, anche la imposta principale può essere soggetta a cambiamento, crescendo o diminuendo la rendita imponibile e l'aliquota dell'imposta erariale, come avviene oggi pei fabbricati, e non per questo la competenza è regolata sempre da una norma fissa, quando si pone mente al tributo che si paga allo Stato al tempo in cui il giudizio è istituito. »

E la Cassaz. di Roma, 22 marzo 1884, *Ferraguti* c. *Finanze* (*Legge*, 1884, 1, 796):

« Attesochè, quando la legge (art. 79 cod. di proc. civ.) dispone che nelle controversie sulla proprietà di beni immobili il valore della causa si determini moltiplicando per cento il tributo diretto verso lo Stato, sia erroneo lo escludere dal computo i decimi addizionali onde questo si accresce. Imperocchè, qualunque essa sia, questa di decimi addizionali non importa specialità alcuna di sostanza, ma è mera forma di accidentalità di aumento in quota proporzionale del tributo preesistente. E dove questo aumento rimane fisso a tempo indeterminato, se anche serbi singolare denominazione che ne rammenta la origine primitiva, nullameno necessariamente accede al tributo stesso, e col medesimo inevitabilmente si identifica e si compenetra dal momento che ricorrono identici gli estremi della materia imposta, del modo dello imporla, e dell'ente a cui credito accade la riscossione.

« Nè la legge distingue, come non aveva ragione di distinguere, per lo effetto in discorso, fra il tributo stabilito primamente e quanto vi fosse in seguito eventualmente aggiunto. Bene, traendo dall'imposta il criterio per il regolamento della competenza secondo valore nelle contestazioni immobiliari, s'è fermata di preferenza ed esclusivamente sul tributo diretto erariale, perchè, se anche non immutabile, non corre tuttavia le oscillazioni che la misura continuamente variabile di loro bisogni induce nei carichi che, sulla stessa base della fondiaria, regolata a sua volta sulla estimazione censuaria, hanno sino a limite massimo prefisso potestà di sovraimporre i comuni e le provincie, rimanendo così il tributo anzidetto uno dei fattori più costanti per generica valutazione approssimativa immobiliare ».

(2) Vedi Cass. Torino, 4 aprile 1888, *Maccagno* c. *Giacchino* (*Giur.*, Torino, 1888, 229).

(3) Vedi Cass. Torino, 31 dicembre 1885, *Moretti* c. *Francia* (*Giur.*, Torino, 1886, 17).

(4) Pret. di Naso, 17 marzo 1879, *Finanze* c. *Catania* (*Giorn. Pret.*, 1879, 352).

(5) Cass. Torino, 10 luglio 1868, *Cabria* c. *Cabria* (*Gazz. G.*, 1868, 375); 14 gennaio 1871, *Corte* c. *Caffarelli* (*Ann.*, 1871, 1, 16).

Cont. Cass. Torino, 18 febbraio 1869, *Di Vergine* c. *Finanze* (*Giur. It.*, 1869, 1, 115); App. Genova, 7 luglio 1891, *Ameghini* c. *Ameghini* (*Temi Gen.*, 1891, 535).

Vedi anche Appello Roma, 26 giugno 1890, *Com. di Vitorchiano* c. *Menicacci* (*Temi Rom.*, 1890, 474).

di valore (1); la competenza è determinata sulla base del tributo, sia o no sollevata dalle parti la questione del valore della causa agli effetti della competenza (2), abbia o no il convenuto accettato il giudizio presso il magistrato adito (3). Non importa che l'immobile sia portato in catasto con una denominazione diversa da quella colla quale realmente dovrebbe essere denominato (4), se per effetto della denominazione diversa non dovesse essere sottoposto ad un diverso genere di imposta (5); non importa che dopo l'allibramento in catasto siansi avverati mutamenti nell'immobile, che nell'immobile esistano cose che dal catasto non risulterebbero sullo stesso esistenti (6): è sempre il tributo diretto verso lo Stato che dà il mezzo di determinare la competenza per valore; il disposto dell'art. 79 della procedura non consente

(1) Cass. Napoli, 13 dic. 1887, *Lattani* c. *Mazzei* (*Gazz. Proc.*, XXII, 222); Cass. Torino, 9 maggio 1883, *Pola* c. *Turri* (*Giur.*, Torino, 1883, 677).

Cont. App. Torino, 15 aprile 1879, *Castelli* c. *Richetti* (*Giur.*, Torino, 1879, 542); Cass. Torino, 20 agosto 1884, *Ratti* c. *Vallenza* (*Giur.*, Torino, 1884, 640).

(2) Cont. Trib. di Castelnuovo di Garfagnana, 4 settembre 1869, *Pallai* c. *Mannolini* (*Legge*, 1869, 1, 957); Cass. Torino, 7 marzo 1877, *Bianchi* c. *Reboa* (*Ann.*, 1877, 1, 276).

Quest'ultima decisione è così motivata:

« Attesochè il codice di procedura civile, dopo avere stabilito che sono di competenza dei pretori le azioni civili e commerciali, il cui valore non ecceda lire 1500, passa in seguito a dettare le norme a seguire per determinare il valore di ciascuna causa, giusta la speciale natura, ed all' art. 79 dispone che nelle controversie sulla proprietà dei beni immobili il valore della causa si determina moltiplicando per cento il tributo diretto verso lo Stato, soggiungendo che, quando il valore dell'immobile non si possa determinare dal tributo, la causa si considera di valore eccedente le lire 1500.

« Se intendimento del legislatore quello fosse stato di stabilire che il pretore debba sempre d'ufficio dichiararsi incompetente nelle controversie concernenti la proprietà di beni immobili, eccettochè colla produzione del relativo certificato sia dimostrato che il valore dell'immobile in disputa, calcolato in ragione di 100 volte il tributo diretto verso lo Stato, non eccede il valore di lire 1500, sarebbesi certamente adoperata una locuzione ben diversa da quella in cui è concepito il citato articolo 79.

« Il testo invece e lo spirito di questa disposizione di legge danno chiaramente a divedere che il legislatore si preoccupò dei molti inconvenienti, ritardi e spese, che derivano dal sistema, per lo innanzi in vigore, di ammettere altri generi di prova per istabilire il valore degli immobili in contesa, all'effetto di risolvere la questione di competenza; e credette miglior consiglio di adottare un metodo unico, che, se non corrisponde sempre esattamente alla verità, ha però il grandissimo vantaggio di troncare prontamente una siffatta questione pregiudiziale, quello cioè di ragguagliare il valore dello stabile all'ammontare del tributo diretto verso lo Stato da cui è colpito, moltiplicato per 100, aggiungendo come corollario, che quando quel valore non si possa determinare dal tributo, la causa si considera di un valore superiore alle lire 1500.

« Ma evidentemente questa disposizione, che ha per oggetto di troncare in un modo spiccio ed incontrovertibile ogni possibile controversia circa la competenza pretoriale, allora solo deve e può trovare applicazione, quando una questione, od almeno un dubbio siasi dall'una delle parti proposto, o siasi potuto elevare nella mente del giudice, circa il valore dell'immobile. »

(3) Cass. Palermo, 4 febbraio 1874, *Fornari* c. *Valenza* (*Circolo Giur.*, 1874, 67).

(4) Cont. Cass. Torino, 15 dicembre 1871, *Gabutti* c. *Musco* (*Legge*, 1872, 1, 248).

(5) È evidente che, se l'immobile risulta dal catasto un terreno sottoposto alla imposta fondiaria ed invece sul suolo havvi una costruzione che dovrebbe essere soggetta alla imposta fondiaria, o viceversa, la differenza fra lo stato reale della cosa e le risultanze catastali influisce sulla determinazione della competenza.

(6) Cass. Firenze, 2 dicembre 1872, *Fassi* c. *Zauli* (*Legge*, 1872, 1, 657); Cass. Napoli, 20 gennaio 1874, *Irace* c. *Milani* (*Ann.*, 1874, 1, 276); App. Casale, 12 marzo 1885, *Coralli* c. *Truffi* (*Giur. Cas.*, 1885, 239); Cass. Torino, 30 giugno 1893, *Moreo* c. *Sormani* (*Foro It.*, 1893, I, 1367); Cass. Napoli, 1° agosto 1882, *Rocchetta* c. *Martino* (*Foro It.*, 1882, I., 1118); App. Torino, 24 febbraio 1882, *Bieller* c. *De Peccoz* (*Giur.*, Torino, 1882, 323).

La Cass. di Roma, 20 febbraio 1888, *Giorgioni* c. *Bassi* (*Foro It.*, 1888, 1, 263), così considerava:

« Attesochè la sentenza denunciata ha ritenuto in fatto, correggendo l'errore incorso dal primo giudice, che nei quattro vani costituenti il corpo di casa al civico n. 82-83, annotata in catasto, di parte della quale ora è lite, non fossero comprese le due stanze ad uso di granaio, erettevi dal Bassi nel 1873 al 1874.

« E di codesta omissione ne rendeva anche ragione, facendo osservare come in obbedienza all'art. 4 della legge 24 agosto 1877 sulla tassa dei fabbricati, quei due locali, siccome destinati alla conservazione di generi agricoli, per andare esenti dalla relativa tassa, non potevano mai esservi compresi, conforme il certificato censuario del 23 marzo 1885 prodotto negli atti.

« Ma quale, se questa od altra, ne possa essere stata la ragione, su di che ogni indagine riescirebbe nel caso soggetto del tutto oziosa, una volta ritenuto il fatto della omessa annotazione, la questione, se tale può dirsi, che si solleva col ricorso, versa circa il sapere se il valore di un immobile sulla base del tributo, all'effetto di determinare la competenza, debba sempre esser quello, anche per la parte ommessa e che non figura nel censo quale risulta dal certificato primitivo, in cui quella parte non era, nè poteva esservi compresa. O, in altri termini, riguarda la cosa sotto un aspetto generale, se i cambiamenti avvenuti posteriormente nel fondo, come casa o fabbricato che sia, non si abbiano punto a considerare, così agli effetti del tributo che della competenza, da determinarsi codesta in base a quel primo annotamento, secondo sembra vogliasi sostenere dal ricorrente.

« Ma è ovvio l'osservare che le modificazioni successive di semplice qualità dello stabile potranno non attendersi, sia nei rapporti del contribuente coll'erario dello Stato per lo ammontare del tributo, sia agli effetti di determinare il valore onde statuire la competenza; per la ragione appunto che l'intero stabile trovasi riportato in catasto, e di conseguenza, finchè non si proceda a revisioni e rettifiche dalla Direzione all'uopo incaricata, la base del tributo a qualsivoglia effetto deve sempre rimanere quella che emerge dal certificato riferentesi alla primitiva censuazione.

« Non così però quando le avvenute modificazioni ed innovazioni siano di quantità, riguardino cioè l'accrescimento di esso stabile; nel qual caso la fede del censo non rispondendo più allo stato attuale del fondo, rimanendone una parte scoperta, quanto a questa torna applicabile l'art. 79, ult. al., cod. proc. civ. onde determinare la competenza.

« Nè potrebbe essere altrimenti, giacchè, per ritenere il contrario, dovrebbe considerarsi la parte dell'ente imponibile, ossia dello stabile, su cui cade la controversia, come non avente alcun valore, cosa per sè ripugnante ed assurda.

« Essa invece ne ha ben uno, ed è quello che il surriferito articolo, dal momento che non è determinabile colla scorta del censo, dichiara doversi considerare siccome eccedente le lire 1500.

« Ond'è che la sentenza, attribuendo alla parte di casa (i due nuovi vani e bottega) che si vuole rivendicare dal ricorrente, un valore superiore alla competenza pretoria, lungi dallo avere violato il disposto dell'articolo 79 cod. proc. civ., ne ha fatto invece la più retta applicazione. »

una semplice facoltà, della quale il giudice possa usare in difetto di altre prove sul valore, è un disposto imperativo, assoluto che non ammette eccezioni (1). Se l'immobile è allibrato in catasto, ma non paga tributo per non avere rendita, il suo valore è minimo, e però la causa deve essere ritenuta di competenza del giudice inferiore (2); ma se l'immobile non è portato in catasto per qualsiasi motivo anche perchè area di camposanto (3), o se essendo portato non è sottoposto a tributo per un motivo diverso dalla mancanza di rendita non havvi alcuna base per determinare il suo valore; in questo caso a termini dell'ultimo capoverso dell'art. 79 del codice procedura civile, la controversia si considera di valore eccedente le lire millecinquecento, anche se vi fosse la prova che il valore commerciale dell'immobile è inferiore a tal somma (4), sia che l'immobile non censito venga in controversia da solo o venga in controversia insieme ad altri immobili censiti (5); e non sono ammesse prove del valore (6).

(1) Cass. Palermo, 9 marzo 1875, *Jacone* c. *Jacone* (*Monit. Pret.*, 1873, 317); Cass. Torino, 26 luglio 1872, *Traxina* c. *Penco* (*Ann.*. 1872, 1, 358); Cass. Torino, 28 gennaio 1879, *Zunino* c. *Ramorino* (*Foro It.*, 1879, I, 437); App. Torino, 15 aprile 1879, *Castelli* c. *Richetti* (*Giur.*, Torino, 1879, 542); Pret. Bagnasco, 30 aprile 1879, *Bosio* c. *Veglia* (*Monit Pret.*, 1879, 328); App. Casale, 12 marzo 1885, *Coralli* c. *Truffi* (*Giur.*, Tor., 1885, 239); Trib. Bologna, 4 settembre 1885, *Marabini* c. *Casella* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1885, 280); App. Casale, 15 gennaio 1885, *Cassone* c. *Bianco* (*Giur. Cas.*, 1885, 140); Trib. Orvieto, 15 aprile 1887, *Cossa* c. *Valentino* (*Giorn. Giur. dell'Italia centrale*, 1887, 103); Pret. Accumoli, 15 maggio 1888, *Nobile* c. *Delfini* (*Giorn. Giur. dell'Italia centrale*, 1888, 130); Cass. Torino, 10 dicembre 1889, *Solari* c. *Falcone* (*Giur.*, Torino, 1890, 43); Cass. Torino, 23 dicembre 1889, *Pavesi* c. *Com. di Siziano* (*Giur.*, Torino, 1890, 114); App. Casale, 24 aprile 1891, *Lombardi* c. *Morando* (*Giur. Cas.*, 1891, 208); Cass. Torino, 5 marzo 1892, *Salvai* c. *Fassini* (*Giur.*, Torino, 1892, 309); Cass. Napoli, 16 giugno 1882, *Carlomagno* c. *Melogli* (*Gazz. Proc.*, XVII, 320).

(2) Vedi Cass. Napoli, 9 gennaio 1878, *Rago* c. *Montemurro* (*Gazz. Proc.*, XIII, 402).

(3) Cass. Napoli, 14 gennaio 1885, *Com. di Ferrandina* c. *Galtieri* (*Gazz. Proc.*, XIX, 495).

(4) Cass. Torino, 10 luglio 1868, *Calzia* c. *Calzia* (*Gazz. G.*, 1868, 375); Cass. Firenze, 15 giugno 1874, *Tublini* c. *Fabbri* (*Ann.*, 1874, 1, 386); Cass. Torino, 13 settembre 1870, *Liberato* c. *Giordano* (*Giur. It.*, 1870, 1, 777); Cass. Firenze, 8 gennaio 1870, *Com. di Sodano* c. *Lucchesi* (*Legge*, 1870, 1, 336); 9 febbraio 1880, *Ercolani* c. *Abelli* (*Giur. It.*, 1880, 1, 573); Cass. Napoli, 8 giugno 1880, *Finanze* c. *Anelli* (*Foro It.*, 1880, 1, 882); Cass. Torino, 12 novembre 1880, *Calamarini* c. *Calamarini* (*Giur.*, Torino, 1881, 205); App. Venezia, 7 dicembre 1876, *Chiesa di S. Antonio* c. *Brugnoli* (*Temi Ven.*, 1877, 122); Trib. Conegliano, 5 aprile 1876, *Bilaffi* c. *Loschi* (*Monit. Giud.*, Venezia, 1876, 331); App. Genova, 22 luglio 1866, *Musso* c. *Cappa* (*Gazz. G.*, 1866, 86); Cass. Torino, 19 dic. 1884, *Com. di Ceriano* c. *Carbonetti* (*Giur.*, Torino, 1885, 57) e 23 dic. 1889, *Pavesi* c. *Comune di Siziano* (*Giur.*, Tor., 1890, 114); App. Casale, 24 aprile 1891, *Lombardi* c. *Morando* (*Giur. Cas.*, 1891, 208); Cass. Torino, 6 settembre 1882, *Morosini* c. *Cinelli* (*Legge*, 1883, 1, 199).

Cont. Cass. Firenze, 11 luglio 1872, *Noseri* c. *Batacchi* (*Ann.*, 1872, 1, 262) e 21 novembre 1870, *Devitti* c. *Bertelli* (*Ann.*, 1870, 1, 413); Cass. Torino, 4 luglio 1876, *Marenzi* c. *Salvi* (*Monit. Trib.*, 1876, 975); Cass. Firenze, 5 maggio 1881, *Buoncristiani* c. *Buoncristiani* (*Foro It.*, 1881, I, 454).

(5) Vedi Appello Casale, 13 giugno 1883, *Zucca* c. *Gallina* (*Giur. Cas.*, 1883, 247); Cass. Torino, 2 marzo 1889, *Dalmonte* c. *Dalmonte* (*Giur.*, Torino, 1889, 189).

(6) App. Lucca, 22 marzo 1876, *Baldassari* c. *Baldassari* (*Ann.*, 1876, 2, 275).

Cont. Cass. Torino, 20 gennaio 1874, *Raverta* c. *Zerli* (*Giorn. delle leggi*, 1874, 182); 5 dicembre 1866 *Municipio di San Remo* c. *Calvo* (*Gazz. Proc.*, I, 350).

La Cassazione di Torino ha presentato il caso non comune che ad una stessa udienza sono state emanate due decisioni in senso opposto. La prima decisione (28 gennaio 1879, *Zunino* c. *Ramorino: Foro It.*, 1879, 1, 437) è così motivata:

« Attesochè l'articolo 79 del cod. di proc. civ. stabilisce che nelle controversie sulla proprietà dei beni immobili il valore della causa si determina moltiplicando per cento il tributo diretto dello Stato; indi aggiunge, che quando il valore dell'immobile non si possa determinare dal tributo, la causa si considera di valore eccedente lire 1500. Il tributo è criterio unico ed assoluto che la legge ammette per determinare il valore dei beni immobili e regolare la competenza. Con ciò il legislatore ha immutato il precedente sistema consacrato dai codici del 1854 e 1859, secondo i quali il valore dell'immobile e quindi della causa si determina dai titoli; mancando questi, dal tributo diretto verso lo Stato, moltiplicato per cento; in ogni caso da perizia richiesta dalle parti. Questo sistema era pieno di difficoltà ed incertezze; troppo spesso occorrevano indagini, discussioni, un giudizio, una sentenza, non per risolvere la questione, ma per trovare il giudice che dovesse risolverla. Questi inconvenienti che una lunga esperienza aveva messo in luce, il legislatore si propose di toglierli; volle che il giudice fosse certo, che le parti avessero modo facile e sicuro per conoscerlo; questo modo è il tributo; quando manca la norma del tributo non è lecito ricorrere nè a titoli, ne a perizia, nè ad altre maniere di criteri, di prove e di argomenti; la causa con una presunzione assoluta *iuris et de iure* si ritiene di un valore eccedente lire 1500.

« Attesochè all'articolo 79 contravvenne il tribunale civile di Savona, quando, pur non potendo determinare il valore del fondo serviente col tributo, ritenne nondimeno la causa di un valore inferiore alle lire 1500, e perciò di competenza del pretore, desumendo questo valore da elementi che la legge non riconosce, cioè da un estimo catastale, estimo che il tribunale non si sa con qual fondamento suppose che contenesse il reddito reale del fondo, e questo reddito rappresentasse un valore di lire 100 per ogni cinque lire di reddito stesso ».

La seconda, *Roggero* c. *Beria d'Argentina* (*Foro It.*, 1879, I, 435), è così motivata:

« Attesochè l'articolo 71 del vigente codice di proc. civ. fissò la competenza dei pretori per tutte le azioni il cui valore non ecceda le lire 1500, e questa è la dichiarazione di principio che regola la loro giurisdizione per valore; che se nelle controversie sulla proprietà di beni immobili il successivo articolo 79 ha detto che per calcolarne il valore si prendesse per base il tributo diretto verso lo Stato, e, nell'ultimo alinea, « che quando il valore non « si possa determinare dal tributo, la causa si considera di valore « eccedente le lire 1500 », con queste disposizioni però il vigente codice non ha inteso di escludere *a priori*, ed in modo assoluto, che, mancando in atti l'elemento del tributo, potesse il valore dello stabile essere accertato ed apparire manifesto, per il fatto medesimo delle parti, dai documenti su cui basa l'azione o l'eccezione. Così già decise questa Corte di cassazione (sent. 20 gennaio 1874, ric. *Raverta*), temperando il rigore della precedente interpretazione, troppa assoluta, espressa in alcune precedenti sentenze.

« Attesochè nella denunciata sentenza il tribunale considerò che nell'istrumento 7 settembre 1876, su cui il cav. Beria appoggiava le sue istanze risultava che il sedime in questione fu valutato soltanto lire cento, e che il cav. Roggero non ebbe ad allegare che fosse di un valore eccedente la competenza pretoriale e da ciò concluse che il motivo di nullità per incompetenza in ragione di valore desunto dall'art. 79 della procedura mancasse di fondamento.

« Attesochè, avendo per tal modo il tribunale giudicato che allo

La prova per eccellenza che l'immobile non è allibrato in catasto, o, se allibrato, la prova per eccellenza del tributo pagato risulta dal certificato catastale (1), ma, dal momento che la legge non obbliga il magistrato a servirsi esclusivamente di questo mezzo di prova, non è escluso che il magistrato possa attingere ad altri mezzi gli elementi per dare il suo giudizio (2), purchè da questi elementi attinga i mezzi per dare il suo giudizio, non già sul valore dell'immobile, ma sul tributo dall'immobile pagato. La legge non fa obbligo al magistrato di non pronunziarsi sopra un'azione immobiliare se non havvi in atti la prova del tributo gravante l'immobile controverso, ond'è che non può essere chiesta la nullità di una sentenza perchè in atti mancava una tale prova (3), ma è sempre in facoltà del magistrato di richiederla, dal momento che il magistrato deve sempre accertarsi se la causa è nei limiti della sua competenza per valore. Se però in atti non vi sia la prova del tributo gravante l'immobile non può senz'altro dichiarare la propria incompetenza, ma deve invitare la parte a dare la prova del tributo che sull'immobile viene corrisposto (4). Gli elementi dai quali risulta il tributo pagato da un immobile in tanto fanno prova del valore della causa, in quanto l'immobile dedotto in giudizio sia quello stesso al quale gli elementi dai quali risulta il tributo si riferiscono. Questa prova sta a carico di colui al quale spetta provare il valore della causa; ond'è che, se la corrispondenza sia negata, colui che deve provare il valore della causa deve dare la prova della esistenza della corrispondenza stessa con quei mezzi che si dimostrino adatti (5).

Può esser dedotto in controversia non l'intiero fondo, ma una parte dello stesso. In questo caso è d'uopo distinguere il caso in cui la parte del fondo che viene in contesa sia composta di unità catastali distinte da quelle che compongono il rimanente del fondo stesso, dal caso in cui venga in contesa la porzione di una stessa unità catastale. Nel primo caso non vi sono difficoltà; essendo il tributo commisurato per unità catastali, si guarda al tributo pagato dalle unità catastali dedotte in controversia e sulla base delle stesse si determina il valore della causa. Le difficoltà vi sono pel secondo caso, perchè trattasi di decidere se il valore deve essere determinato a base del tributo imposto sulla intiera unità catastale od a base di quello imposto sulla porzione di unità catastale in controversia. E sul proposito è d'uopo fare una distinzione fra il caso in cui venga dedotta in controversia la porzione catastale *pro indiviso* dal caso in cui venga dedotta *pro diviso*. Nel caso in cui venga dedotta la porzione *pro indiviso* non vi sono difficoltà, il valore sarà calcolato su quella quota di tributo che corrisponde alla quota sulla quale si controverte; così, per esempio, dedotta in controversia la metà di una unità catastale, il valore della causa sarà determinato a base della metà del tributo pagato dalla intera unità stessa. Ma può essere dedotta in controversia una porzione *pro diviso* dell'unità catastale. In questo caso, la ricerca non ha importanza se il valore di tutta la unità catastale fissato sulla base del tributo sta nella competenza del giudice inferiore; se il pretore è competente pel tutto, lo deve necessariamente essere per una porzione del tutto stesso (6). Ha in quella vece importanza quando il valore della unità catastale sulla base del tributo sarebbe superiore alle lire 1500. Quando si tratta di conoscere quante parti del tributo gravano le singole parti di unità catastali, non è possibile riuscire alla determinazione delle parti stesse senza una istruzione, la quale determini il rapporto di valore che passa fra parte e parte; perchè un fondo paga 10 di tributo non ne viene che una porzione, la quale costituisce un quinto del totale, debba pagare 2 parti. Se questa porzione è rocciosa, nel mentre gli altri 4 quinti sono, per esempio, arativi o viceversa, la porzione del tributo che sta a carico del primo quinto, è rispettivamente inferiore o superiore al quinto del tributo. Ma l'ammissione di una istruzione allo scopo di determinare il valore agli effetti della competenza contrasta col sistema del valore legale adottato dal legislatore italiano, e però di una istruzione preliminare, non è il caso di discorrere. Ed allora altro non rimane se non che affermare il principio che in tal caso il valore si determina a base del tributo pagato dalla intera unità catastale, su porzione della quale verte la contesa (7).

La controversia può essere relativa agli accessori di un immobile; in questo caso, se l'accessorio non forma una unità catastale indipendente dalla cosa principale, la competenza va determinata a base del valore della unità catastale alla quale l'accessorio si riferisce, anche se l'accessorio è una costruzione rurale (8).

stato degli atti vi fosse sufficiente motivo di ritenere il valore della causa entro i limiti della competenza del pretore, mentre poi non era dimostrato il contrario dall'ammontare del tributo a cui fosse quello stabile soggetto, non violò nè l'uno nè l'altro dei due articoli in questo mezzo indicati ».

(1) Vedi Appello. Lucca, 6 giugno 1881, *Comune di Valle di Cadore* c. *Comune di Cibiana* (*Legge*, 1881, 2, 416); Cassazione Roma, 27 maggio 1885, *Gambacolta* c. *Finanze* (*Corte Suprema*, 1885, 498); Cassazione Torino, 31 dicembre 1885, *Moretti* c. *Francia* (*Giurisprudenza*, Torino, 1886, 57); Cassazione Firenze, 22 luglio 1889, *De Rocco* c. *De Rocco*, (*Temi Ven.*, 1889, 433).

(2) Vedi Cass. Napoli, 2 dicembre 1869, *Lippoli* c. *Comune di Casamassima* (*Legge*, 1870, 1, 150); Cass. Roma, 17 maggio 1884, *Chiarelli* c. *Colarasi* (*Corte Suprema*, 1884, 833).

(3) Vedi Cass. Torino, 17 nov. 1880, *Appendino* c. *Casale* (*Giur.*, Torino 1881, 214).

(4) Cass Torino, 9 maggio 1877, *Calligaris* c. *Bastone* (*Mon. Trib.*, 1877, 592); Cass. Firenze, 13 dic. 1888, *Menegazzi* c. *Lugo* (*Temi Ven.*, 1889; 107); App. Milano, 16 maggio 1890, *Maffei* c. *Fallita Agnetta* (*Foro It.*, 1890, 1, 1204); Cass. Firenze, 1° dic. 1890, *Com. di Ertocaso* c. *Filippin* (*Temi Ven.*, 1891, 27); Cass. Torino, 5 luglio 1894, *Ghiarotti e Scarpellini* c. *Pallaci* (*Giur.*, Torino, 1894, 449).

(5) Cass. Torino, 8 marzo 1874, *Re* c. *Re* (*Giur.*, Torino, 1877, 319).

(6) Cass. Torino, 17 aprile 1883, *Perazzo* c. *Garbini* (*Monit. Trib.*, 1883, 696)), e 17 febbraio 1882, *Revello* c. *Musso* (*Giur.*, Torino, 1882, 111), e 21 maggio 1885, *Volpini* c. *Cacciabue* (*Giur.*, Torino, 1885, 530).

(7) Vedi App. Venezia, 24 agosto 1876, *Nordini* c. *Clemente* (*Temi Ven.*, 1876, 288); Cass. Torino, 17 aprile 1883, *Perazzo* c. *Garbini* (*Mon. Trib.*, 1883, 696); Trib. Teramo, 7 febbraio 1888, *Ginestro* c. *Ventura* (*Foro Abruzz.*, 1888, 88); Cass. Torino, 23 dicembre 1889, *Pavesi* c. *Com. di Siziano* (*Giur.*, Torino, 1890, 114); Cass Torino, 5 marzo 1892, *Salvai* c. *Fassini* (*Giur.*, Torino, 1892, 309); 30 giugno 1893, *Moreo* c. *Sormani* (*Foro It.*, 1893, 1, 1367).

(8) Vedi Cass. Torino, 16 giugno 1875, *Bardotti* c. *Murone* (*Giur.*, Torino, 1875, 594); 24 aprile 1879, *Vasserotti* c. *Chiesa* (*Ann.*, 1879, 1, 352); App. Casale, 14 luglio 1884, *Canegallo* c. *Magrani* (*Giur. Cas.*, 1885, 2); 15 gennaio 1885, *Cassone* c. *Bianco* (*Giur. Cas.*, 1885, 140); Cass. Torino, 29 luglio 1886, *Gometti* c. *Boni* (*Foro It.*, 1886, 1, 1087); 2 marzo 1889, *Dal-*

I principî che si sono esposti sono direttamente applicabili soltanto alle azioni reali relative a beni immobili (1); alle azioni personali relative a beni immobili non sono applicabili che per analogia nei limiti stabiliti quando venne discorso delle azioni personali relative a beni immobili.

In applicazione dei principî generali sulla determinazione del valore, se in una alla azione reale si propone l'azione di restituzione di frutti, di risarcimento di danni anteriori alla domanda, il valore di tali azioni per la determinazione della competenza deve essere cumulato col valore dell'immobile. Queste azioni accessorie mantengono però il loro carattere di azioni personali, ond'è che il loro valore va determinato colle norme proprie alle azioni personali (2).

Nelle azioni reali può avvenire che un terzo sia chiamato in garantia. L'azione in garantia però non è un'azione reale, è un'azione personale, sulla valutazione della quale non esercita alcuna influenza la valutazione della causa principale fra attore e convenuto (3).

In applicazione dei principî generali, se il valore risultante dal tributo è superiore alle lire 1500, la competenza è del tribunale, se risulta inferiore è il pretore il magistrato competente a giudicare (4).

116. Azioni reali immobiliari per eccellenza sono quelle relative alla proprietà degli immobili che comprendono tanto quelle relative alla proprietà propriamente detta, quanto quelle relative alla comproprietà (5), quanto quelle relative alle accessioni. Per queste azioni l'art. 79, parte 1ª, del codice di procedura dispone che il valore della causa si debba determinare moltiplicando per cento il tributo diretto verso lo Stato al quale l'immobile è soggetto (6), qualunque sia il valore pel quale l'attuale possessore abbia acquistato l'immobile (7), e qualunque sia lo scopo ulteriore che una volta ottenuta la vittoria si volesse conseguire (8). In applicazione dei principî posti nel numero precedente si ha riguardo alla unità catastale che viene in controversia (9), calcolata per intiero la parte *pro diviso* della unità catastale stessa (10); e se è impossibile avere il criterio del tributo, la causa si presume di valore superiore alle lire 1500 (11). E siccome è impossibile avere il criterio del tributo quando è incerta

---

monte c. *Dalmonte* (*Giur.*, Torino, 1889, 189); App. Torino, 11 luglio 1890, *Cagna* c. *Serralunga* (*Giur.*, Torino, 1890, 693); Trib. Massa-Carrara, 16 settembre 1891, *Amadi* c. *Orlandi* (*Giurista*. 1892, 445).

(1) Vedi Cass. Torino, 29 aprile 1882, *Verando* c. *Caniori* (*Giur.*, Torino, 1882, 351); 5 maggio 1891, *Arata* c. *Mangini* (*Giur.*, Torino, 1891, 394).

(2) Vedi App. Casale, 1° dicembre 1868, *Casellini* c. *Ferrari* (*Temi Cas.*, 1869, 51); 4 febbraio 1884, *Ricotta* c. *Ponasso* (*Giur. Cas.*, 1884, 100); Trib. Teramo, 7 febbraio 1888, *Ginestro* c. *Ventura* (*Foro Abruzz.*, 1888, 88); App. di Firenze, 9 marzo 1876, *Leoneschi* c. *Aspettati* (*Ann.*, 1877, 2, 96).

(3) Vedi Cass. Roma, 15 aprile 1878, *Subeconomo di Bovino* c. *Russomandi* (*Legge*, 1878, 1, 467).

(4) Trib. Castrovillari, 1° marzo 1867, *Orogardi* c. *Gaudio* (*Gazz. Giur.*, Napoli, 1867, 457). Vedi anche Cass. Napoli, 24 aprile 1874, *Amantea* c. *Frudale* (*Legge*, 1874, 1, 704).

(5) Conf. Cass. Napoli, 16 maggio 1893, *Di Salvatore* c. *Marza* (*Movim. Giur.*. 1893, 262); 14 ottobre 1892, *Camarli* c. *De Grandis* (*Dir. e Giur.*, VIII, 291 e 352); App. Milano, 6 luglio 1885, *Mainetti* c. *Confalonieri* (*Foro It.*, 1885, I, 831).

(6) Cass. Palermo, 23 dicembre 1879, *Novarra* c. *Castelletto* (*Circ. Giur.*, 1880, 128); App. Venezia, 24 agosto 1876, *Nordini* c. *Clemente* (*Temi Ven.*, 1876, 288); Cass. Torino, 17 aprile 1883, *Perazzo* c. *Garbini* (*Mon. Trib.*, 1883, 696); Cass. Roma, 17 maggio 1884, *Chiarelli* c. *Colarasi* (*Corte Suprema*, 1884, 833); Cass. Napoli, 7 giugno 1887, *Dal Bene* c. *Cotugno* (*Dir. e Giur.*, III, 88).

La Cass. Torino, 27 giugno 1882, *Ospedale Alessandria* c. *Guerci* (*Foro It.*, 1882, 1, 711) così considerava:

« E per vero, le varie disposizioni onde si compone l'art. 79 relativo al modo di determinare il valore della causa in cui cada in controversia la proprietà piena o parziale di immobili o la sussistenza di servitù prediali, sono concepite in termini che non ammettono distinzione di sorta, in termini che rivelano un concetto preciso, assoluto — il valore della causa, ivi è ripetutamente scritto, si determina moltiplicando per cento o per cinquanta il tributo verso lo Stato. — Il significato grammaticale di siffatta locuzione si fa tanto più imponente, quando si raffronti il testo dell'ora detto art. 79 del vigente codice con quello dell'art. 39 del precedente codice di procedura civile, nel quale era prescritto che il valore delle cause sulle proprietà degli immobili e sulle servitù prediali, si dovesse in prima linea desumere dai titoli, in seconda linea, e sul difetto di questi, dal tributo prediale moltiplicato nel modo ivi specificato; che però fossero in ogni caso le parti ammesse a chiedere che il valore venisse fissato per perizia.

« Tale raffronto infatti serve a rendere palese come siasi voluto assolutamente abbandonare il precedente sistema d'accertamento del valore delle cause relative a diritti immobiliari, come quello che la esperienza aveva dimostrato essere pieno di difficoltà, fonte ben sovente di gravi disturbi e spese per le parti, che erano costrette a sostenere lunghe discussioni, non per risolvere la controversia, ma solo per trovare il giudice che avesse a risolverla; e veramente coll'essersi stabilito che, quando si abbia la prova del tributo imposto sul fondo, il valore della proprietà o della servitù è quello che risulta dal tributo stesso moltiplicato nei modi accennati, e nel caso contrario, la causa si considera di valore eccedente le lire 1500, si è apprestato ai contendenti un mezzo facile e sicuro per conoscere il giudice avanti il quale abbia ad essere portata la causa, al tribunale una norma altrettanto semplice quanto appropriata per decidere se il merito della controversia rientri o no nei limiti della sua competenza.

« Del resto, che questo sia stato precisamente l'intendimento del legislatore italiano, stabilire cioè nel tributo il criterio unico e tassativo per determinare qual sia il merito intrinseco, il valore delle cause, in cui si controverta della proprietà di beni immobili o di servitù prediali, emerge nel modo più aperto dalla relazione con cui il ministro della giustizia accompagnava la presentazione del progetto del nuovo codice di procedura civile, là dove si rende appunto ragione della innovazione recata a questo proposito alle disposizioni del precedente codice. »

(7) Cass. Roma 15 aprile 1878, *Subeconomo di Bovino* c. *Russomandi* (*Legge*. 1878, 1, 467).

(8) Trib. Castrovillari, 21 maggio 1866, *Genovese* c. *Fabbri* (*Gazz. Giur.*, Napoli, 1866, 580).

(9) App. Catanzaro, 20 giugno 1889, *Palmisani* c. *Pilo* (*Gravina*, 1889, 392); Cass. Roma, 22 maggio 1885, *D'Ulisse* c. *Monzara* (*Corte Suprema*, 1885, 386).

(10) App. Aquila, 31 agosto 1886, *De Jorio* c. *Adami* (*Foro Abruzz.*, 1887, 4); 29 marzo 1890, *D'Almaso* c. *Com. di Castel Castagno* (*Foro Abruzz.*. 1890, 133); Cass. Palermo, 4 febbraio 1892, *Zito* c. *Falcone* (*Circ. giur.*, 1892, 3).

(11) Cass. Torino, 22 aprile 1881, *Minetti* c. *Pagliettini* (*Giur.*, Torino, 1881, 511); Cass. Firenze, 30 dicembre, 1869, *Pisaneschi* c. *Arrighi* (*Ann.*. 1889, 281); App. Genova, 26 maggio 1877, *Eredi Tanzi* c. *Staffetti* (*Eco giur.*, 1877, 389); Cass. Torino, 17 aprile 1883, *Perazzo* c. *Gerbini* (*Mon. Trib.*, 1883, 696); App. Aquila, 31 agosto 1886, *De Jorio* c. *Adami* (*Foro Abruzz.*. 1887, 4); App. Genova, 16 maggio 1892, *Com. di Torriglia* c. *Garaventa* (*Giurista*. 1892, 217); Cass. Torino, 30 dicembre 1892, stesse (*Giur.*, Torino, 1893, 185); Cass. Napoli, 5 agosto 1893, *Lucisano* c. *Santoro* (*Dir. e Giur.* IX, 139).

la quantità di immobili per la quale l'azione viene esercitata, così in tal caso la controversia sarà da considerarsi di valore superiore alle lire 1500 (1). L'impossibilità di avere il criterio del tributo può essere soltanto relativa, ciò che si avvera quando la contesa si aggira sul punto se una cosa immobiliare appartenga ad uno piuttosto che ad altro dei due fondi, il valore dei quali è diverso agli effetti della competenza; anche in questo caso dunque sarà da ritenersi la causa di valore superiore alle lire 1500 (2).

Nel caso di accessione il valore della controversia è il valore delle unità catastali alle quali l'accessione ebbe luogo (3). Ciò ben inteso quando l'azione che si esercita per l'accessione è reale; chè, se si trattasse di azione personale derivante dalla accessione avvenuta, la competenza dovrebbe andare regolata dalle norme alle azioni personali proprie.

Per ciò che concerne il caso di comproprietà il valore della causa non sempre può essere determinato nello stesso modo, quantunque sempre il valore debba essere desunto dal tributo (4). Nella controversia di rivendicazione della comproprietà di un immobile, il valore della causa è determinato a base della quota di tributo che corrisponde alla quota di comproprietà reclamata. Nelle controversie relative all'esercizio dei diritti di comproprietà, il valore della causa è determinato a base della quota di tributo che corrisponde alla quota di comproprietà spettante all'attore. Ma se la controversia di comproprietà è relativa ad una parte dei due immobili, come, per esempio, un muro, un pozzo, ecc., il valore della causa deve essere determinato a base del valore della unità catastale appartenente a colui che reclama la comproprietà. È questa una applicazione dei principii posti nel numero precedente. Quando viene esercitato un diritto *pro indiviso*, non si è nella impossibilità di determinare il tributo che colpisce il diritto *indiviso* esercitato; siccome il diritto *indiviso* affetta le cose sulle quali il diritto viene esercitato in ogni sua parte, il tributo che colpisce tale diritto è un'aliquota del tributo totale. Ma, quando viene in controversia una parte di una unità catastale, il valore della controversia è determinato dal valore della intiera unità catastale della quale la cosa reclamata fa parte; quando si reclama la comproprietà di un muro, di un pozzo, ecc., si reclama parte delle unità catastali cui appartiene, dunque il valore deve essere determinato dal valore dell'unità catastale della quale si pretende far parte la cosa reclamata.

In materia di comunione non deve mai esser calcolata a base del tributo l'azione di danno che un condomino esercita contro altro condomino per ciò che quest'ultimo possa avere fatto sulla cosa comune di lesivo ai diritti del primo (5); l'azione di danno è sempre un'azione personale e perciò alla stessa l'art. 79 del codice di procedura non è applicabile.

Se colle azioni reali relative alla proprietà si domandano i frutti, i danni anteriori alla domanda, il valore di questi casi va in applicazione delle norme generali, sommato col valore dell'immobile per la determinazione della competenza (6).

Siccome, quando più sono i debitori non solidali di cosa disputata, ci sono tante controversie quanti sono i creditori, derivi l'obbligazione da titolo unico o da titoli distinti, così, se si tratta di rivendicare fondi posseduti frazionatamente da più persone anche in forza di titolo unico, il valore della causa è il valore della parte posseduta da ognuno dei convenuti (7).

I principî enunciati ricevono applicazione tanto nel caso in cui la controversia di proprietà vi sia in seguito ad azione proposta o ad opposte eccezioni (8).

117. Diritti reali immobiliari sono l'usufrutto e la nuda proprietà sui beni immobili, reali immobiliari possono essere dunque le azioni agli stessi relativi, ed in forza del principio che il valore della controversia nelle azioni reali immobiliari va determinato a base del tributo, il valore delle dette azioni deve essere determinato a base del tributo. Ma il multiplo del tributo sarà quello stesso che è dalla legge determinato per le azioni reali immobiliari relative alla

---

(1) Cass. Firenze, 30 dicembre 1869, *Pisaneschi* c. *Arrighi* (*Ann.*, 1869, 1, 281).

(2) Cass. Torino, 9 maggio 1883, *Pola* c. *Turri* (*Giur.* Torino, 1883, 677).

(3) Trib. Lanciano, 25 agosto 1884, *Jarussi* c. *De Cristofaro* (*Riv. di giur.*, Trani, 1885, 696).

(4) La Cass. di Torino, 3 dicembre 1880, *Griffa* c. *Griffa* (*Foro It.*, 1881, I, 734), così considerava:

« Attesochè il pretore di Carignano in prima istanza ed il tribunale civile di Torino in grado d'appello posero in fatto che la controversia cadeva sulla comproprietà del cortile e del pozzo indicati nel libello introduttivo del giudizio.

« Attesochè per le azioni circa la proprietà immobiliare e sue modificazioni la legge di procedura civile ammette, per determinare il valore della causa, come attributivo di giurisdizione, un unico criterio come più semplice e razionale e più facile a sperimentarsi, ed è quello tassativamente indicato dall'art. 79, cioè il tributo diretto verso lo Stato.

« Attesochè invece quel pretore dapprima, ed il tribunale civile dappoi, si arbitrarono di sostituirvi altri e ben diversi criteri. Il giudice di prima cognizione ritenne che il valore della controversia si determinava facilmente dallo scapito che potrebbe soffrirne la casa dell'attore quando venisse privata della comunione del cortile e del diritto di attingere acqua al pozzo. E non senza prima aver genericamente rigettata l'eccezione d'incompetenza, ordinava però preliminarmente una perizia in quel senso e per quello scopo;

« Ed il tribunale collegiale alla sua volta ritenne che, « iniziatasi la causa avanti la pretura, si aveva la prova più certa ed « inconcussa che l'azione veniva, come doveva essere, limitata ad « un valore non al di là di lire 1500, e che sotto tale rapporto « considerata la sentenza pretoriale, non poteva a meno che riuscire regolare e giuridica, limitata ogni cosa pur sempre, giusta « il tenore della domanda primitiva, ad un valore non al di là « delle lire 1500 ».

« E nel mentre poi nel dispositivo confermava l'appellata sentenza, nei motivi secondava pure i voti dell'appellante in via incidentale, acciò il perito estendesse il suo esame all'accertamento eziandio del valore del pozzo per la parte che gliene spettava come accessorio della sua casa in confronto degli altri comproprietari;

« Attesochè pertanto è troppo evidente l'incorsa asserta violazione del chiaro disposto dell'art. 79 del codice di proc. civ., e, ciò stante, sarebbe un fuor d'opera l'estendere ancora l'esame alle altre denunzie di altre non meno gravi, ma secondarie violazioni di legge. »

(5) Vedi Cass. Napoli, 13 gennaio 1887, *Gatta* c. *De Angelis* (*Dir. e Giur.*, III, 387).

(6) App. Casale, 4 febbraio 1884, *Ricotta* c. *Ponasso* (*Giur. Cas.*, 1884, 100); App. Roma, 19 aprile 1887, *Finanze* c. *Cherubini* (*Legge*, 1888, 1, 670); App. Torino, 5 settembre 1892, *Damoz* c. *Com. di Challand* (*Giur.*, Torino, 1893, 27); Cass. Roma, 18 gennaio 1893, *Finanze* c. *Fanelli* (*Corte Suprema*, 1893, 43).

(7) Cont. App. Lucca, 22 marzo 1876, *Baldassari* c. *Baldassari* (*Ann.*, 1876, 2, 275); App. Milano, 13 marzo 1885, *Ditta Girard* c. *Ditta Calabi* (*Mon. Trib.*, 1885, 572).

(8) Vedi Cass. Torino, 5 aprile 1886, *De Terzi* c. *Franzoni* (*Giur.*, Torino, 1886, 456).

piena proprietà o sarà un multiplo diverso? Non può esservi dubbio che l'usufrutto e la nuda proprietà hanno un valore inferiore a quello della proprietà piena, il multiplo del tributo che dà il valore della causa nella controversia sulla proprietà o sull'usufrutto deve dunque essere minore a quello che dà il valore della causa nelle controversie relative alla proprietà. Ed in applicazione del principio generale che, agli effetti della competenza, l'usufrutto e la nuda proprietà hanno ciascuno il valore della metà della proprietà piena, il valore della causa nelle dette controversie dev'essere il prodotto che risulta dalla moltiplicazione del tributo diretto per cinquanta. E ciò che dispone l'art. 79, capov. 1°, codice procedura civile.

Il capoverso primo dell'art. 79 codice procedura civile non parla che di usufrutto e di nuda proprietà, tace sull'uso e sull'abitazione. Ma anche questi sono diritti reali che coll'usufrutto non hanno alcuna essenziale differenza, e però alle azioni relative agli stessi va applicato quanto è stato detto per l'usufrutto. E va applicato quanto è stato detto per l'usufrutto tanto nel caso in cui l'usuario goda dell'intero immobile e l'avente diritto alla abitazione abiti l'intera casa, quanto nel caso in cui l'uso e l'abitazione abbiano luogo per parte delle cose; la determinazione della quota di valore corrispondente alla parte usata od abitata ed a quella non usata o non abitata esigerebbe un'istruzione preliminare, e questa istruzione in tema di competenza per valore non è ammissibile.

La disposizione del primo capoverso dell'art. 79 codice procedura civile, oltre che all'uso ed alla abitazione, deve estendersi per analogia a tutti i diritti reali frazionari della proprietà che appartenessero a terzi sul fondo e che, come le servitù, non sono regolati da norme speciali. E però va applicata alle controversie sul diritto di caccia (1), sul diritto di pesca (2), alle controversie sulla dotalità dell'immobile (3), ecc.

La competenza si determina moltiplicando il tributo diretto per cinquanta, qualunque sia la sede nella quale sorga la questione sull'esistenza del diritto; ond'è che se pignorati i frutti di un fondo, qualcuno vantando un diritto di usufrutto si faccia a rivendicarli, e la controversia si agiti sul punto della esistenza o meno del diritto di usufrutto, il valore della controversia dev'essere determinato moltiplicando per cinquanta il tributo diretto verso lo Stato gravante il fondo i frutti del quale sono stati pignorati (4).

Anche per le controversie delle quali si è discorso in questo numero, mancando i dati del tributo, la causa dev'essere ritenuta di valore superiore alle lire 1500.

118. Diritto reale immobiliare è il diritto di servitù, le azioni relative dunque sono reali immobiliari, ed, in applicazione del principio generale relativo alla determinazione del valore nelle azioni reali immobiliari, il valore dell'azione stessa dev'essere un multiplo del tributo. Infatti per l'art. 79, cap. 2°, codice procedura civile, se la controversia cade sopra una servitù prediale, il valore si determina da quello del fondo servente (5) valutato tal fondo secondo le norme sulla valutazione dei fondi relativamente alle controversie sulla proprietà (6) e però trattandosi di servitù urbane valutando il fondo servente sulla base dell'imposta fabbricati, che grava il fondo stesso (7). Queste ultime proposizioni non si trovano scritte nel capoverso secondo dell'articolo 79 della procedura, ma non per questo non risultano dal contesto dell'intiero articolo, posto in correlazione coi principî generali relativi alla determinazione del valore. Infatti, escluso pei principii generali che in materia di immobili si possa adottare per la determinazione del valore un criterio diverso da quello risultante dal tributo diretto verso lo Stato, una volta che la legge parla del valore del fondo agli effetti della competenza, non può riferirsi che ad un valore determinato a base del tributo. Ma il valore del fondo risultante a base del tributo è quello stabilito dalla legge sulla proprietà; nè l'usufrutto nè la nuda proprietà sono *fondi;* sono diritti sui fondi. Dunque, se la legge parla di valore del *fondo* servente, non può avere voluto altro se non che la determinazione di tal valore colle stesse norme che diede per la determinazione del valore relativo alle proprietà. Si potrà censurare la legge di non aver tenuto presente che la servitù non è che un diritto frazionario della proprietà, e che però non era conforme ai dettami della logica attribuire alla parte il valore del tutto, molto più dopochè si era adottato un principio diverso per l'usufrutto e per la nuda proprietà: che era preferibile adottare per la valutazione delle servitù prediali un multiplo del tributo inferiore a quello stabilito per la valutazione della proprietà; ma queste censure non tolgono che la legge abbia adottato un principio diverso, e che però

(1) Vedi Cass. Firenze, 13 dicembre 1875, *Frezza* c. *Zamboni* (*Eco Trib.*, 1876, 54).

(2) Vedi Cass. Napoli, 31 luglio 1880, *Finanze* c. *Guadalupi* (*Gazz. Pret.*, 1881, 347).

(3) Vedi Cass. Torino, 19 gennaio 1869, *Nerino* c. *Mascarello* (*Mon. Trib.*, 1869, 76).

(4) Vedi Cass. Napoli, 6 febbraio 1868, *Carboni* c. *Liupali* (*Gazz. dei Trib.*, Napoli, 1868, 143).

(5) Vedi Cass. Torino, 30 luglio 1868, *Gatti* c. *Com. di Monteleone* (*Gazz. G.*, 1868, 441); App. Casale, 5 giugno 1882, *Piquet* c. *Conf. SS. Trinità di Carpineto* (*Giur. Cas.*, 1882, 274); App. Venezia, 6 novembre 1883, *Bazzoni* c. *Crescente* (*Temi Ven.*, 1884, 92); App. Aquila, 14 settembre 1886, *Blasi* c. *D'Andrea* (*Foro Abruzz.*, 1886, 160).

(6) Cass. Torino, 8 aprile 1874, *Mosca* c. *Trinzet* (*Giur.*, Torino, 1874, 371); Cass. Firenze, 9 febbraio 1880, *Ercolani* c. *Abelli* (*Giur. It.*, 1880, 1, 573); Cass. Torino, 6 marzo 1879, *Gilardi* c. *Gilardi* (*Giur.*, Torino, 1879, 357); App. Torino, 8 luglio 1881, *Vercellotto* c. *Graziano* (*Giur.*, Torino, 1881, 619); Cass. Torino, 12 novembre 1880, *Colmarini* c. *Colmarini* (*Giur.*, Torino, 1881, 205); App. Casale, 5 giugno 1882, *Piquet* c. *Confrat. SS. Trinità di Carpineto* (*Giur. Cas.*, 1882, 274); App. Venezia, 6 novembre 1883, *Bazzoni* c. *Crescente* (*Temi Ven.*, 1884, 92); Cass. Napoli, 22 gennaio 1885, *Dalla Mura* c. *Paolillo* (*Gazz. Proc.*, xx, 22); Cass. Torino, 1° giugno 1886, *Ferrari* c. *Giani* (*Ann.*, 1886, 1, 275); 24 settembre 1886, *Com. di Fosdinovo* c. *Landò* (*Giur.*, Torino, 1886, 752), 16 giugno 1888, *Alberti* c. *Baria* (*Giur.*, Torino, 1888, 437); Trib. Camerino, 29 aprile 1889, *Marsili* c. *De Angelis* (*Giorn. giurid. dell'Italia centrale*, 1890, 181); Trib. Bologna, 7 maggio 1895, *Puccietti* c. *Elmi* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1895, 174); Cass. Torino, 27 giugno 1882, *Ospedale di Alessandria* c. *Guerci* (*Foro It.*, 1882, 1, 766); Trib. Novara, 28 marzo 1892, *Cattaneo* c. *Cattaneo* (*Giur.*, Torino, 1892, 511).

Cont. Pret. di Murazzano, 2 ottobre 1868, *Bruno* c. *Bruno* (*Giur.*, Torino, 1869, 63); Cass. Torino, 30 luglio 1868, *Gatti* c. *Com. di Monteleone* (*Gazz. G.*, 1868, 442); Cass. Roma, 1° marzo 1879, *Selvaggi* c. *Mancini* (*Giur. It.*, 1879, 1, 363); Cass. Firenze, 11 novembre 1889, *Pasqui* c. *Gandolfi* (*Temi Ven.*, 1890, 5).

Vedi anche App. Palermo, 27 gennaio 1893, *Com. di Corleone* c. *Sarzana* (*Foro Sic.*, 1893, 11).

(7) Vedi App. Torino, 24 luglio 1875, *Ferraretti* c. *Tamietti* (*Giur.*, Torino, 1875, 604).

l'interprete debba tener conto di quanto dal legislatore è stato voluto.

Il valore delle cause nelle azioni reali relative a servitù è il valore del solo fondo servente (1), ma di tutto tal fondo e non della sola porzione sulla quale la servitù viene esercitata (2), del fondo servente non dell'intiera possessione del quale il fondo servente fa parte (3), cioè delle sole unità catastali affette alla servitù.

Fu giudicato che, se si disputa sulla scelta fra più fondi di quello pel quale dovrà essere esercitata la servitù di passaggio, la competenza va determinata non a rispetto del valore complessivo dei fondi, ma rispetto al valore di quello che a scelta fatta rimane come fondo servente (4). Che la competenza si debba determinare a base del valore complessivo dei vari fondi fra i quali la scelta dev'esser fatta è da escludersi e però in tal parte va approvata la decisione; non tutti i fondi vengono in controversia, ne viene in controversia uno soltanto, e però la competenza non può essere determinata che a base del valore di uno dei fondi. Ma che la competenza si debba determinare a base del valore del fondo che risulta scelto è assolutamente da escludersi. Il giudicare se per l'uno o per l'altro dei fondi la servitù deve essere esercitata, è giudicare del merito della controversia, e per venire a questo giudizio è d'uopo che il giudice sia competente a giudicare. La competenza in quella vece dev'essere determinata a base del valore di quello dei fondi che ha un valore maggiore degli altri: è questo il massimo valore che può avere la lite, è questo dunque il criterio che deve essere accettato per determinare la competenza.

Dovendosi determinare il valore della controversia dal valore del fondo servente, il valore della controversia è quello del fondo colpito dal divieto di fare qualche cosa a pregiudizio del fondo vicino (5) o che deve tollerare che il proprietario del fondo vicino faccia qualche cosa; ond'è che:

quando l'azione ha per oggetto di far dichiarare tenuto il convenuto ad osservare nelle sue costruzioni la distanza

---

(1) Vedi App. Casale, 15 gennaio 1885, *Cassone* c. *Bianco* (*Giur. Cas.*, 1885, 140); Cass. Napoli, 28 settembre 1870, *Tella* c. *De Francesco* (*Legge*, 1870, 1, 1121).

(2) Cass. Firenze, 15 dicembre 1873, *Zaccagnini* c. *Massabuoni* (*Ann.*, 1873, 1, 67); Cass. Torino, 9 maggio 1877, *Calligaris* c. *Bartone* (*Mon. Trib.*, 1877, 572); App. Catanzaro, 7 giugno 1879, *Ric. di Mendicità* c. *Mantica* (*Foro Calab.*, 1879, 55); Cass. Roma, 20 dicembre 1876, *Gialloreta* c. *Bruni* (*Foro It.*, 1877, 1, 403); Cass. Torino, 13 marzo 1882, *Fantino* c. *Pessino* (*Mon. Trib.*, 1882, 456); App. Casale, 15 gennaio 1885, *Cassone* c. *Bianco* (*Giur. Cas.*, 1885, 140); Trib. Camerino, 15 giugno 1888, *Piselli* c. *Cagnacci* (*Giorn. giur. dell'Italia centrale*, 1888, 172); Cass. Torino, 28 aprile 1893, *Villa* c. *Buccinelli* (*Giur.*, Torino, 1893, 556); 8 novembre 1892, *Talentino* c. *Capita* (*Giur.* Torino, 1892, 753); 11 dicembre 1886, *Bues* c. *Matteodo* (*Foro It.*, 1887, I, 88); Cass. Roma, 13 aprile 1893, *Ceccarelli* c. *Bruni* (*Riv. Univers.*, 1893, 238); Cass. Palermo, 16 marzo 1895, *Chindemi* c. *Grisco* (*Foro Sic.*, 1895, 151); Cass. Torino, 10 novembre 1892, *Com. di Chignolo* c. *Raffoni* (*Giur.*, Torino, 1892, 771).

Vedi anche Cass. Roma, 22 dicembre 1891, *De Michele* c. *De Angeli* (*Giur. It.*, 1892, 1, 1, 90).

(3) Cass. Napoli, 15 dicembre 1885, *Fossa* c. *Battaglia* (*Gazz. Proc.*, XX, 450); Cass. Firenze, 21 novembre 1887, *Dell'Hoste* c. *Alli Maccarani* (*Giur. It.*, 1888, 1, 1, 8); Cass. Roma, 13 aprile 1893, *Ceccarelli* c. *Bonini* (*Riv. Univers.*, 1893, 238); Cass. Palermo, 16 marzo 1895, *Chindemi* c. *Grisco* (*Foro Sic.*, 1895, 151).

La Cass. di Torino, 11 dicembre 1886, *Bues* c. *Matteodo* (*Foro It.*, 1887, I, 88), così ragionava:

« Considerato che l'art. 79 cod. proc. civ. prescrive che, se la controversia cada sopra servitù prediale, il valore della causa si determina da quello del fondo serviente, moltiplicando per cento il tributo diretto verso lo Stato;

« Che, non avendo la legge medesima definito che si abbia ad intendere per fondo, e siccome, giusta la più costante giurisprudenza, la servitù prediale, quando pure colpisca una sola parte del fondo, tutto per altro lo investe, perchè non in quella sola parte lo deprezza e degrada, ma nella sua integrità, così vuolsi ritenere che veramente il legislatore ha avuto in mira codesto deprezzamento, e così la totalità del fondo deprezzato, e non la sola parte del medesimo in cui la servitù si esercita; ma, poichè sarebbe men ragionevole sia il supporre che il legislatore abbia inteso per fondo serviente l'intera possessione spettante al proprietario del fondo medesimo, sia il ritenere abbia egli voluto avere per tale quella sola parte segnata in catasto con un distinto numero; inquantochè non di rado accade come un appezzamento, indicato in mappa con un solo numero, appartenga a diversi proprietari, così egli è più conforme allo spirito del citato art. 79 che per fondo abbiasi ad avere tutto quello appezzamento che lo stesso proprietario ritenga quale un solo fondo di per sè stante, astrazione fatta da quegli altri che insieme col medesimo costituiscano l'intera di lui possessione, quando speciali circostanze non concorressero a dimostrare che soltanto ad opportunità della causa l'abbia egli così qualificato;

« Che l'invocata legge sul catasto avendo uno scopo tutto affatto proprio, che è di accertare non solo la consistenza, ma ancora la natura, il grado di bontà e la rendita all'oggetto di una esatta tassazione delle singole parti di un fondo, non potrebbe servire di norma per la definizione del fondo a cui accenna il precitato art. 79 al fine ivi indicato;

« Che, pertanto, se il tribunale con incensurabile giudizio di apprezzamento desunto dalle risultanze degli atti e dai prodotti documenti affermava che il fondo del Matteodo, sul quale esistono le piante di cui il Bues chiese l'abbattimento perchè non alla legale distanza del proprio fondo, era della superficie indicata nel catasto coi numeri di mappa 60, 76 e 77, formanti un sol tutto, non ha con ciò violato il precitato art. 79 cod. proc. civ., nè l'art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile, come neppure gli art. 3 della legge sul catasto 4 giugno 1895 e 92 del regolamento per la conservazione del medesimo 20 dicembre 1879, invocati nel secondo mezzo.

« Considerato che tanto codesto stabile del Matteodo nei complessivi suddetti tre numeri di mappa, quanto quello del Bues, sono, come in fatto ritenne il tribunale, e come del resto consta dai certificati di catasto da essi rispettivamente prodotti in causa, gravati dal tributo diretto verso lo Stato in somma tale, che, moltiplicata per cento, eccederebbe le lire 1500;

« Che, dopo di avere dichiarato che fondo serviente dovevasi ravvisare quello del Bues, onde dal valore del medesimo, calcolato a norma del precitato art. 79, determinare la competenza della causa, il tribunale soggiunse che, quand'anche si avesse invece a ritenere per fondo serviente quello del Matteodo, pur tuttavia la causa non poteva essere di competenza del pretore, perchè il medesimo fondo, come sovra si disse, era anch'esso di un valore che la eccedeva;

« Che, pertanto, riesce affatto superfluo l'esaminare il primo mezzo, se cioè il tribunale abbia rettamente o meno giudicato coll'avere affermato che il fondo Bues anzichè quello del Matteodo era serviente, imperocchè, comunque fosse, restava pur sempre certo che la causa per ragion di valore non poteva essere di competenza pretoriale; perchè tanto l'uno che l'altro fondo fu dal tribunale ritenuto di un valore che la eccedeva. »

(4) Cass. Torino, 12 giugno 1883, *Serra* c. *Negretti* (*Giur.*, Torino, 1883, 820).

(5) App. Torino, 10 settembre 1878, *Stura* c. *Gaglietto* (*Giur.*, Torino, 1878, 581).

legale dal fondo dell'attore, il valore della causa è il valore del fondo del convenuto (1);

nelle questioni *altius non tollendi* la competenza si misura dal valore della casa o suolo che vuolsi edificare (2);

nelle azioni dirette a far demolire opere costruite dal convenuto in contravvenzione a servitù, il valore della causa è il valore del fondo del convenuto stesso (3);

contrastandosi l'apertura di vedute dirette nel muro proprio prospettante la proprietà altrui, il valore della causa è il valore del fondo sul quale le vedute dirette si vogliono aprire; non già il fondo sul quale le vedute dirette si aprono (4);

nelle controversie relative a fosse fatte nel fondo superiore per l'incanalamento delle acque per comodo e vantaggio dei fondi inferiori, la competenza va determinata a base del valore del fondo superiore (5).

Più fondi appartenenti a proprietari diversi possono essere affetti a servitù a profitto di un solo fondo. In questo caso, in applicazione dei principii generali, se l'azione di servitù viene esercitata contro uno solo dei proprietari dei fondi serventi od anche contro tutti ma in giudizi distinti, la competenza si determina a base del valore di ciascuno dei fondi serventi, ma se l'azione viene esercitata nello stesso giudizio contro tutti, la competenza è determinata a base del valore complessivo dei fondi serventi.

Se coll'azione di servitù viene anche esercitata l'azione per danni anteriori alla domanda, il valore va determinato cumulando il valore del fondo servente col valore dei danni richiesti (6).

Per quanto concerne la prova del valore del fondo servente vanno applicati i principii esposti per la prova del valore nelle controversie di proprietà (7).

Determinato in tal modo il valore, il pretore è competente a giudicare se la causa non è di valore superiore alle lire 1500 (8).

I principii esposti sono applicabili tutte le volte che si faccia una vera e propria controversia di servitù (9); chè se non fosse vera e propria azione di servitù, per l'azione che si esperimenta dovrebbero essere applicati i principii proprii all'azione esperimentata. Ma quando havvi vera controversia di servitù nulla importa che la controversia stessa insorga in seguito alla domanda dell'attore od in seguito alla eccezione del convenuto, aventi i requisiti che devono avere le eccezioni per produrre un cangiamento allo stato degli atti relativamente alla competenza (10); i principii esposti allora sono sempre applicabili.

119. L'azione di regolamento di confini nella sua essenza non altro è che una rivendicazione di quella parte di fondo che in seguito alla confusione dei confini, trovasi incorporata nel fondo vicino (11). Atteso ciò, anche l'azione di regolamento di confini è una azione reale immobiliare, e se è azione reale immobiliare, non può sottrarsi all'applicazione del principio generale, che il suo valore dev'essere determinato col criterio del tributo diretto verso lo Stato (12), del tributo diretto, non già di tutto il fondo i confini del quale si vogliono regolati, ma della zona sulla quale havvi la controversia, perchè non già tutto il fondo, ma solo questa zona è l'oggetto dell'azione (13).

È ciò che dall'art. 79 del codice procedura civile, capov. 3°, è disposto: « se la controversia cade sul regolamento dei confini, il valore si determina da quello della parte di proprietà controversa ». Ma in qual modo si determinerà il tributo della parte di proprietà controversa? (14) Come contraria al sistema del valore legale, deve essere esclusa la soluzione per la quale fosse necessario procedere ad una perizia per determinare il valore della proprietà controversa, sia il valore commerciale della stessa, sia il valore proporzionale che le potesse essere attribuito in ragione di tributo (15). Per le ragioni addotte al n. 115 è da escludersi il sistema della valutazione in ragione della superficie controversa, il

(1) App. Torino, 8 luglio 1881, *Vercellotto* c. *Graziano* (*Giur.*, Torino, 1881, 619); Cass. Torino, 6 marzo 1879, *Gilardi* c. *Gilardi* (*Giur.*, Torino, 1879, 357).

(2) Trib. Catanzaro, 13 aprile 1872, *Vitale* c. *Com. di Cruccoli* (*Giur.*, Torino, 1872, 592).

(3) Cass. Torino, 1 maggio 1885, *Costa* c. *Ducato* (*Giur.*, Torino, 1885, 492).

(4) Cass. Torino, 27 ottobre 1887, *Bellocchio* c. *Cattaneo* (*Mon. Trib.*, 1887, 1017).

(5) Trib. Camerino, 29 aprile 1889, *Marsili* c. *De Ang:lis* (*Giorn giur. dell'Italia centrale*, 1890, 181).

(6) Cass. Torino, 20 ottobre 1874, *Dal Ponte* c. *Mazzolini* (*Ann.*, 1875, 1, 188).

(7) Confr. Cass. Firenze, 9 febbraio 1880, *Ercolani* c. *Abelli* (*Giur. It.*, 1880, 1, 573); Cass. Napoli, 8 giugno 1880, *Finanze* c. *Anelli* (*Foro It.*, 1880, I, 882); Cass. Torino, 12 novembre 1880, *Colmarini* c. *Colmarini* (*Giur.*, Torino, 1881, 201); App. Casale, 10 maggio 1881, *Ospedale di Alessandria* c. *Testa* (*Giur. Cas.*, 1881, 173); App. Torino, 8 luglio 1881, *Vercellotto* c. *Graziano* (*Giur.*, Torino, 1881, 619).

(8) App. Torino, 11 febbraio 1879, *Sacchetto* c. *Massucco* (*Giur.*, Torino, 1879, 412). Confr. Trib. Novara, 28 maggio 1892, *Cattaneo* c. *Cattaneo* (*Giur.*, Torino, 1892, 511). Vedi anche App. Torino, 30 novembre 1888, *Raimondi* c. *Finanze* (*Giur.*, Torino, 1889, 231).

(9) V. App. Torino, 12 febbraio 1869, *Morra* c. *Goria* (*Giur.*, Torino, 1869, 231); Cass. Torino, 6 settembre 1866, *Annunzio* c. *Martino* (*Legge*, 1866, 1, 209); App. Casale, 1° giugno 1882, *Piquet* c. *Confr. SS. Trinità* (*Giur. Cas.*, 1882, 274); Cass. Roma, 23 giugno 1883, *Scaccia* c. *Menghini* (*Temi Rom.*, 1883, 296); Cass. Torino, 1° maggio 1885, *Costa* c. *Ducato* (*Giur.*, Torino, 1885, 492), e 24 settembre 1886, *Com. di Fosdinovo* c. *Landò* (*Giur.*, Torino, 1886, 752); 10 novembre 1892, *Com. di Chignolo* c. *Raffoni* (*Giur.*, Torino, 1892, 771); 6 settembre 1882, *Morosini* c. *Civelli* (*Legge*, 1883, 1, 199).

(10) Vedi Cass. Torino, 24 settembre 1886, *Com. di Fosdinovo* c. *Landò* (*Giur.*, Torino, 1886, 752); 13 luglio 1882, *Fantaguti* c. *Sammarzano* (*Cass.*, Torino, 1882, 201).

(11) Cass. Roma, 21 febbraio 1891, *Brusoni* c. *Gianni* (*Corte Suprema*, 1891, 82). — Confr. App. Casale, 19 maggio 1891, *De Benedetti* c. *Verri* (*Giur. Cas.*, 1891, 225).

(12) Vedi Cass. Torino, 6 maggio 1884, *Com. di Ronco* c. *Ferraris* (*Giur.*, Torino, 1884, 489); 5 febbraio 1886, *Canova* c. *Lorenzetti* (*Giur.*, Torino, 1886, 260).

Cont. Pret. Murazzano, 2 ott. 1868, *Bruno* c. *Bruno* (*Giur.*, Torino, 1869, 63).

(13) App. Casale, 1° dicembre 1888, *Casellini* c. *Ferrari* (*Temi Cas.*, 1869, 51); 19 maggio 1891, *De Benedetti* c. *Verri* (*Giur. Cas.*, 1891, 225); Cass. Roma, 21 febbraio 1891, *Brusoni* c. *Gianni* (*Corte Suprema*, 1891, 82).

(14) Vedi App. Casale, 1° dicembre 1888, *Casellini* c. *Ferrari* (*Temi Cas.*, 1889, 51); Cass. Napoli, 30 maggio 1883, *Nacci* c. *Grassi* (*Gazz. Proc.*, XVIII, 474); Cass. Torino, 21 maggio 1885, *Volpini* c. *Cacciabue* (*Giur.*, Torino, 1885, 530).

(15) Sul proposito la Cass. di Napoli, 31 gennaio 1889, *Galluccio* c. *De Fulco* (*Foro It.*, 1889, I, 518), così considerava:

« Attesochè la domanda di regolamento di confini ha sollevato sino da principio la questione di competenza per valore indeterminato; e nel merito, se la confinazione, dove manca fra i due fondi, debba seguire la linea del muro già in parte esistente, come so-

tributo non è imposto in ragione di superficie, ma in ragione del complesso delle condizioni delle unità catastali. Anche in questa materia dunque è d'uopo rapportarsi alle unità catastali. Se la porzione in controversia forma da per sè una unità catastale è dal tributo sulla stessa imposto che deve essere determinata la competenza. Se è incontroverso che detta porzione forma parte di una unità catastale è dal tributo imposto sulla unità catastale della quale fa parte che deve essere determinato il valore della causa. Se infine è controverso se la porzione faccia parte di una o di altra unità catastale, il valore della causa è determinato dal tributo imposto su quella fra le varie unità catastali che paga tributo maggiore. Se, determinato in tal modo il valore, lo stesso risulta infra le lire 1500 la competenza a giudicare è del pretore, altrimenti è del tribunale (1).

Ed'uopo non confondere le controversie per regolamento di confini colle controversie per apposizione di termini; l'azione per far stabilire i termini è una azione personale che dalle norme relative alla competenza per le azioni personali è retta (2). Le due azioni possono però essere unitamente proposte, ed in tal caso sorge dubbio se, per la determinazione della competenza, i valori dei capi di domanda devono essere cumulati, o se devono in quella vece essere distintamente considerati. Senonchè, considerando che il titolo delle azioni di regolamento di confini è l'avvenuta usurpazione in seguito alla inclusione del fondo del convenuto in parte del fondo dell'attore, nel mentre il titolo nell'azione di apposizione di termini è l'obbligazione legale di cui all'art. 441 cod. civ., ogni dubbio vien tolto; si tratta di capi di domanda fondati su titoli distinti, e però i valori non devono essere cumulati.

§ 6. — *Controversie di stato, di tutela, di diritti onorifici ed altre di valore indeterminabile.*

120. Controversie di valore assolutamente indeterminabile. — **121.** Controversie di valore relativamente indeterminabile. — **122.** Esempi di controversie di valore relativamente indeterminabile. Controversie sulla qualità ereditaria. Non è di valore indeterminabile la controversia relativa alla decadenza dal beneficio dell'inventario. Controversie relative a cose il cui importare deve essere liquidato nel giudizio. Controversie relative a società. Altre controversie.

120. In tanto si può determinare il valore di una controversia in quanto sia possibile ragguagliare ad una somma in danaro l'oggetto della controversia stessa. Vi sono alcune controversie per le quali questo ragguaglio non è possibile, ed in allora, nel sistema della distribuzione della giurisdizione fra Autorità giudiziarie di grado differente, due sistemi possono essere adottati ai riguardi della competenza a giudicare delle cause stesse. Può essere stabilita una competenza speciale per materia, attribuendo esclusivamente la cognizione di quelle controversie ad una Autorità giudiziaria, può dichiararsi dalla legge per presunzione *juris et de jure* che

stiene l'attore, ovvero la linea della siepe, come afferma il convenuto. Sicchè la parte in controversia risulterebbe raffigurata dalla zona che intercede tra le due linee che si tirassero secondo il muro o secondo la siepe, seguendo l'una o l'altra opinione.

« Attesochè la sentenza impugnata, rigettando l'appello del convenuto, non ha fatto che confermare il dispositivo di prima istanza, il quale riserva di provvedere sulla competenza in base degli elementi catastali che ordinava all'attore di esibire. Se non che, risultando da entrambe dette sentenze che a determinare il valore della causa intenderebbesi dividere il tributo del fondo intero in proporzione della zona controversa, che non ha numero distinto in catasto; gli è questo l'argomento precipuo del ricorso, col quale si sostiene essere ciò contrario al sistema della legge, scolpito nell'art. 79 cod. proc. civ.

« Attesochè senza dubbio nella controversia relativa ad immobile il solo catasto dee fornire il criterio legale per determinare il valore della causa. Ma è vero altresì che, in fatto di regolamento di confini, la legge guarda al valore della parte controversa anzichè dell'intero, giusta il citato articolo; dappoichè l'interesse concreto dell'azione *finium regundorum* è di ripigliare quella parte del proprio fondo che si dice esserne stata disvelta per l'alterazione dei confini. Ora, poichè la legge indica in tale maniera di azione la parte invece dell'intero, bisogna inferirne che la divisione del tributo proporzionalmente alla parte che si vuol rivendicare non sia tal concetto illegale da far cassare la sentenza che l'abbia vagheggiato. Imperocchè egli è ovvio che la parte minima di un fondo, quale può rientrare nella rettificazione dei confini, manchi di numero distinto di catasto per essere compresa nel loro intero. E quando la legge ha indicato in generale la parte di proprietà controversa invece della sola parte, la quale, contro il solito, fosse distintamente allibrata, vuol dire che ha ammesso la divisione proporzionale come necessaria conseguenza del principio stabilito. Nè si obbietti che la parte non distintamente allibrata sia in altri termini esclusa dalla legge per l'ultimo capoverso del citato articolo, che dichiara la causa di valore eccedente lire 1500, semprechè il valore non si possa determinare dal tributo. L'argomento può essere di leggieri appuntato di petizione di principio, quando si ponga mente che l'indeterminato per legge sia ben diverso da ciò che è determinabile prontamente per un semplice sillogismo; e che la legge, facendo la ipotesi di ciò che non possa essere determinato dal tributo, non abbia certo inteso comprendervi anche quello che possa essere determinato dal semplice raffronto quantitativo, per cui si dilunghi tanto la parte minima controversa dalla intera estensione nel calcolo del tributo, da non eccedere unquemai le lire millecinquecento.

« Attesochè segue dagli esposti principii che, pur dicendosi determinabile il valore della parte secondo il tributo dell'intero, non si debba mai smarrire l'unico criterio che la legge ripone nel catasto, come la sola fonte per attingervi la decisione della competenza. Onde non è chi non vegga il vizio di ragionamento della sentenza impugnata, la quale suppone possibile anche una perizia per determinare il valore; quasichè si potesse in tema di competenza trascorrere ad istruzioni ed indagini estrinseche in sostituzione di quella sola che compete di arguire direttamente dal catasto. Ma cotesto vizio di ragionamento, a cui basta contrapporre la giusta emenda, non reca verun pregiudizio al dispositivo della sentenza confermata in appello, che è formolata negli stretti limiti del catasto; nè vi è ragione di anticipare per via di ricorso la statuizione sulla competenza che potrà emergere secondo legge sino dalla sentenza di prima istanza.

« Attesochè dall'essere stata imposta all'attore la esibizione degli estratti catastali, manca nel convenuto l'interesse di dolersene, per provocare l'annullamento di una preparatoria destinata a cedere il posto alla sentenza definitiva, la quale potrà essere più opportunamente impugnata nei modi di legge, ove si dilunghi dai buoni principii. Nè maggiore importanza può avere la querela contro la formola adoperata al riguardo dell'appello incidente, quando dalla sentenza impugnata risulta che la pronunzia sulle spese, a cui si limita in questa parte l'interesse del ricorrente, sia stata motivata, come di ragione, dalla soccombenza emersa per apprezzamento di fatto dal raffronto dello appello principale con l'incidente ».

(1) App. Roma, 19 luglio 1887, *Ciuffa* c. *Ciuffa* (*Temi Rom.*, 1887, 268); Cass. Roma, 13 marzo 1893, *Sechi di Colombano* c. *Lissia* (*Corte Suprema*, 1893, 144).

(2) Cass. Roma, 21 gennaio 1880, *Manni* c. *Basili* (*Foro It.*, 1880, I, 203).

quelle controversie hanno un valore determinato. Il primo sistema è il più razionale, il secondo è più pratico, perchè permette di porre assieme tutte le controversie di valore indeterminabile, tanto quelle che non possono essere ragguagliate ad una somma di danaro, quanto quelle che si presterebbero ad un tale ragguaglio, ma che per circostanze speciali non si prestano nel caso pratico che si presenta all'esame del magistrato, e così costruire una teorica del valore indeterminabile agli effetti della competenza. E a questo secondo sistema che si è appigliato il legislatore italiano: all'articolo 81 del codice di procedura civile stabilisce che si considerino di valore eccedente le lire 1500 le controversie di stato, di tutela, di diritti onorifici ed altre di valore indeterminabile (1), alle quali è d'uopo aggiungere quelle di curatela, quelle relative ad uffici pubblici anche compensati con stipendii od indennità, ed in via generale ai diritti che non possono essere rappresentati da una somma di danaro, come, per esempio, la qualità di esecutore testamentario.

Non bisogna confondere tali controversie colle controversie su ciò che spetta in seguito alla esistenza del diritto di valore assolutamente indeterminabile. Sarà una controversia di stato, per esempio, quella che verte sul punto se una persona sia figlia di un'altra, ma non è controversia di stato quella che verte sul punto se a quella che si afferma figlia competa o no il diritto agli alimenti, e però se per la prima la competenza va regolata ai termini dell'articolo 81, per la seconda la competenza va regolata ai termini dell'articolo 71, capov. 1°, codice procedura civile (2). La controversia però su ciò che spetta in seguito all'esistenza di un diritto di valore assolutamente o relativamente indeterminabile, è controversia di valore indeterminabile tutte le volte che la sentenza che venisse pronunziata sulla domanda non esaurisca nella sua totalità il rapporto giuridico esistente fra le parti e dal quale la domanda dipende, e la controversia verta sul rapporto giuridico stesso. Così nell'esempio dato che da colui che si pretende figlio venissero chiesti gli alimenti, il rapporto giuridico di filiazione non rimane esaurito colla sentenza che pronuncia sugli alimenti, perchè altri diritti morali e pecuniarii, oltre quelli relativi agli alimenti, esistono fra padre e figlio. Se adunque in questo caso la controversia verte sul punto se fra attore e convenuto passano i rapporti da figlio a padre, la controversia diviene di valore indeterminabile, e la competenza deve essere determinata a base dell'art. 81 del codice di procedura civile (3). La ragione di ciò la si trova nell'articolo 72, capoverso 2°, del codice di procedura. Quando colla decisione sulla domanda il rapporto giuridico fra le parti in causa non resta esaurito, ed il rapporto giuridico è controverso, si chiede cosa che è parte di un rapporto giuridico, e però la competenza non va determinata dal valore della parte, ma dal valore dell'intero rapporto; se un tale rapporto è di valore indeterminabile, indeterminabile è il valore della controversia. Diversamente si dovrebbe affermare quando fra le parti colla decisione della domanda il rapporto giuridico resta esaurito. In questo caso potrà essere in contesa l'intero rapporto, ma, siccome una volta decisa la questione, altri effetti giuridici, oltre quelli dei quali fu chiesta l'affermazione, non possono prodursi, così la competenza per valore dagli effetti giuridici l'affermazione dei quali fu richiesta deve essere determinata. Ciò dà il mezzo per stabilire quando la questione di valore indeterminabile deve considerarsi come un incidente della causa principale che non varia lo stato degli atti relativamente alla competenza, e quando la controversia stessa è di per sè una controversia principale, quantunque sorga con una forma incidentale; è incidente tutte le volte che la domanda principale esaurisce fra le parti il rapporto giuridico la decisione del quale dipende dalla decisione della controversia di valore indeterminabile; è questione principale negli altri casi.

121. Vi sono altre controversie, il cui oggetto potrebbe in via assoluta essere ragguagliato ad una somma di danaro, ma nelle quali per uno o per altro motivo tale ragguaglio non può essere fatto al momento in cui la lite viene incoata, al momento in cui cioè si tratta di sapere quale è il giudice competente. Non può ammettersi che per tali controversie si possa adire il giudice inferiore, ammenochè, fosse pure indeterminabile il valore al momento in cui la lite viene incoata, fosse però certo che il valore stesso non è superiore alla competenza del giudice inferiore (4): lo svolgimento degli atti potrebbe dimostrare che il giudice inferiore è incompetente, ed intanto il magistrato prenderebbe una ingerenza nella lite senza poter eseguire quella indagine, che, come a suo tempo si vedrà, è pregiudiziale a qualunque altra, l'indagine se è o no competente a prendere l'ingerenza stessa. Per tali controversie è d'uopo che la legge stessa stabilisca essere le stesse di un valore tale da entrare nella competenza di quel magistrato alla cui pronuncia non è stabilito limite massimo di somma. È ciò che ha fatto la legge all'art. 82 disponendo che le cause di valore indeterminabile si considerino di un valore eccedente le lire 1500 (5). Per queste controversie dunque la valutazione di cui all'art. 80 che avviene per dichiarazione dell'attore o per presunzione di legge (6); anzi se nella stessa controversia contemplata dall'art. 80 della procedura una valutazione viene fatta dall'attore, o nessuna valutazione viene fatta, ed il convenuto impugna il valore dichiarato o presunto, se non vi sono negli atti elementi per stabilire il valore della causa è l'articolo 81 che riceve applicazione.

Non bisogna confondere la controversia di valore indeterminabile con quella di un valore indeterminato ma che può determinarsi a base delle norme generali e speciali relative alla determinazione del valore di ogni singola controversia (7); non perchè l'attore non determina il valore

(1) V. Trib. Bergamo, 17 sett. 1885, *De Cristoforis* c. *Belcredi* (*Foro It.*, 1885, I, 1248); App. Genova, 30 marzo 1883, *Berninzoni* c. *Arzeno* (*Giur. It.*, 1883, 2, 401); Trib. Bologna, 22 giugno 1885, *Pasquali* c. *Melani* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1885, 202).

(2) Vedi Cass. Torino, 16 maggio 1874, *Olivero* c. *Goitre* (*Giur.*, Torino, 1874, 597).

(3) Vedi Cass. Firenze, 19 febbraio 1883, *Vitarelli* c. *Maderno* (*Foro Ital.*, 1883, 1, 611); Trib. Taranto, 26 aprile 1882, *Longo* c. *Pisani* (*Riv. di giur.*, Trani, 1883, 164).

(4) Vedi App. Torino, 17 dicembre 1883, *Ferrari* c. *Forcherio* (*Giur.*, Torino, 1884, 78).

(5) Vedi App. Casale, 5 giugno 1882, *Piquet* c. *Confr. SS. Trinità* (*Giur. Cas.*, 1882, 274); Cass. Torino, 20 gennaio 1874, *Raverta* c. *Zerbi* (*Giorn. dei trib.*, Milano, 1874, 182); 19 novembre 1878, *N. N.* (*Giorn. leg.*, 1879, 34); Cass. Roma, 20 dicembre 1890, *Capitolo di Magliano Sabina* c. *Antonelli* (*Riv. dir. eccles.*, I, 620).

(6) Vedi Cass. Roma, 9 gennaio 1886, *Fantini* c. *Canettoli* (*Foro Ital.*, 1886, I, 196).

(7) Questa confusione è fatta da qualche decisione. La Cassazione di Torino, 31 luglio 1868, *Lattanzi* c. *Moy* (*Gazz. dei Trib.*, Genova, 1868, 459) decise che la domanda tendente a far sospendere i lavori intrapresi dal vicino, finchè non sia deciso se abbia o

della controversia il valore della stessa è indeterminabile (1).

122. La giurisprudenza ha avuto più volte l'occasione di pronunciarsi sul punto se una determinata controversia sia o no di valore indeterminabile, in modo da essere regolata, per cio che concerne la competenza, dal disposto dell'art. 81 cod. proc. civ.

In questa materia la questione della quale più spesso ha dovuto occuparsi la giurisprudenza è quella del valore delle controversie relative alla qualità ereditaria, se cioè il valore di queste controversie sia quello delle cose facienti parte della eredità, o se in quella vece le controversie stesse sieno regolate dall'art. 81 cod. proc. civ. (2). Il valore dell'eredità è il valore della personalità giuridico-patrimoniale del defunto: al momento in cui la lite viene incoata si potrà determinare il valore delle cose che si conosce avere appartenuto attivamente o passivamente al patrimonio del defunto, ma non si può determinare il valore degli oggetti che ancora non si sa avere appartenuto a tale patrimonio, nel tempo stesso che non si può escludere l'esistenza di tali oggetti. Dal momento che la personalità giuridico-patrimoniale del defunto comprende tanto le une quanto gli altri, è evidente che il valore di tale personalità non può essere determinato. Ma, se la controversia sulla qualità ereditaria non sorga fra più persone che si pretendano eredi, ma fra una persona che si pretende erede ed un interessato nella eredità che non abbia qualità ereditaria, allora la controversia sulla qualità ereditaria è un semplice incidente nella controversia che si agita per un interesse relativo al patrimonio del defunto, e però la causa non sarà di valore indeterminabile se determinabile è il valore dell'interesse che colla azione proposta si vuole soddisfatto. Questi principî sono applicabili tanto quando la qualità ereditaria viene dedotta in giudizio a domanda dell'attore, quanto quando viene dedotta in giudizio in seguito alle eccezioni del convenuto (3). Dalle contestaztoni sulla qualità ereditaria è d'uopo tener distinte le contestazioni relative al conseguimento della quota ereditaria, le contestazioni cioè nelle quali non viene in controversia la qualità di erede, ma solo ciò che in qualità di erede spetta: queste sono questioni assolutamente distinte dalla prima, che, per quanto concerne il valore, vanno regolate colle norme relative all'indole dell'azione che viene esperita (4).

Fu giudicato che, deducendosi dinanzi al pretore in via di

---

no diritto di fabbricare attaccandosi alla contigua proprietà, ha il carattere di denuncia di nuova opera; ma quando invece per al sollevata questione deesi determinare se competa o no il diritto di inalzare un fabbricato qualunque sul proprio terreno, se competa o no il diritto di appoggiare il muro della nuova costruzione a quello del vicino, se questo sia o no comune, la questione presenta allora un valore indeterminabile. Ciò non è punto esatto: il valore nella specie decisa era soltanto indeterminato, ma era determinabile colle norme relative alla determinazione di valore delle controversie di servitù e di comproprietà.

(1) Cass. Napoli, 12 maggio 1874, *Cartaneis* c. *Cartaneis* (*Giur. It.*, 1874, 1, 610); Cass. Torino, 11 febbraio 1874, *Antona* c. *Orlandini* (*Legge*, 1874, 1, 729).

(2) Vedi Cass. Torino, 14 marzo 1872, *Silva* c. *Zanetti* (*Ann.*, 1872, 1, 181); Cassazione Palermo, 8 febbraio 1879, *Reclusorio di S. Agata* c. *Villabianca* (*Circ. Giur.*, 1879, 172); Cass. Napoli, 5 luglio 1882, *Gaetano* c. *Tombinelli* (*Gazz. Proc.*, XVIII, 198); App. Casale, 3 aprile 1869, *Vitale* c. *Bagliano* (*Giur.*, Torino, 1869. 419); App. Venezia, 15 aprile 1884, *Del Nono* c. *Moro* (*Temi Ven.*, 1884, 305); 2 marzo 1893, *Carguel* c. *Paoletti* (*Temi Ven.*, 1894, 55).

(3) L'App. di Macerata, 26 giugno 1884, *Sabbieti* c. *Ricci* (*Foro It.*, 1885, 1, 488), così considerava:

« Atteso, in diritto, che per principio fondamentale scritto (articolo 72 del cod. civ.), la competenza *ratione materiae aut valoris* deesi desumere dalla domanda dell'attore, e non altrimenti dalla eccezione del convenuto, come quella che unica provoca la giurisdizione del magistrato e che lo investe della cognizione di una data controversia.

« Attesochè, constando in fatto che il credito Mori contro il Sabbieti, canonizzato dalla sentenza del pretore di Camerino 25 febbraio 1873, e pel quale il cessionario Ricci facea precetto di pagamento a Francesco Sabbieti, fratello del defunto debitore ceduto Rintingemo, non eccedeva le lire 140, torna ovvio e indiscutibile che la opposizione, la quale elevasi contro quello dal precettato Francesco Sabbieti, non potesse superare pel valore la competenza del giudice singolare, tanto valendo evidentemente la opposizione al precetto di pagamento, quanto la somma che il debitore avrebbe dovuto pagare. Il perchè l'indagine unica che debba farsi nel caso si è quella di sapere se la eccezione accampata dall'opponente, o, a dir meglio, se la ragione, il motivo della opposizione, consistente nella negazione di Francesco Sabbieti d'essere stato erede del fratello, eccezione questa di valore indeterminato, e indeterminabile, possa alterare la competenza fissata già dall'elevata opposizione a precetto di pagamento di una somma non eccedente le lire 140. Ora crede la Corte che codesta indagine sia, quanto breve, altrettanto facile, e ritiene senza esitanza per virtù del principio fondamentale superiormente ricordato, che il valore della causa, e quindi la competenza, si desume dalla dimanda dell'attore: perchè, pure affermando l'opponente Sabbieti, quale cagione della sua opposizione, la mancanza in lui della qualità di erede del germano Rintingemo, non era questa la questione, la quale proponeva a risolvere al giudice adito, sibbene quella del pagamento, perchè, così essendo, il giudice, senza nulla statuire in via principale intorno alla negata qualità ereditaria, esamina, conosce incidentalmente la qualità impugnata allo effetto esclusivo di ammettere o respingere la opposizione a precetto di pagamento di una somma non eccedente la competenza mandamentale. Codesti principii, professati costantemente dalla dottrina e dalla giurisprudenza, tornano raffermati dallo esame che si faccia della legge rituale per gli Stati Sardi del 1854, della successiva del 1859, e della attualmente vigente, nonchè dei codici di commercio, l'abolito, cioè, e l'attuale in vigore. Dalle disposizioni registrate in codeste fonti si rileva come il giudice dell'azione principale può benissimo prendere cognizione d'una controversia pregiudiziale incidente, che per sè stessa eccederebbe la sua competenza ordinaria. E di vero, se il codice di procedura civile sardo del 1854 prescriveva espressamente che venendo contrastata la qualità di erede, non riconosciuta altrimenti, la causa dovesse rimettersi al tribunale provinciale per la decisione dell'incidente, salvo a provvedere sulla domanda principale dopo questo giudizio (art. 71 del detto codice), una prescrizione, nè identica, nè somiglievole, era ripetuta nel codice di procedura civile del 1859, e nell'attuale in vigore che gli fu sostituito, è legittima, è irrecusabile la conseguenza che il legislatore, indettando le nuove leggi di rito, ha voluto abrogare nelle materie civili la disposizione del ricordato art. 71 della precedente, ha voluto competente anche per la questione pregiudiziale incidente il giudice adito per la questione principale. Dicevasi nella materia civile per questo che nelle commerciali abbia manifestamente espresso una intenzione contraria nell'articolo 723, n. 8, del codice di commercio del 1865 ultimamente abolito, e nell'articolo 869, n. 8, del nuovo, fermando evidentemente con codesta eccezione la regola in contrario, che trattandosi, cioè, di casi di giurisdizione ordinaria, non si può, non si deve scindere la questione incidente dalla principale, tuttochè quella ecceda di per sè stessa la competenza del giudice adito di questa.

(4) Vedi Cass. Palermo, 30 giugno 1880, *Tasca* c. *Giardini* (*Circ. Giur.*, 1881, 5).

eccezione all'opposizione a precetto la decadenza dell'opponente dalla qualità di erede beneficiato, cessa la competenza del pretore a giudicare sulla opposizione medesima trattandosi di questione di valore indeterminato (1). Ma tale decisione è inspirata a un non esatto criterio sull'indole dell'azione tendente a far dichiarare l'erede decaduto dal benefizio dell'inventario. Questa azione non è una azione universale tendente a far dichiarare la decadenza in relazione a tutta l'eredità, è una azione particolare appartenente a ciascun creditore dell'eredità, a ciascun legatario ed a ciascun creditore dell'erede nei limiti del suo interesse: nella eredità beneficiata ciascun creditore della eredità, ciascun legatario e ciascun creditore dell'erede, non agisce nell'interesse di tutti gli interessati, ma solo nell'interesse proprio. Di qui ne deriva che il valore dell'azione colla quale si tende a far dichiarare la decadenza dell'erede dal beneficio dell'inventario è coestensiva al valore del diritto che spetta a colui che la fa valere. E, se ciò è vero, tale azione non è più di valore indeterminabile, il suo valore è determinato da quello del credito o del legato in relazione al quale la decadenza viene richiesta.

Controversia di valore indeterminabile è anche quella relativa a cosa il cui importo non può che essere liquidato in giudizio, ammenochè l'attore, o con dichiarazione espressa, o per presunzione di legge, non abbia limitato la sua domanda ad un valore che sta nei limiti della competenza del giudice inferiore adito. Infatti, non potendosi stabilire al momento in cui la lite viene incoata quale sarà l'importo che verrà liquidato, non si può stabilire *a priori*, come è necessario in materia di competenza, e giudicare se il valore della causa stia o no nei limiti della competenza del magistrato adito, ed una volta che ciò non può essere stabilito, l'indeterminabilità del valore è evidente.

Di sua natura indeterminabile è il valore di una società. Infatti, essendo di essenza della società lo scopo del guadagno (2), che il guadagno stia o no nei limiti di una determinata somma è una mera possibilità, o se si vuole anche probabilità, giammai un fatto certo qualunque sia il valore della cosa che i soci pongono in comunione; eventi fortunati possono far sì che il guadagno sia molto superiore alle previsioni, ma eventi sfortunati possono produrre effetto contrario. Ed una volta che indeterminabile è il valore del guadagno, indeterminabile è il valore della società. Ciò però vale fino a che esiste la società, ed il rapporto giuridico viene dedotto in giudizio nel suo complesso. Ma quando la società è cessata allora lo stato di fatto è fermato, ciò che per effetto della società è stato conseguito è certo, di conseguenza è a base del valore di un tale *certo* che deve essere determinata la competenza. Anche quando durante la vita della società viene dedotto in giudizio non già il rapporto giuridico nel suo complesso, ma un rapporto giuridico secondario dal primo dipendente, il valore della causa dovrà essere determinato dal valore di un tale rapporto giuridico secondario (3).

Si deve considerare di valore indeterminabile anche la controversia nella quale viene cosa che avrebbe un valore legale, ma viene pel suo valore reale, quando dagli atti tale suo valore reale non risulta: in questo caso per fissare il valore della causa non vi è che l'alternativa o di disporre una istruttoria per la constatazione del valore, od ammettere che il valore sia indeterminabile: il disporre una istruttoria non è possibile nel sistema italiano, è d'uopo dunque ammettere che il valore sia indeterminabile.

Fu ritenuto che sono di valore indeterminabile:

l'azione tendente ad ottenere la restituzione di un foglio di carta bollata da lire 1.20 firmato in bianco (4);

---

(1) Cass. Roma, 14 luglio 1890, *Palmiggiani* c. *Crescenzi* (*Legge*, 1890, 2, 39).

(2) Confr. art. 1697 cod. civ.

(3) Vedi Cass. Firenze, 18 gennaio 1883, *Binelli* c. *Binelli* (*Temi Ven.*, 1883, 215); App. Genova, 1° ottobre 1887, *Aste* c. *Viale* (*Eco gen.*, 1887, 327); Cass. Roma, 8 aprile 1885, *Anconitani* c. *Blasetti* (*Ann.*, 1885, 1, 407).

(4) Trib. Bologna, 15 giugno 1885, *Fantini* c. *Canettoli* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1885, 200), confermata dalla Cass. di Roma 9 gennaio 1886 (*Foro It.*, 1886, I, 196), che così considerava:

« Con citazione dell'11 luglio 1884 avanti il pretore d'Imola, il dottor Felice Fantini, esponendo che nell'aprile del 1881 aveva consegnato a Giovanna Ricciardelli un foglio in bianco di carta bollata da L. 1.20 firmato in calce « Felice Fantini faccio sicurtà solidale »; che la Ricciardelli depositava codesto foglio nelle mani di Arcangelo Canettoli, onde, nella sua qualità di agente della contessa Neri-Della Volpe, vi stendesse sopra scrittura d'affitto tra la detta contessa e la Ricciardelli; che, quantunque tale scrittura non venisse mai redatta dal Canettoli, pure il Canettoli non restituì mai quel foglio, affermando di averlo smarrito; chiese contro di lui la prefissione di un termine a restituirlo, ovvero a rilasciargli una dichiarazione per garentirlo da qualunque danno potesse derivare dallo smarrimento del foglio.

« Essendosi a tale domanda opposto il Canettoli, ebbe luogo un esame testimoniale e l'offerta fatta dal medesimo di rimborsare al Fantini il valore del foglio; offerta che fu rifiutata. Da ultimo, opponendosi dal Canettoli la incompetenza del pretore per valore, fu tale eccezione accolta dal pretore, e poscia dal tribunale di Bologna, colla sentenza ora denunciata in cassazione.

« Attesochè la questione consiste nel sapere se sia applicabile al caso l'art. 80 della proc. civile, pel quale, nelle cause relative a beni mobili, si presume che il valore sia di competenza dell'Autorità giudiziaria adita, quando il convenuto non lo abbia impugnato nella sua prima risposta, o non piuttosto l'articolo 81, che considera sempre di valore eccedente le lire 1500 le cause in cui il valore sia indeterminabile.

« Attesochè la domanda del Fantini era in sostanza a questo diretta, che, non restituendosi dal Canettoli il foglio con la sua firma di sicurtà solidale, per essere andato smarrito, fosse il medesimo dichiarato responsabile di qualunque conseguenza dannosa fosse per derivare da tale smarrimento. Quali fossero le conseguenze possibili cui si alludeva dall'attore, è agevole intenderlo. Si prevedeva il caso che il foglio in bianco, da lui firmato come sicurtà solidale, cadesse in mano di alcuno che, riempiendolo a proprio arbitrio, potesse convertirlo in un titolo portante obbligazione, e quindi voleva essere garantito da siffatto pericolo, mediante una dichiarazione del Canettoli, che assumesse a sè la responsabilità dello smarrimento.

« Niun dubbio pertanto che l'oggetto della domanda era la garanzia da assumersi dal Canettoli, e che l'entità di tale garanzia doveva misurarsi dalla importanza del fatto dannoso da cui si voleva essere garantiti. Ma, poichè l'entità della obbligazione a cui poteva eventualmente andare esposto l'attore per lo smarrimento del foglio, non solo era indeterminata, ma era impossibile a determinarsi, perchè dipendeva da volontà estranea, quindi inevitabilmente doveva applicarsi al caso l'articolo 81.

« Il suddetto articolo indica, è vero, le controversie di stato, di tutela e dei diritti onorifici, che hanno un carattere tutto speciale e distinto da quello di cui trattasi nel presente giudizio, in quanto che sono per loro natura inapprezzabili; ma coll'aggiungerne altre di valore indeterminabile, dimostra voler comprendere tutte quelle altre controversie, le quali, sebbene possono in genere avere un valore e si traducono in denaro, tuttavia sia impossibile attualmente valutarle.

l'azione tendente ad ottenere la propria riammissione ad una confraternita dalla quale si è stato escluso (1);

l'esercizio del diritto di riscatto nella vendita (2).

§ 7. — *Altre controversie.*

123. Oggetto del presente paragrafo — 124. Difficoltà che presenta per la determinazione del valore della causa la materia dell'enfiteusi; necessità di un esame dettagliato per ogni singolo diritto dall'enfiteusi proveniente. — 125. Controversie relative al canone ed alle affrancazioni. — 126. Controversie relative al dominio diretto ed al dominio utile; locazione perpetua; colonia inamovibile. — 127. Controversie relative a divisioni. — 128. Controversie relative al pegno ed alla ipoteca. — 129. Azione paulliana ed azione di simulazione. — 130. Azione di annullamento di rinuncia ad eredità.

123. Alcune azioni che non sono in modo espresso contemplate dalla legge presentano tali caratteri, che può nascere dubbio quali dei principî esposti nei paragrafi precedenti debbano ricevere applicazione onde determinare, agli effetti della competenza, il valore delle azioni stesse. Di queste azioni non era possibile occuparsi nei singoli paragrafi, perchè solo dopo una esposizione completa dei principî in base ai quali si deve procedere alla determinazione del valore, vi era la possibilità di determinare quali dei principî stessi dovevano ricevere applicazione. Ond'è che di tali azioni si doveva fare, come si fa, tema di quel paragrafo che chiude la trattazione della materia relativa alla determinazione del valore della causa agli effetti della competenza.

124. La materia, che presenta gravi difficoltà relativamente alla scelta dei principî relativi alla determinazione del valore per gli effetti della competenza, è l'enfiteusi. La ragione di questa difficoltà è riposta nel fatto, che tanto il dominio diretto quanto il dominio utile sono diritti reali su cosa immobile, ognuno dei quali economicamente non è che una parte del valore effettivo dell'immobile stesso; che il direttario ha diritto al canone il quale si presenta simile ad una rendita e che sebbene dipendente da un diritto reale si esercita con azione personale; che l'enfiteusi dà diritto al direttario di esercitare l'azione di devoluzione che non ha spiccati caratteri per determinare se la stessa sia azione reale o personale. È troppo varia l'indole dei singoli diritti che sorgono dal rapporto di enfiteusi perchè si possa dettare unico principio, onde determinare agli effetti della competenza il valore dei singoli diritti stessi; in questa materia è d'uopo dettar norme speciali per ogni singolo diritto.

125. Le controversie relative al canone ed alla affrancazione possono essere di due specie. Il titolo in forza del quale si vuole percepire il canone o si vuole affrancare può essere posto fuori di questione, essere incontroverso, e la controversia esistere soltanto relativamente alla somma che è stata richiesta come canone o che si vuole pagare come prezzo della affrancazione. Può in quella vece essere controverso il titolo (3).

Nel primo caso, siccome l'azione per ottenere il pagamento del canone e l'azione per affrancare sono azioni personali, così dalle norme proprie alle azioni personali devono essere rette (4). E siccome il canone è parte di ciò che in forza del rapporto giuridico è dovuto, nel mentre coll'affrancazione cessando il rapporto giuridico l'affrancazione si presenta come residuo, così al canone vanno applicati i principî relativi alla parte di un rapporto giuridico non controverso, ed alla affrancazione i principî relativi al residuo. Va da sè che, quando si contende se come prezzo di affrancazione deve esser pagata una somma maggiore o una somma minore, la competenza va determinata dall'importare della somma maggiore. Se devono essere pagate derrate, sono i principî relativi alla valutazione delle derrate che ricevono applicazione.

Ma quando viene in controversia il titolo, allora viene in controversia non già il canone od il prezzo di affrancazione, ma il dominio diretto od il dominio utile; ond'è che dalle norme relative alla valutazione di quei dominii deve essere determinato il valore della causa (5).

Il canone può servire al proprietario per assegnare una quota annua dello stesso ad altri: questa assegnazione allora nei rapporti fra il proprietario del canone e colui a cui favore avviene l'assegnazione non è più canone ma rendita, e però le contestazioni relative dalle norme proprie alle rendite devono essere regolate. Ma nei rapporti fra assegnatario e debitore del canone, il canone stesso mantiene i suoi caratteri, non potendo la cessione mutare l'indole giuridica di ciò che dal cedente era dovuto; ond'è che fra assegnatario e debitore del canone la competenza continua ad essere regolata dalle norme proprie ai canoni (6).

Dalle controversie relative ai canoni è d'uopo tenere distinte le controversie relative ad atti, oggetto dei quali sieno canoni: tali controversie vanno rette dalle norme proprie alla azione che viene esperita (7).

126. Il direttario non ha diritto a tutto ciò che è compreso nelle nozioni di proprietà del fondo enfiteutico, i suoi

« D'altronde, pretendere d'applicare l'articolo 80, come chiede il ricorso, ha dell'assurdo. Se il Fantini, nel chiedere la dichiarazione di responsabilità del Canettoli, avesse dichiarato limitarla ad una somma determinata, niun dubbio che, per l'effetto della competenza dovrebbe starsi a tale dichiarazione, a senso della prima parte di detto articolo; ma, in mancanza di tale dichiarazione e di fronte ad una domanda indefinita di garanzia per danni che potrebbero ascendere a qualunque somma, non si può, senza una patente contraddizione, invocare la presunzione di cui al primo comma di detto articolo, vale a dire non si può presuntivamente ritenere che il valore della controversia sia inferiore alle lire millecinquecento per ciò solo che fu adito il pretore. La presunzione deve poter rispondere alla realtà; e nel caso presente, invece, pugna coll'oggetto esplicitamente indicato dalla domanda, che è quello di voler essere garantito da qualsiasi danno possibile, senza limitazione di valore. Rettamente dunque la sentenza denunciata ritenne che la causa fosse di valore indeterminabile e la dichiarò di competenza superiore. »

(1) Trib. Bari, 29 marzo 1892, *Baccellieri* c. *Congr. del Rosario di Nicandro* (*Pisanelli*, 1892, 176).

(2) Vedi App. Roma, 7 gennaio 1882, *Ferrantini* c. *Ciocchetti* (*Foro It.*, 1882, 1, 175).

(3) Vedi Trib. Salerno, 25 maggio 1883, *Bernardini* c. *Fienga* (*Gazz. Proc.*, XVIII, 251); Cass. Napoli, 22 luglio 1895, *De Lucia* c. *Mazzola* (*Giur. It.*, 1895, 1, 1, 776); Cass. Roma, 11 settembre 1895, *Manzoni* c. *Pietronesi* (*Conciliatore*, 1895, 760).

(4) Vedi Cass. Napoli, 27 maggio 1873, *Lanza* c. *Ricovero di Casalbordino* (*Ann.*, 1873, 1, 397); Pret. Guardiagrele, 28 aprile 1894, *Capasso* c. *Bruno* (*Foro Abruzz.*, 1894, 54); Cass. Roma, 27 settembre 1894, *De Panicis* c. *Montorio* (*Legge*, 1894, 2, 685).

(5) Cass. Torino, 13 settembre 1870, *Liberati* c. *Giordano* (*Giur. It.*, 1870, 1, 777).

(6) Vedi Cass. Roma, 16 novembre 1880, *Ubaldi* c. *Cap. Metropolitano di Chieti* (*Legge*, 1881, 1, 654).

(7) Vedi Cass. Napoli, 12 giugno 1883, *Spagna* c. *Guarino* (*Gazz. Proc.*, XVIII, 318).

diritti sono limitati dai diritti dell'enfiteuta. D'altra parte il diritto al canone non è il solo diritto che gli compete, in modo da potere affermare che il valore economico del dominio diretto coincida col valore del canone: trattandosi di enfiteusi temporanea ha il diritto di riavere il fondo completamente libero allo spirare del termine convenuto, se la affrancazione non viene eseguita; ha il diritto alla devoluzione nei casi dalla legge stabiliti. Ond'è che, dovendosi procedere ad una valutazione commerciale del dominio diretto, la stessa non può coincidere nè col valore del fondo sul quale il dominio diretto si esercita, nè col valore del canone. Ma in materia di competenza non è il caso di discorrere di valore commerciale; è risaputo che il valore della causa è sempre un valore legale, ond'è che è d'uopo vedere quali delle disposizioni relative al valore legale della controversia sono per analogia applicabili alla controversia sul dominio diretto. Le disposizioni che si presentano come di una possibile applicazione analogica sono due: la disposizione della prima parte dell'articolo 79 relativa alla valutazione della piena proprietà, la disposizione dell'art. 76 relativa alla valutazione della rendita. Il diritto di dominio diretto più che col diritto di piena proprietà, presenta analogia col diritto di rendita; infatti il direttario non ha il possesso materiale del fondo come lo ha il proprietario, riscuote invece una prestazione periodica come nel diritto di rendita; il suo diritto a riavere il fondo libero è un diritto puramente eventuale che non menoma l'analogia che esiste fra la sua posizione giuridica e la posizione giuridica dell'avente diritto ad una rendita. Attesa una tale analogia, alla determinazione del valore, agli effetti della competenza, del dominio diretto, saranno applicabili i principî relativi alla determinazione del valore del diritto di rendita, sia che sul dominio diretto vi sia controversia fra direttario ed utilista, sia che si controverta fra direttario e terzi (1); cumulando, se del caso, col valore capitale l'importare delle annualità scadute (2).

Anche il valore commerciale del dominio utile non concorda col valore del fondo. Infatti le obbligazioni dell'enfiteuta verso il direttario, le possibilità della cessazione del dominio utile, scemando il valore di ciò che all'enfiteuta appartiene, fanno sì che i due valori non possono coincidere. Atteso ciò, in mancanza di una disposizione di legge che determini il valore legale, è d'uopo ricorrere alla analogia. E per riuscire alla determinazione del valore legale del dominio utile nella dottrina e nella giurisprudenza furono proposti tre sistemi. Il primo desume i criteri della competenza dagli articoli 76 e 79 del codice di procedura civile, cioè moltiplica il tributo diretto verso lo Stato per cento e sottrae poi dal prodotto la somma corrispondente all'annuo canone capitalizzato colle norme dell' art. 76 (3). Il secondo sistema consiste nell'applicare senz'altro al dominio diretto la disposizione della prima parte dell'art. 79 del codice di procedura civile, nel determinare cioè il valore del dominio utile moltiplicando per cento il tributo diretto verso lo Stato (4). Il terzo sistema consiste nel determinare il valore del dominio utile colle norme dell'art. 79, capov. 1°, date per la valutazione dell'usufrutto, moltiplicando cioè il tributo diretto verso lo Stato per cinquanta (5).

Il sistema di determinare il valore del dominio utile moltiplicando per cento il tributo diretto verso lo Stato e di detrarre dal prodotto l' importare del canone capitalizzato si presenterebbe opportuno se il valore dei fondi, agli effetti della competenza, fosse il valore commerciale dei fondi stessi, od almeno se il dato che offre la legge per la determinazione del valore fosse tale da potersi avere in ogni caso approssimativamente il valore commerciale. In allora il valore commerciale del canone, che presso a poco coincide col valore legale del canone stesso, detratto dal valore commerciale del fondo, darebbe approssimativamente il valore dei diritti dell'utilista. Ma, nel mentre, come si è fatto notare or ora, il valore commerciale del canone è presso a poco il suo valore legale, il valore legale del fondo, massime in quelle provincie italiane nelle quali l'imposta fondiaria è molto bassa, è molto al di sotto del valore commerciale del fondo stesso. Di qui ne risulta che siccome il canone viene convenuto a base del valore commerciale del fondo, volendo determinare il valore del dominio utile moltiplicando il tributo e detraendo dal prodotto il capitale del canone, può facilmente avvenire che il valore del dominio utile si presenti come una quantità negativa. Infatti, dato che il fondo paghi un tributo diretto verso lo Stato di annue lire cinque e sia dato in enfiteusi pel canone di annue lire trenta, il valore del fondo sarebbe di lire 500, il valore del canone di lire 600; e però colla proposta operazione il valore del dominio utile sarebbe di 100. La determinazione della competenza a base di una quantità negativa sarebbe un assurdo, e siccome a tale assurdo si potrebbe venire col sistema del quale si discorre, così il sistema stesso si presenta assolutamente impraticabile.

Rigettato in modo assoluto il primo sistema, restano gli altri due, cioè la determinazione della competenza a base delle disposizioni relative alla piena proprietà o la determinazione della competenza a base delle disposizioni relative all'usufrutto, per ognuna delle quali militano delle ragioni di analogia per applicarle al dominio diretto. Ma, dal momento che per l'applicazione di ognuno di questi due sistemi alla valutazione del dominio utile militano delle ragioni di analogia, è d'uopo scegliere il sistema a favore del quale le ragioni di analogia sono maggiori che per l'altro. Ed il caso del dominio utile, più che colla piena proprietà, presenta analogia coll'usufrutto, dal momento che anche nella enfiteusi, come nell'usufrutto, si è in presenza di un diritto in forza del quale colui al quale il diritto appartiene, gode della cosa oggetto del diritto stesso, cosa che appartiene ad altri. Il valore dunque del dominio utile agli effetti della competenza sarà il prodotto risultante dalla moltiplicazione per cinquanta del

(1) Vedi Cass. Roma, 28 febbraio 1880, *N. N.* (*Ann.*, 1880, 1, 486); App. Palermo, 28 novembre 1880, *Negri* c. *Finanze* (*Circ. Giur.*, 1880, 356); App. Roma, 28 gennaio 1887, *Speciale* c. *Arciconfr. di S. Lucia* (*Temi Rom.*, 1887, 382); Cass. Torino, 13 agosto 1895, *Foppiani* c. *Cap. Cattedrale di Bobbio* (*Giur.*, Torino, 1895, 623); App. Palermo, 20 aprile 1895, *Leone* c. *Bullara* (*Circ. Giur.*, 1895, 168); Cass. Torino, 5 dicembre 1892, *Ospedale di Pavia* c. *Nascimbene* (*Giur.*, Torino, 1893, 3).

(2) Cass. Roma, 28 dicembre 1893, *Zannoni* c. *D'Alessandro* (*Foro It.*, 1844, I, 235).

(3) Trib. Napoli, 16 dicembre 1867, *Pisacane* c. *Coceri* (*Gazz. Proc.* (*Gazz. Proc.*, 1867, 366); Cass. Napoli, 16 agosto 1880, *De Luca* c. *De Luca* (*Gazz. Proc.*, XVI, 323).

(4) Cass. Torino, 14 giugno 1883, *Canova* c. *Cerusco* (*Mon. Trib.*, 1883, 617); Pret. Lanciano, 1° giugno 1886, *Bellini* c. *Beringa* (*Foro Abruzz.*, 1886, 166); App. Catanzaro, 21 marzo 1890, *Pascali* c. *Lilipo* (*Gravina*, 1890, 72).

(5) Trib. Lanciano, 23 marzo 1885, *Di Giacomo* c. *La Verghetta* (*Foro Abruzz.*, 1885, 130).

tributo diretto verso lo Stato del quale è gravato il fondo enfiteutico.

E siccome nella devoluzione si tratta di spogliare l'enfiteuta del suo diritto, così il valore delle controversie per devoluzione sarà il valore del dominio utile (1).

Anche in materia di enfiteusi ricevono applicazione i principî relativi al caso di azione competente a o contro più persone, ond'è che domandata contro alcuni degli enfiteuti la devoluzione delle parti del fondo agli enfiteuti stessi appartenenti, è solo dal valore delle parti la devoluzione delle quali è richiesta che si determina la competenza (2). Ricevono applicazione anche i principî relativi al caso di più capi di domanda fondati su titolo unico o su titoli distinti, ond'è che, chiesto il pagamento di più prestazioni enfiteutiche dipendenti da titoli distinti di concessione, la competenza per valore si computa da ogni prestazione presa separatamente, e non già sommando le prestazioni e determinando poi il valore della prestazione complessiva (3).

Negli elementi essenziali eguali all'enfiteusi sono le locazioni perpetue e le colonie inamovibili; nomi questi diversi di quel rapporto giuridico che nel codice col nome di enfiteusi viene designato, se non risulta che le parti non abbiano voluto costituire una enfiteusi. Però alla determinazione del valore della causa agli effetti della competenza, su ciò che concerne questi rapporti, è applicabile quanto si disse per l'enfiteusi (4).

127. Caratteri speciali per la determinazione del valore agli effetti della competenza sono presentati anche dai giudizî di divisione (5). La specialità di questi giudizi si è che negli stessi viene la cosa non già pel suo valore legale ma pel suo valore commerciale, ond'è che il giudice è chiamato a conoscere della cosa per ciò che realmente vale (6). Attesa tale specialità in materia di divisione torna applicabile il principio che si è posto quando venne parola del valore legale in genere, la competenza non va determinata a base del valore legale ma a base del valore reale delle cose che devono essere divise. Ed in allora, in forza del principio che si è posto al n. 112, se risulta che il valore è nei limiti della competenza del giudice inferiore adito, questo è competente a giudicare; se non risulta ciò, in allora il valore della causa è indeterminabile, e però la causa stessa è di competenza del tribunale.

128. Le difficoltà che si presentano nelle contestazioni per pegni od ipoteche dipendono dacchè in questi rapporti sono due le cose che vengono: il credito, cioè, e le cose sulle quali il credito è garantito; e nel caso di valori diversi havvi dubbio se per la determinazione del valore si debba attendere al valore del credito od al valore della garantia. Senonchè, considerando che tanto è esteso il diritto del creditore sulla cosa pignorata o ipotecata, quanto è esteso il credito pel quale la garantia sussiste, è d'uopo concludere che è dal valore del credito pel quale la garantia è stata data che deve essere determinato il valore della contestazione. Dal momento che è dal valore del credito per il quale la garantia è stata data che dev'essere determinato il valore della controversia, se la garantia è stata data solo per una parte del credito totale, da una tal parte deve essere determinato il valore della controversia; la rimanente parte del credito, agli effetti della garantia pignoratizia od ipotecaria, è come se non sussistesse, e però non può venire nel computo del valore agli effetti della competenza.

Qualunque sia dunque il valore legale della cosa, sia lo stesso maggiore o minore dell'importare del credito, è sempre allo importare del credito che si deve attendere per la determinazione della competenza (7).

---

(1) Cass. Napoli, 11 gennaio 1870, *De Sinno* c. *Parascandalo* (*Giur. It.*, 1870, 1, 31). — Vedi Cass. Torino, 14 giugno 1883, *Canova* c. *Cevasco* (*Mon. Trib.*, 1883, 617); 17 luglio 1894, *Traverso* c. *Piccioli* (*Giur.*, Torino, 1894, 583); Trib. Palermo, 8 febbraio 1895, *Fatta* c. *Fontana* (*Foro Sic.*, 1895, III); Cass. Palermo, 16 febbraio 1889, *Ospedale di Sciacca* c. *Palermo* (*Foro It.*, 1889, I, 1005); App. Catania, 28 agosto 1882, *Allessi* c. *Beritelli* (*Giur. Cat.*, 1882, 175); Cass. Roma, 8 febbraio 1889, *Verticchio* c. *De Nuntiis* (*Foro It.*, 1889, I, 317); App. Palermo, 26 ottobre 1895, *Mirabile* c. *Finanze* (*Ann.*, 1895, 2, 350); App. Catania, 8 ottobre 1888, *Fondo Culto* c. *Barcellona* (*Giur. Cat.*, 1888, 206).

(2) Cass. Napoli, 11 gennaio 1870, *De Sinno* c. *Parascandalo* (*Giur. It.*, 1870, 1, 31).

(3) Cass. Torino, 13 agosto 1895, *Foppiani* c. *Cap. Cattedrale di Bobbio* (*Giur.*, Torino, 1895, 623).

(4) Vedi Cass. Roma, 22 marzo 1878, *Lefevre* c. *Morisani* (*Legge*, 1878, 1, 492).

(5) App. Torino, 14 ottobre 1868, *Martini* c. *Bertina* (*Giur.*, Torino, 1869, 107).

(6) La giurisprudenza è incerta. Vedi App. Lucca, 30 gennaio 1871, *Lanzi* c. *Lanzi* (*Ann.*, 1871, 2, 114); App. Macerata, 3 febbraio 1881, *Piscini* c. *Balzi* (*Foro It.*, 1882, 1, 314); Cass. Napoli, 2 maggio 1881, *Caruso* c. *Simone* (*Gazz. Trib.*, 1882, 569); Cass. Firenze, 12 gennaio 1882, *Paffetti* c. *Schiano* (*Foro It.*, 1882, 918); Cass. Torino, 29 dicembre 1885, *Bazzi* c. *Bazzi* (*Giur.*, Torino, 1886, 120); Cass. Torino, 16 giugno 1888, *Castiglia* c. *Revello* (*Foro It.*, 1888, 1, 721); App. Aquila, 27 aprile 1888, *Merlino* c. *Merlino* (*Foro Abruzz.*, 1888, 539); Cass. Torino, 20 maggio 1892, *Craviolo* c. *Craviolo* (*Giur. It.*, 1892, 1, 1, 648); Pret. Casalbordino, 1° luglio 1891, *D'Aurizio* c. *D'Aurizio* (*Foro Abruzz.*, 1891, 62); Cass. Torino, 17 ottobre 1893, *Fantoni* c. *Fantoni* (*Mon. Trib.*, Milano, 1894, 44); Cass. Torino, 31 dicembre 1894, *Figari* c. *Casassa* (*Giur.*, Torino, 1895, 176); Cass. Napoli, 20 ottobre 1885, *Cafarelli* c. *Vecchiano* (*Gazz. Proc.*, XX, 318); App. Venezia, 21 ottobre 1885, *Gasparini* c. *Combi* (*Foro It.*, 1885, 1, 829); Pret. Dongo, 23 gennaio 1886, *Pedrazzini* c. *Bruni* *Mon. Pret.*, 1886, 199); App. Milano, 25 febbraio 1887, *Pietra* c. *Pietra* (*Mon. Trib.*, 1887, 518); Cass. Torino, 10 luglio 1888, *Giordano* c. *Giordano* (*Giur.*, Torino, 1888, 548); Cass. Torino, 17 ottobre 1888, *Lombardo* c. *Mainardi* (*Mon. Trib.*, 1888, 922); App. Venezia, 3 febbraio 1888, *Dreina* c. *Dreina* (*Foro It.*, 1888, 1, 311); Trib. Novi Ligure, 27 marzo 1895, *Davico* c. *Baldi* (*Giur.*, Torino 1895, 262); App. Trani, 3 febbraio 1894, *Parilli* c *Parilli* (*Pisanelli*, 1895, 110).

(7) Vedi Cass. Torino, 4 giugno 1873, *Naido* c. *Avesi* (*Giur.*, Torino, 1873, 571); App. Milano, 19 settembre 1881, *Bellenghi* c. *Negri* (*Mon. Trib.*, 1881, 1028); App. Casale, 21 dicembre 1881, *Borla* c. *Rocca* (*Giur. Cas.*, 1882, 73); Cass. Napoli, 22 novembre 1892, *Ferroni* c. *Giannetti* (*Dir. e Giur.*, VIII, 233; App. Aquila, 1° giugno 1886, *Falconi* c. *Angelozzi* (*Foro It.*, 1886, 1, 126); Trib. Bologna, 22 novembre 1887, *Lelli* c. *Diversi* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1887, 345); App. Lucca, 16 marzo 1888, *Monte dei Paschi di Siena* c. *Solani* (*Foro It.*, 1888, I, 1006); Cass. Firenze, 5 novembre 1889, stesse parti (*Foro It.*, 1889, I, 203); Trib. Ancona, 14 giugno 1892, *Fogliani* c. *Marini* (*Giorn. Giur.*, 1893, 793).

L'App. di Venezia, 9 febbraio 1886, *Corpo d'estimo di Treviso* c. *Ferrarin* (*Foro It.*, 1886, I, 1081), così considerava:

« Per ottemperare alle disposizioni dell'art. 34 del regio decreto 25 gennaio 1871, contenente le norme transitorie di queste provincie, fu nel 28 dicembre 1874 rettificata in Venezia una iscrizione ipotecaria dipendente da prenotazione concessa nel maggio 1841 a favore del Corpo d'estimo della provincia di Treviso, facendo quella ipoteca reiscrivere a credito del Corpo d'estimo, a carico del nobile Vincenzo Grimani e dei terzi pos-

129. Difficoltà si sono presentate anche nella valutazione delle controversie in materia di azione pauliana. Per ciò che concerne queste azioni nasce dubbio se il valore della controversia deve essere determinato a base del valore dell'atto impugnato, od a base del valore della cosa che si vuole far rientrare nel patrimonio del debitore, od a base del valore dei diritti del creditore che esercita l'azione. Senonchè, quando si consideri che l'azione pauliana è limitata nei suoi effetti dall'interesse del creditore che l'esercita, perchè l'atto non viene annullato, la cosa non rientra nel patrimonio del debitore che fino alla concorrenza di ciò che interessa il creditore, è certo che il valore dei diritti del creditore che eser-

---

sessori, fra cui, relativamente ad un orto in Venezia nel sestiere di Santa Croce al mapp. n. 377 della rendita di lire 29. 85 col numero civico 481, il terzo possessore Ferrarin Antonio per la somma di credito di austriache lire 54,471. 25, pari ad italiane lire 49,666. 51.

« Pietro e Giuseppe Ferrarin, successori del detto Ferrarin Antonio, morto nell'anno 1879, ritenendo colpito erroneamente colla preaccennata iscrizione il numero 377 di mappa loro spettante, perciocchè codesto numero non corrisponda al civico numero 481, compreso nella vecchia prenotazione, e proponendo una perizia allo scopo di rilevare che l'immobile col civico n. 481, originariamente colpito dalla prenotazione, non è il mappale n. 377 compreso nella reiscrizione 28 dicembre 1885, citarono in giudizio, davanti il tribunale di Venezia, con atto 21 aprile 1885, il Corpo d'estimo della provincia di Treviso per far giudicare la cancellazione della reiscrizione rispetto all'immobile suindicato di loro esclusiva ragione. (*Omissis*). Non è opposta la declinatoria pel motivo che la causa dovesse iniziarsi al foro personale della parte convenuta; anzi la parte convenuta espressamente riconosce che la lite appartiene al fôro reale.

« È opposta la incompetenza in ragione di valore, perchè l'immobile, riguardo al quale vorrebbesi cancellata la reiscrizione ipotecaria 28 dicembre 1874, non ha, sul dato del tributo diretto verso lo Stato, che un valore inferiore alle lire 1500; di modo che la lite non avrebbe dovuto portarsi dinanzi il tribunale, ma davanti il competente pretore di mandamento.

« Ma la eccezione non regge. Il codice di procedura civile, dopo di avere nell'art. 71 posto la regola, che alla competenza dei pretori spettano le azioni civili o commerciali il cui valore non eccede le lire 1500; onde le azioni di maggior valore, come dispone il correlativo art. 80, sono di cognizione dei tribunali civili, prescrive nell'art. 72 che il valore della causa debba determinarsi dalla domanda.

« Ciò ritenuto, non poteva la domanda dei fratelli Ferrarin, proposta colla citazione 21 aprile 1885, deferirsi alla competenza del pretore, in quanto che essi domandano la cancellazione di una iscrizione ipotecaria accesa per un capitale di gran lunga eccedente le lire 1500, quantunque la cancellazione si richieda dal solo stabile col mappale n. 377, che sul dato del tributo diretto presenterebbe effettivamente un valore molto al disotto di quella somma. Fra i due valori, che sono compresi nelle conclusioni del signor Ferrarin, e cioè il valore della ipoteca ed il valore dell'immobile, non havvi ragione legale per preferire nella indagine della competenza questo valore a quello; anzi, poichè si richiede la cancellazione della ipoteca, e lo stabile su cui fu inscritta e da cui la si vuole cancellata viene in seconda linea, quella deve ritenersi la domanda che regola la competenza, ossia determina il valore della causa nei sensi del precitato art. 72.

« Nella specie, l'errore in cui è incorsa la parte appellante colla sua eccezione derivò probabilmente dalla enorme differenza che passa tra la somma capitale inscritta e il valore dell'immobile, che non da solo, ma con altri beni immobili garantisce il credito del Corpo d'estimo. Ma lo errore si rende tosto palese, qualora, senza modificare nella loro essenza gli elementi della questione, si faccia una ipotesi che presenti diversi estremi. Se, per esempio, un unico stabile, che avesse per qualche dato un valore inferiore alle lire 1500, fosse stato accettato in ipoteca per una somma maggiore e si chiedesse la cancellazione di quella iscrizione, non v'ha chi non vegga come il valore della causa dovrebbe determinarsi dalla somma inscritta, perchè a tanto si estende l'interesse del creditore che ha sullo stabile per tutta quella somma la propria cauzione.

« Se non che, nel caso presente, è un altro errore della parte convenuta il richiamo di quanto dispone l'art. 79 del codice di procedura civile, mentre non si tratta già di un'azione per la quale la legge non abbia imposto le norme ivi contenute come dirette a determinare il valore degli stabili e conseguentemente delle liti.

« La legge, dopo di avere, come avvertivasi, prescritto nell'articolo 72 che il valore della causa si determina dalla domanda, pone negli articoli successivi quelle regole, che, in relazione alla indole delle varie azioni, devono in linea di competenza osservarsi. E all'art. 79 dichiara che nelle controversie sulla proprietà dei beni immobili, il valore della causa debba determinarsi moltiplicando per cento il tributo diretto verso lo Stato, estremo questo al quale è d'uopo attenersi, secondo le speciali prescrizioni dell'articolo stesso, anche nelle controversie sull'usufrutto, sulle servitù prediali e sul regolamento dei confini, di cui nella specie è inutile occuparsi.

« Chiaro è però che la questione promossa dai signori Ferrarin non è una questione di proprietà. Ciò appare tanto certo e manifesto che non è nemmeno in causa chi in una controversia di proprietà sarebbe il vero contraddittore.

« Ma, concesso pure che al tributo diretto verso lo Stato sia dato posto dalla legge in via generale per norma di competenza nelle azioni immobiliari, non perciò il valore della causa dovrebbe con quel dato determinarsi in una lite per cancellazione d'ipoteca, giacchè l'art. 418 del codice civile comprende, fra i beni mobili, i diritti, le obbligazioni e le azioni anche ipotecarie, che abbiano per oggetto somme di denaro, ragione questa per cui nè all'articolo 79 nè altrove era necessario che fosse data alcuna prescrizione per le azioni relative alle ipoteche, le quali non sono azioni immobiliari, ed hanno già il valore emergente dalla somma del credito ».

In senso contrario l'Appello di Cagliari, 26 agosto 1886, *Capitolo di Ales* c. *Carola* (*Foro It.*, 1886, I, 1181), così considerava:

« Osserva in diritto che, sebbene il valore del credito per cui è proceduta la iscrizione della ipoteca rientri nei limiti della competenza del pretore, pur tuttavolta la domanda di cancellazione della cennata iscrizione, per lo svolgimento e le conseguenze che questa spiegherebbe nella sua attuazione, rappresenta l'intiero valore dell'immobile ipotecato. È ben detto che la domanda di cancellazione mira ad ottenere la liberazione dell'immobile dall'esercizio di un diritto che potrebbe interamente comprometterlo; sicchè non può limitarsene il valore a quello del credito assicurato con l'iscrizione, ma devesi per necessità di cose estendere a tutto quanto è il valore del fondo. Non è propriamente il caso della controversia che cade sopra una servitù prediale, preveduto nell'art. 79 del cod. di proc. civ., ma concorre la ragione medesima, perchè l'ipoteca affetta tutto l'immobile nella sua parte obbiettiva come la servitù.

« Si è notato che l'ipoteca è un'obbligazione accessoria al credito principale, e non può avere un valore maggiore del credito medesimo, giusta l'articolo 76 della procedura civile. Dovrebbesi piuttosto considerare che il vincolo ipotecario, qualunque sia il credito di cui forma la cautela, si attiene all'intero immobile, e la iscrizione nei suoi effetti comprende tutto il valore di questo, e non può avere perciò diverso valore la domanda di cancellazione.

« Non è necessario veramente a sostegno di tale assunto ricorrere alle disposizioni del codice che riflettono il procedimento per l'incanto, o il giudizio di purgazione delle ipoteche, o la domanda di cancellazione che producesi di fronte al conservatore; nè è proprio tampoco, sotto il codice che ci governa, rimettersi alle

cita l'azione è il valore della azione stessa. Ma, se la cosa è di un valore inferiore all'interesse del creditore, è dal valore della cosa che deve essere determinata la competenza; sia pure che l'interesse del creditore sia di valore superiore al valore della cosa, la soddisfazione dell'interesse stesso trova i suoi limiti nel valore della cosa che si vuol far rientrare nel patrimonio del debitore e però il valore della causa è limitato a questo interesse che può venir soddisfatto. Ma non già al valore legale della cosa si deve attendere, ma al suo valore reale; nell'azione pauliana la cosa viene per ciò che realmente vale non per quel valore che la legge determina agli effetti della competenza. Ond'è che la regola doversi il valore della causa determinare dal valore della cosa se quest'ultimo valore è inferiore a quello dell'interesse del creditore non riceve applicazione che nel caso in cui il valore reale della cosa sia dimostrato inferiore a lire 1500 ed il valore dell'interesse del creditore sia superiore a tale somma, quando il valore reale della cosa è indeterminabile è al solo valore dell'interesse del creditore che si deve attendere. Ma se, invece di azione pauliana, si tratta di azione di simulazione, sia la stessa esperita fra le parti intervenute nell'atto o fra una delle stesse ed il creditore dell'altra, è dal valore dell'atto impugnato che deve essere desunto quale è il giudice competente a sentenziare, dal momento che la sentenza che accoglie la domanda acciò sia dichiarata la simulazione non resta contenuta nei limiti dell'interesse del creditore, come nella azione pauliana, ma estende i suoi effetti all'atto intiero affetto di simulazione (1).

---

cessate disposizioni del codice Albertino. Il codice vigente nei segnalati articoli 662 e 727 della procedura e 2039 del codice civile prevede casi pei quali la legge ha dovuto attingere i suoi criteri in una sfera più larga, qual'è quella dei provvedimenti che interessano la massa dei creditori, o prepongono un'Autorità superiore per dirimere il conflitto insorto col pubblico funzionario incaricato della conservazione delle ipoteche.

« La disposizione poi dell'art. 2282 del passato codice Albertino non è riprodotta nel codice attuale, che detta norme speciali colle quali non può quella disposizione coesistere. Non è dunque il tribunale il solo magistrato competente a giudicare delle domande di cancellazione delle iscrizioni, come in quel codice era prescritto; ma è oggi tale competenza manifestamente determinata dal valore dell'intero immobile su cui la ipoteca si estende per virtù delle conseguenze che giuridicamente scaturiscono. L'unico criterio insomma per risolvere la questione della specie, che non è quella della sussistenza del credito e del titolo che produce l'ipoteca, ma sibbene della afficienza o estinzione di questa sull'immobile sul quale venne costituita, è appunto il criterio proclamato nell'art. 79 del codice di procedura civile, perchè tanto vale rivendicare la proprietà di un immobile, o liberarlo da una servitù che lo affetta, quanto esimerlo dagli effetti di un esperimento ipotecario, che tutto lo colpisce.

« Bisogna quindi raffigurare il valore del fondo, determinandolo a coerenza del tributo diretto che viene pagato allo Stato, secondo la norma che contiensi nell'articolo testè riferito.

« E poichè nella specie questo tributo, moltiplicato secondo l'articolo anzidetto, dà un valore che sorpassa la competenza del pretore, e viene invece nella giurisdizione del tribunale, bene fu ritenuta la competenza dei primi giudici, e devesi confermare la sentenza appellata ».

(1) Vedi Cass. Torino, 5 settembre 1866, *Carulli* c. *Bellenda* (*Mon. Trib.*, 1867, 176); Cass. Firenze, 20 gennaio 1874, *Bianconi* c. *Bianconi* (*Ann.*, 1874, 1, 454); Appello Modena, 3 febbraio 1882, *Rossi* c. *Finanze* (*Ann.*, 1882, 2, 276); Trib. Piacenza, 23 dicembre 1890, *Scarpetta* c. *Tagliafichi* (*Giur.*, Torino, 1891, 54); Cass. Torino, 30 agosto 1893, *Tamagno* c. *Castelli* (*Giur.*, Torino, 1893, 626); App. Milano, 27 gennaio 1893, *Passera-Bravo* c. *Braggio* (*Mon. Trib.*, 1893, 70); Trib. Bari, 8 giugno 1894, *Fascilla* c. *Bellino* (*Gazz. For.*, 1894, 131); App. Casale, 4 febbraio 1884, *Rossi* c. *Chiesa* (*Giur. Cas.*, 1884, 117); 31 marzo 1884, *Cacciabue* c. *Roggero* (*Giur. Cas.*, 1884, 214); Cass. Napoli, 10 luglio 1886, *Messa* c. *D'Alessio* (*Gazz. Proc.*, XXI, 213); App. Milano, 18 nov. 1885, *Del Nero* c. *Sandretti* (*Foro It.*, 1886, I, 192); Cass. Firenze, 2 febbraio 1888, *Bagni* c. *Zadue* (*Foro It.*, 1886, I, 121); App. Venezia, 9 ottobre 1888, *Ditta Tornaghi* c. *Ditta Salce* (*Foro It.*, 1889, I, 364); Cass. Firenze, 20 luglio 1893, *Santini* c. *Nicolini* (*Temi Ven.*, 1893, 494); App. Venezia, 20 dic. 1892, *Signorini-Viviani* c. *Rossato* (*Temi Ven.*, 1893, 367).

La Cassazione di Roma, 30 marzo 1894, *Banca pop. Penne*, c. *Chiola* (*Foro It.*, 1894, 1, 588), così considerava:

« Poichè dalla esposizione del fatto, che si legge nella sentenza impugnata, dal contesto di essa e dagli atti del giudizio si raccoglie che il fondo era stato veramente venduto in frode della creditrice Banca, onde si era intentata da costei l'azione rivocatoria sopra di esso, e punto l'azione di simulazione della vendita stessa intercenduta coi Chiola; sicchè, essendosi in tema di azione pauliana, è di fronte ad essa che va esaminata la questione di competenza decisa dalla sentenza e proposta dal ricorso.

« Ed in questa indagine è opportuno rammentare che, poichè la istanza di rivocazione si presentava sola alla decisione del giudice e senza l'ingombro di eccezioni che modificassero la continenza della lite, era dall'oggetto della domanda soltanto che doveasi ricavare il suo valore nel rispetto della competenza.

« Ora, col libello si chiese che tutto il fondo rientrasse nel patrimonio del debitore, e non che vi rientrasse una parte, fino alla concorrenza cioè dell'ammontare del credito che si volea garantire con la pauliana; e che vi rientrasse per potervi sopra, e nella sua integrità, esercitare le ragioni creditorie.

« I termini precisi del libello adunque rivelano che, essendo oggetto di giudizio il fondo venduto, ben si appose il tribunale di dichiarare la incompetenza del pretore, tenuto ragione del valore catastale.

« Non giova alla tesi contraria che l'azione pauliana, per l'indole sua, produca effetti limitati alla garentia del credito che si vuole assicurare, serbando integre le ragioni dei contraenti sul contratto stipulato.

« E non giova per una considerazione di rito e per una di merito.

« Nel rito, invero, per la determinazione della competenza per valore si guarda a quello che nel fatto si è domandato, e non a quello soltanto che si aveva il diritto di chiedere, appartenendo questa seconda indagine al merito, e punto alla ricerca della competenza. E nella specie si è detto che di tutto il fondo fu domandato il ritorno.

« Nella sostanza poi il discorso riesce egualmente ad una conclusione favorevole alla sentenza da cui si ricorre, alla competenza cioè desunta dal valore del fondo venduto, e non da quello del credito. Infatti la creditrice Banca, attrice in rivocazione, potrà domandare la vendita di tutto il fondo per realizzare il suo credito, imperocchè il podere in esame, appartenendo, come sembra, ad una sola coltivazione, la sua subastazione non patirebbe le limitazioni segnate negli art. 2080 e 2088 cod. civ. E ben si apporrebbe questa creditrice, considerando le vicende imprevidibili della gara, onde avviene di frequente che con la vendita a ribasso si riesce appena a coprire un tenue credito col prezzo di uno stabile di considerevole valore.

« Altronde è opportuno osservare che la competenza, la quale si determina con criteri sicuri e d'immediata applicazione, anche in tema di pauliana, va determinata dall'oggetto diretto della lite, e non dagli scopi lontani ai quali si vuole far servire. E nella pauliana si aspira alla rivocazione del contratto, come a scopo immediato e diretto dell'azione giudiziaria, comecchè si miri, come a scopo ultimo alla realizzazione del credito ».

In senso contrario la Cass. di Napoli, 28 luglio 1883, *Tajani* c. *Tramontano* (*Foro It.*, 1884, I, 191), considerava:

« Attesochè la prima eccezione prodotta è la incompetenza della

Se l'azione pauliana viene esercitata singolarmente dai creditori, la competenza va misurata dal valore di ciascun credito; ma, se l'azione viene esercitata da più creditori riuniti, è dal valore complessivo dei loro crediti che la competenza deve essere determinata (1).

130. Difficoltà di ordine diverso da quelle che si presentano in materia di azione pauliana si presentano in materia di azione dei creditori diretta ad ottenere l'annullamento della rinuncia ad una eredità fatta dal loro debitore. È ben vero che, dal momento che in questo caso la rinuncia è annullata non in favore dell'erede che ha rinunciato, ma soltanto a vantaggio dei suoi creditori, e fino alla concorrenza dei loro crediti (2), parrebbe a prima vista che nessuna differenza dovesse esistere fra questa azione e l'azione pau-

giurisdizione adita, argomentando dai prezzi delle due vendite, ciascuno dei quali eccederebbe i limiti della competenza pretoria. Di che hanno preso a discutere a vicenda la sentenza ed il ricorso sotto l'aspetto precipuo della definizione dell'azione, dicendola reale la prima, e i ricorrenti la dicono personale, per averne ravvisato l'obbietto nel contratto stesso che si vuol rimuovere per giungere alla proprietà controversa. Soggiungono inoltre questi ultimi, che, esclusa a loro modo di vedere la applicabilità dell'art. 79, non si debba attingere altrove il valore dell'azione, se non nel titolo impugnato, ed invocano gli art. 72 e 78 cod. proc. civ.

« Attesochè per giusto che debbasi ritenere il pronunciato rigetto della eccezione, non è da applaudire ugualmente alla ragione che l'ha motivato. La sentenza ha definito reale l'azione, e quindi applicabile l'art. 79, sol perchè non fosse questione di pagamento di prezzo o di tradizione della cosa; quasichè ciò che si direbbe in proposito di esecuzione del contratto non fosse pure applicabile in caso di nullità o rescissione; ovvero si potesse dire di revindicazione, come ha creduto la sentenza, l'azione di coloro che dicono di avere essi il possesso dell'immobile venduto. Invece la ragione del rigetto deriva direttamente dal testo del citato articolo, il quale, non che riferirsi tassativamente all'azione reale propriamente detta, comprende in generale qualunque controversia sulla proprietà dei beni immobili. E però non accade indagare la definizione dottrinale che sia da aggiustare all'azione in esame, secondo che debba prevalere l'impugnazione dell'istrumento, ovvero l'obbietto di quel contratto. Quando non è dubbio che si tratti di vedere a chi si appartenga l'immobile in questione tra i venditori ed il compratore, diviene irrecusabile la conseguenza dell'applicabilità dell'articolo 79, nella cui ipotesi rientra certamente la specie come controversia di proprietà immobiliare.

« La legge ha scelto come elemento essenziale di valutazione l'obbietto della controversia, ed ha adottato per metodo il multiplo del tributo; onde il voler argomentare da elemento di azione personale, che i ricorrenti s'ingegnano di rilevare nella specie, ovvero dal valore dei titoli, torna un fuor d'opera, come quello che è contrario al testo della legge. »

Alla sua volta l'Appello di Firenze, 14 ottobre 1891, *Tonelli* c. *Tonelli* (*Foro It.*, I, 1095), considerava:

« Considerato, in ordine al primo motivo d'appello, che, per decidere se l'Autorità giudiziaria adita dai fratelli Luigi e Camillo Tonelli, onde ottenere la dichiarazione d'inefficacia della vendita stipulata fra i parenti Jacopo ed altri Tonelli, era o meno competente a statuire sull'azione da essi promossa, è indispensabile anzitutto definire l'indole giuridica dell'azione medesima, e vedere se i predetti attori Tonelli intesero di promuovere l'azione pauliana o revocatoria, o piuttosto una vera e propria azione di simulazione di contratto fatta all'oggetto di frodare; imperocchè, essendo essenzialmente diversa la figura giuridica dell'azione per simulazione dalla revocatoria, diverse ne sono le conseguenze anche agli effetti della competenza. Ora, si legge nell'atto introduttivo della lite, che i debitori Jacopo ed altri Tonelli, non avendo potuto ottenere di sistemare amichevolmente coi loro creditori Luigi e Camillo Tonelli, e secondo il loro intento, la vertenza fra essi insorta sull'ammontare del detto credito ed accessori, ricorsero all'espediente di cedere, mediante un prezzo apparente, e molto al disotto del vero, ai loro più stretti congiunti tutto il patrimonio mobiliare ed immobiliare di cui erano proprietari, senza alcuna plausibile ragione e senza che i pretesi compratori avessero i mezzi per far tale acquisto. Quindi nel detto atto di citazione i creditori Tonelli sostenendo che tale vendita era manifestamente nulla per vizi intrinseci del contratto, simulata, e fatto allo scopo di defraudarli, siccome evidentemente appariva da tutte le circostanze che avevano preceduta, accompagnata e susseguita la contrattazione, chiedevano, previa l'ammissione degli accessori mezzi istruttori, che fosse dichiarata nulla ed inefficace in ogni sua parte, con ordine all'agente delle imposte di riportare in testa e conto degli asserti venditori tutti i beni venduti, ed al conservatore delle ipoteche di cancellare da' suoi registri la trascrizione del suaccennato contratto.

« Da tutto ciò si rileva evidentemente come l'azione spiegata dai fratelli Luigi e Camillo Tonelli avanti il tribunale di S. Miniato fu una vera e propria azione di simulazione di contratto a scopo di frodare, avendo essa di mira, più che ad ottenere la revocazione della vendita nei suoi rapporti coi debitori, a farne invece dichiarare la nullità assoluta e la sua giuridica insussistenza.

« Stabilita adunque tale posizione di fatto, non può sorgere dubbio sulla competenza dell'Autorità giudiziaria adita a decidere siffatta controversia. Infatti è oramai pacifico tanto nella dottrina degli scrittori legali, come nella giurisprudenza delle Corti, che il creditore il quale insorge contro una alienazione simulata viene a sostenere che la cosa alienata non sia mai uscita in realtà fuori del patrimonio del debitore, e che continuò sempre ad appartenere al medesimo, formando parte della garanzia comune di tutti i creditori. E ciò perchè l'atto simulato essendo giuridicamente inesistente e del tutto immaginario, si ritiene come non mai avvenuto, e conseguentemente incapace di produrre alcun effetto legale. Quindi in questo caso l'azione promossa dal creditore defraudato investendo tutto l'atto, il valore per determinare la competenza si deve necessariamente desumere dall'intiero ammontare delle cose di cui si volle simulare la vendita, e non da quello del credito che ha dato luogo all'azione di simulazione.

« E ciò a differenza dell'azione pauliana o revocatoria, con la quale non si rivendica la cosa fraudolentemente alienata come tuttora spettante al debitore, nè si ottiene la nullità o rescissione dell'atto fraudolento *erga omnes;* ma si esercita semplicemente un diritto emergente da un rapporto obbligatorio che intercede tra il creditore defraudato e l'acquirente. Imperocchè le espressioni « revoca dell'atto o domanda di revocazione », usate dal legislatore italiano, e prima di esso ancora dai giureconsulti romani, non possono avere altro significato che l'effetto prodotto dall'azione pauliana nei rapporti tra il creditore che la promuove ed il convenuto. La revoca adunque in questo caso non ha che una efficacia relativa, essendo limitata non solo dalla qualità delle persone contro le quali può ottenersi, ma anche dalla misura del pregiudizio derivante dall'atto fraudolento. Quindi è che mercè l'azione pauliana il convenuto, dovendo risarcire al creditore defraudato il danno derivante dall'atto fraudolento, secondo le regole stabilite per le obbligazioni nascenti da delitto o quasi delitto (art. 1151 cod. civ.), e dovendo conseguentemente ristabilire il creditore nella posizione in cui si sarebbe trovato se l'atto fraudolento non fosse stato compiuto, la competenza dell'Autorità giudiziaria in tal caso non potrebbe desumersi dal valore del credito che diede luogo all'azione revocatoria e del danno sofferto dal defraudato.

« E poichè nel caso concreto non trattasi di revocatoria, come si è di sopra notato, ma di azione per simulazione, ed il valore delle cose alienate sorpassa la competenza pretoriale, bene a ragione gli attori Tonelli si rivolsero al tribunale di S. Miniato per ottenere il soddisfacimento delle loro ragioni. »

(1) Confr. art. 74 cod. proc. civ.; App. Firenze, 4 novembre 1893. *Canovai* c. *Tirinnanzi* (*Ann.*, 1893, 2, 327).

(2) Art. 949, capov., cod. civ.

liana; ma, a ben guardare gli effetti delle due azioni, sono diversi gli elementi che influiscono alla determinazione della competenza. Perchè, nel mentre gli effetti della azione revocatoria restano circoscritti all'interesse del creditore che la esercita, l'azione di annullamento della rinuncia. fa acquistare al rinunciante la qualità di erede puro e semplice per quella quota dell'asse ereditario che è rappresentata dal rapporto fra il valore dei beni appresi dal creditore che ottenne l'annullamento ed il valore dell'intiero asse ereditario. Dal momento che tali sono gli effetti dell'annullamento della rinuncia alla eredità, è evidente che la competenza non deve essere determinata a base del valore dell'interesse del creditore che agisce, ma a base del valore della controversia relativa alla qualità creditoria, valore che, come si è veduto, è indeterminabile.

Titolo IV. — Competenza per territorio.

Capo I. — **Generalità.**

131. Giurisdizione territoriale e competenza territoriale; rapporti di differenza fra competenza per materia e valore e competenza per territorio. — 132. Le disposizioni della legge relativamente alla competenza per territorio sono ispirate da considerazioni di interesse privato. — 133. Titolo in base al quale la competenza territoriale esiste; limitazione della trattazione a ciò che è relativo ai giudizi in Italia contro italiani.

131. Pel regolare andamento del servizio, in seguito al fatto che pel disbrigo degli affari pei quali havvi eguale competenza per materia e valore, esiste nello Stato un certo numero di magistrature, è necessario di circoscrivere l'azione di ciascuna magistratura entro una determinata cerchia territoriale. Questa non è competenza, è giurisdizione territoriale, si riferisce cioè al potere stesso del magistrato a pronunciare, in modo che gli atti compiuti dal magistrato fuori della cerchia a lui assegnata non sono atti di magistrato, ma atti di privato, atti cioè giuridicamente inesistenti come atti di potere pubblico: già i romani avevano affermato un cotale principio. Paolo, nella L. 20, D. *de jurisd.*, 2, 1, scriveva: *extra territorium jus dicenti impune non paretur, idem est etsi infra jurisdictionem suam velit jus dicere.* Ma, diviso il territorio dello Stato fra le varie giurisdizioni di eguale competenza per materia e valore, se si vuole che ogni singola causa abbia il suo giudice naturale, il giudice, cioè, designato per la causa stessa, è necessario un complesso di disposizioni il quale determini quella delle più giurisdizioni egualmente competenti per materia e valore, avanti la quale deve essere portata ogni singola controversia. È questo complesso di disposizioni che costituisce le disposizioni relative alla competenza territoriale per ogni singola causa, complesso di disposizioni che non ha riguardo alla persona del magistrato, come quello che concerne la giurisdizione territoriale, ma alla azione che viene fatta valere innanzi al magistrato stesso.

Dal fin qui detto chiaro apparisce quale sia la differenza fondamentale fra il complesso di disposizioni che regola la competenza per materia e valore e quello che regola la competenza per territorio; il primo regola la competenza delle magistrature di diverso grado nella gerarchia giudiziaria, il secondo regola la competenza delle magistrature che nella gerarchia giudiziaria, hanno grado eguale.

132. Da questa differenza fondamentale fra i due corpi di disposizioni ne deriva che dei varii criteri dai quali il legislatore è mosso nel dettare le norme relative alla competenza, nella determinazione della competenza territoriale non è tenuto conto della importanza giuridica ed economica della causa, della maggiore o minore celerità di procedura che la causa esige: una volta che le magistrature sono dello stesso grado, e però presentano la stessa guarentigia di scienza ed esperienza, una volta che la procedura, più o meno celere, è stabilita in relazione al grado delle magistrature avanti le quali il giudizio si agita, queste considerazioni non possono esercitare alcuna influenza sulle statuizioni date dal legislatore in una materia nella quale al grado della magistratura non si attende. La necessità di impedire il soverchio agglomeramento degli affari presso alcune magistrature e la deficienza presso altre, in materia di competenza territoriale, non ha importanza; perchè le controversie sottratte dalla volontà di una persona alla cognizione della Autorità giudiziaria dalla legge designata, sono compensate, del tutto, o quasi, da quelle portate per volontà di altra persona alla Autorità stessa, e per le quali essa sarebbe stata incompetente; ed in tal modo il lavoro delle varie magistrature si viene a trovare nel fatto distribuito presso a poco nel modo dalla legge previsto, anche se la cognizione delle controversie viene portata a magistrati diversi da quelli dalla legge designati.

Le considerazioni determinanti la distribuzione degli affari fra le varie magistrature di eguale competenza per materia e valore sono in quella vece relative alla maggiore o minore facilità di procedere agli accertamenti di fatto necessari per la risoluzione delle controversie, alla comodità delle parti, a far sì che le stesse non siano costrette a sopportare spese troppo gravi. Le prime sarebbero considerazioni di interesse pubblico se l'Autorità giudiziaria adita fosse costretta a procedere a tutti gli atti necessari all'accertamento dei fatti; senonchè, attesa la possibilità nella legislazione procedurale italiana che una Autorità giudiziaria deleghi la propria giurisdizione ad altra Autorità giudiziaria per gli atti di istruzione necessarii alla risoluzione delle controversie, le difficoltà che vi possono essere al riguardo se viene adita una Autorità giudiziaria diversa da quella dalla legge designata, si riducono ad una questione di spese, si riducono a dover sostenere oltre l'altre spese anche quelle necessarie per ottenere la delega della giurisdizione, e per eseguire l'atto delegato fuori della giurisdizione territoriale della Autorità giudiziaria avanti la quale pende il giudizio; e le questioni di spese sono questioni di privato interesse; come di privato interesse sono le considerazioni di maggiore comodità delle parti che inducono il legislatore a stabilire la competenza di una piuttosto che di altra Autorità giudiziaria.

Solo considerazioni di privato interesse determinano dunque il legislatore a dare le sue statuizioni in materia di competenza territoriale. Da ciò ne derivano due importanti conseguenze.

La prima si è che nel mentre nella competenza per materia e valore non è possibile in via normale, la concorrenza della competenza (1), tale concorrenza è possibile nella competenza territoriale. Infatti, essendo privati gli interessi che il legislatore prende in considerazione in tema di competenza territoriale, quando gli interessi sono multipli, ed alcuni non talmente prevalenti sugli altri da neutralizzare la influenza che questi possono avere per la determinazione

(1) Sulla concorrenza di competenza, vedi retro n. 36.

della competenza, il legislatore altro non può fare che designare come egualmente competenti a decidere delle controversie quelle diverse Autorità giudiziarie che le parti sono interessate ad adire, ed in questi casi tornano applicabili le norme relative alla concorrenza delle competenze che a suo luogo si sono esposte (1).

La seconda conseguenza che si ricava dal suesposto principio è che le disposizioni date dalla legge al riguardo della competenza per territorio possono non essere osservate dalle parti che di comune accordo adiscano una Autorità diversa da quella dalla legge designata; per dirla in altre parole, possono le parti di mutuo consenso, espresso o presunto, prorogare la competenza territoriale (2). E siccome l'attore il quale, ad onta che la legge stabilisca quale è il giudice competente a decidere sulla azione che egli vuole introdurre, cita il convenuto a comparire avanti una autorità diversa, dimostra col fatto suo di voler prorogare la competenza, così le regole relative alla competenza territoriale si dimostrano nella loro pratica attuazione dettate non già a riguardo dell'attore, ma a riguardo del convenuto (3).

Non è il caso di ripetere a questo luogo quanto è stato detto al n. 35 relativamente alla proroga della competenza: quei principî ricevono senz'altro applicazione alla proroga della competenza territoriale della quale ci si sta occupando. La competenza, della quale ci si sta occupando, presenta però relativamente alla sua proroga alcune particolarità delle quali non ci si è potuto occupare in una trattazione generale, come era quella fatta al n. 35, e che solo a questo luogo potevano essere rilevate.

La prima particolarità, che relativamente alla proroga presenta la competenza territoriale, si è che la competenza stessa è prorogata per virtù di legge nel caso in cui, per la ricusazione o per la astensione del magistrato competente a giudicare, la causa non potesse essere decisa dal magistrato stesso. Se ciò avviene per effetto della ricusazione od astensione di tanti giudici di tribunale che i rimanenti non sieno sufficienti a costituire il collegio giudicante, quando non si può supplire ai mancanti nei modi determinati dalla legge sull'ordinamento giudiziario, la competenza è prorogata dal tribunale competente al tribunale che dalla Corte d'appello fu designato per conoscere della ricusa o della astensione (4). Se poi è stato ricusato o fu ammessa la astensione di un conciliatore o di un pretore, la competenza è prorogata a quel conciliatore o pretore che viene designato dalla Autorità giudiziaria che accolse la ricusa od ammise la astensione, sia nel caso in cui il pretore o conciliatore non abbia un supplente, sia nel caso in cui lo abbia, salvo, nel caso in cui il supplente vi sia, che le parti si accordino per portar la causa avanti il supplente stesso (5). Non è dunque in facoltà della parte che conosce esservi un motivo di ricusa del conciliatore o del pretore che dovrebbe essere adito, di prorogare essa, di autorità propria, la competenza ad altro pretore o conciliatore, anche se è quello del luogo più vicino a quello nel quale la causa avrebbe dovuto essere portata; è d'uopo che sulla ricusazione e sulla astensione sia stato pronunciato dalla Autorità competente, e se viene accolta l'una od ammessa l'altra, non è al viciniore che la competenza viene prorogata, ma a quel magistrato che l'Autorità che pronunciò sulla ricusa o sulla astensione sarà per indicare (6). Non è a confondere però colla proroga della competenza, la supplenza che a termini dell'art. 37 della legge sull'ordinamento giudiziario è esercitata nel caso di impedimento del pretore o vice-pretore dal pretore o vice-pretore viciniore: questa non è che estensione della giurisdizione di un magistrato sopra territorio che ordinariamente non sarebbe a lui sottoposto; ha riguardo alla persona del magistreto, non già alla controversia che si agita (7).

La seconda particolarità è che la competenza è prorogata in forza della elezione di domicilio, e come effetto della elezione stessa, sia o non sia dichiarato nell'atto che alla elezione di domicilio si procede all'effetto di prorogare la competenza (8). Perchè l'elezione di domicilio possa prorogare la competenza è necessario che sia fatta a norma dell'art. 19 del codice civile, deve cioè risultare da prova scritta (9). E siccome prova scritta è anche quella costituita dalla apposizione della propria firma ad una scheda stampata, così se ad una scheda stampata nella quale è dichiarato che si fa elezione di domicilio, le parti appongono la propria firma, la elezione di domicilio è fatta a norma dell'art. 19 del codice civile, ed è però attributiva di competenza (10). Dacchè gli articoli 40, 1ª parte, e 95 del codice di procedura civile si rimettono all'art. 19 del codice civile, e giacchè l'art. 19, 1ª parte, del codice civile permette soltanto di eleggere domicilio per certi affari od atti, in tanto l'elezione di domicilio può prorogare la competenza in quanto sieno nominativamente designati gli affari od atti pei quali l'elezione di domicilio è fatta. Ond'è che priva di qualsiasi effetto giuridico relativamente alla proroga della competenza sarebbe una elezione di domicilio per affari od atti in genere senza la loro specificazione. Una volta che risulta da prove per iscritto e che è fatta per affari od atti nominativamente designati, non importa che avvenga nell'atto stesso pel quale il domicilio

(1) Vedi retro l. c. V. anche App. Genova, 27 agosto 1891, *La Fenice* c. *Dellanoce* (*Temi Gen.*, 1891, 162).

(2) Appello Roma, 29 novembre 1893, *Scarpetta* c. *Gambardella* (*Temi Rom.*, 1893, 466). Vedi anche App. Roma, 3 gennaio 1873, *Monastero di S. Salvatore* c. *Zelli* (*Giur. It.*, 1873, 2, 1); Cass. Napoli, 20 giugno 1874, *Monsolini* c. *Cardone* (*Legge*, 1874, I, 941).

(3) Cass. Napoli, 24 novembre 1870, *Fondo Culto* c. *Minori osservanti* (*Ann.*, 1871, 1, 52).

(4) Art. 126 cod. proc. civ.

(5) Art. 127 cod. proc. civ.

(6) Vedi Cass. Napoli, 13 luglio 1872, *Passarelli* c. *Brindisi* (*Giur. It.*, 1872, 1, 870); Cass. Torino, 8 marzo 1872, *Casapinta* c. *Com. di Ferriere* (*Ann.*. 1878, 1, 162).

(7) Vedi Trib. Pallanza, 16 dicembre 1880, *Bianchetti* (*Giur.*, Torino, 1881, 23).

(8) Art. 40, 1ª parte, e 95 cod. proc. civ. — Vedi App. Milano, 18 marzo 1868, *Caccinere* c. *Congr. di Car.* (*Ann.*, 1868, 1, 12); App. Catania, 1° marzo 1878, *Politini* c. *La Rina* (*Giur. Cat.*, 1878, 39); App. Genova, 27 giugno 1871, *Cerna* c. *Soc. per la colonizzazione della Sardegna* (*Giur.*, Torino, 1871, 208); App. Torino, 23 marzo 1877, *Molfino* c. *Moda* (*Giur.*, Torino, 1877, 423); App. Venezia, 21 agosto 1877, *Benini* c. *Ruzza-Usnelli* (*Temi Ven.*, 1877, 415); App. Roma, 7 febbraio 1883, *Zaccheo* c. *Istituto Pacifici* (*Temi Rom.*, 1883, 53); App. Catania, 4 settembre 1885, *Ditta Bonanno* c. *Ditta Bianca* (*Giur. Cat.*, 1885, 149); Cass. Palermo, 17 dicembre 1889, *Bonanno* c. *Brugnone* (*Circ. Giur.*, 1890, 206).

(9) Vedi Cass. Torino, 10 luglio 1873, *Pagella* c. *De Benedetti* (*Giur.*, Torino, 1873, 617); 20 gennaio 1875, *Luzzi* c. *Ottolenghi* (*Giur.*, Torino, 1875, 177).

(10) Vedi Cass. Torino, 27 luglio 1892, *Ducceschi* c. *Ditta Vallardi* (*Giur. It.*, 1893, 1, 1, 250).

è stato eletto o per atto posteriore. Ma, nel mentre nel caso in cui avvenga nell'atto stesso, della capacità a consentirla deve essere giudicato colle norme proprie all'atto nel quale la elezione è contenuta, nel caso in cui avvenga con atto posteriore, della capacità a consentirla deve essere giudicato colle norme relative agli atti eccedenti la semplice amministrazione, non avendo la elezione di domicilio alcuno dei caratteri degli atti di amministrazione semplice. Non importa che risulti da parole sacramentali; quando risulta dal contesto dell'atto che le parti hanno voluto eleggere domicilio, abbiano adoperato una od altra espressione è indifferente; gli effetti dell'elezione di domicilio senz'altro si producono (1). Ond'è che il decidere se da un atto risulta o no elezione di domicilio è questione di interpretazione della volontà delle parti (2), questione di fatto incensurabile in Cassazione.

Effetto della elezione di domicilio quello si è di rendere competente a conoscere della controversia il magistrato del luogo nel quale il domicilio è stato eletto (3), qualunque sia il luogo stesso (4). Ma non proroga la competenza se non risulta della intenzione di prorogarla; ond'è che la designazione della curia del notaio stipulatore per la notifica della citazione non attribuisce giurisdizione al tribunale del luogo ove l'atto fu stipulato e dove domicilia il creditore (5). Se nel Comune nel quale fu eletto domicilio vi sono più magistrati aventi eguale competenza per materia e valore, e competenza territoriale diversa, e non fu fatta indicazione del luogo nel territorio del Comune, nel quale il domicilio è eletto, la competenza è prorogata a tutti i magistrati esercitanti la loro giurisdizione in detto Comune e si verifica la concorrenza della competenza per elezione di domicilio, e però vanno applicate le norme che alla concorrenza della competenza sono proprie (6). Eletto poi domicilio nel Comune, che si trovi

(1) Vedi App. Torino, 14 maggio 1884, *Perron* c. *Chatagnon* (*Giur.*, Torino, 1884, 461); App. Catania, 1° luglio 1895, *Villardita* c. *Villardita* (*Giur. Cat.*, 1895, 119).

(2) Vedi App. Messina, 17 aprile 1874, *Cananza* c. *Bombino* (*Giur. It.*, 1874, 2, 414.)

(3) App. Genova, 27 giugno 1871, *Cerna* c. *Soc. per la colonizzazione della Sardegna* (*Giur.*, Torino, 1871, 208).

(4) App. Genova, 6 maggio 1890, *Guidi* c. *Comp. « la Metropole »* (*Monit. Trib.*, 1890, 676).

(5) Cass. Napoli, 22 giugno 1894, *Marziani* c. *Siciliani* (*Dir. e giur.*, x, 165).

(6) La Cass. di Torino, 29 dicembre 1882, *Negro* c. *Pollinari* (*Foro It.*, 1883, I, 404), così ragionava:

« Attesochè, dopo di avere nell'articolo 16 del codice civile proclamato quale sia il domicilio civile d'una persona sulla scorta del concetto, che ne forniscono gli imperatori nella legge 7 Codice, *De incolis*, ed altresì quale ne sia la residenza, ha il legislatore nel successivo art. 19, a meglio favorire la esecuzione di certi affari od atti, sancita la elezione del domicilio speciale, che debbe poi risultare da una prova scritta.

« E a questa disposizione si coordina quella dell'art. 40 del codice di procedura civile.

« Qui il legislatore contempla due casi, quello in cui la elezione di speciale domicilio in un Comune, a norma del rammentato art. 19, manchi della indicazione della persona dell'ufficio presso cui si elegge il domicilio, e l'altro in cui tale indicazione non sia omessa.

« E nel primo caso, malgrado il vuoto di più certa indicazione, che pur lascia la elezione per quanto ristretta ad un Comune, pure il legislatore sancisce che operi la elezione stessa l'effetto di determinare la competenza, ma però questo solo ed unico effetto: mentre nell'altro caso vi ha l'effetto ulteriore che possono eseguirsi al domicilio eletto, salvo i casi indicati nel capoverso dell'art. 140, tutte le notificazioni relative all'atto per cui si è fatta l'elezione.

« Tale elezione di speciale domicilio è una eccezione alla regola: *actor sequitur forum rei*, in quanto, non versandosi in materia di disposizioni che interessino l'ordine pubblico, appunto per trattarsi di competenza per ragione di territorio, la persona che ha eletto speciale domicilio può volontariamente sottomettersi alla giurisdizione di un giudice diverso dal suo giudice naturale per ragione del domicilio civile o della residenza per ciò che riflette le controversie, a cui può dar luogo l'affare o l'atto pel quale è essa addivenuta alla elezione dello speciale domicilio.

« Senonchè, ove si trattasse di azioni da esplicarsi davanti i tribunali civili e quelli di commercio, ben si comprende che non potrebbe insorgere alcun dubbio intorno al fòro da adirsi, unico sempre essendo l'uno e l'altro nei centri dove hanno sede. Ma la difficoltà nasce, e gli stessi ricorrenti la riconoscono ed ammettono, unicamente dalla circostanza che siano nel Comune stabilite non una sola, ma più preture, aventi ciascuna una sezione giurisdizionale di territorio affatto separata e distinta a maggior comodo dei cittadini, massime in quelle zone residenti e per la più pronta e spedita amministrazione della giustizia.

« E questa circostanza della pluralità delle preture fu quella onde, sulle orme dei controricorrenti, nella denunziata sentenza del 3 novembre 1875 in riparazione di quella del pretore, sezione Monviso, in Torino, che aveva dichiarata la propria competenza, ebbe il collegio di merito per modo a preoccuparsi, che di fronte al patto contrattuale della elezione dello speciale domicilio in Torino, da lui ritenuto troppo vago ed indeterminato nella specialità del caso, trovò di doverlo interpretare in favore di coloro che avevano contratta l'obbligazione e così di negare l'applicabilità nella specie dell'art. 40 del cod. di proc. civ., come quello che non poteva, ad avviso di esso collegio, contemplare che il caso ordinario del Comune in cui avesse sede una sola pretura, mentre nel caso contrario di più preture era della parte interessata il precisare la competenza del foro mediante l'indicazione della persona o dell'ufficio presso cui si eleggeva domicilio.

« Ora, avanti tutto sta vero che, in tema d'atti contrattuali, è dell'apprezzamento incensurabile del magistrato di merito l'interpretazione delle clausole e patti che vi sono aggiunti, non abbastanza chiari ed espliciti, e sotto tale punto di vista non hanno torto i controricorrenti di combattere l'avviso del ricorrente, che vorrebbe persino negare all'adietto patto dell'elezione dello speciale domicilio ogni portata contrattuale; ma non è da codesto lato che deve prendersi in disamina la questione, imperocchè, premessa una volta come caposaldo la elezione di domicilio in Torino per ogni effetto della convenzione da parte delli Pollinari e Maggi, com'ebbe esplicitamente il collegio di merito a porre nella denunziata sentenza, è questione di diritto il determinare le conseguenze giuridiche.

« Laonde, checchè ne dicano in contrario i controricorrenti, non può non conoscere il Supremo Collegio della controversia su codesto terreno.

« Tornando pertanto alla locuzione usata dal legislatore nell'articolo 40 in disputa, appare manifesto che sarebbe contrario alla lettera ed allo spirito il volerne coartare il concetto, e così l'applicabilità, quando siasi omessa l'indicazione della persona o dell'uffizio presso cui si elegge il domicilio, unicamente al caso in cui una sola pretura sia stabilita nel Comune dell'eletto domicilio.

« Imperocchè sono per fermo molti i Comuni, ed anche i Comuni riuniti, dove non è stabilita che una pretura; e questi sono i casi più ordinari, ma non sono pochi del resto i Comuni in cui, per ragione del numero degli abitanti, hanno sede più preture, avente ciascuna separata circoscrizione territoriale.

« Ond'è che non può giammai supporsi che il legislatore colla disposizione dell'articolo 40 non intendesse di provvedere altresì a quest'ultimo caso, quasi dimentico della pluralità delle preture in uno stesso Comune da lui avvertita nell'art. 34 del r. decreto 6 dicembre 1865 sull'ordinamento giudiziario e negli altri regi decreti concernenti le circoscrizioni territoriali e le piante organiche

nelle anzidette condizioni, presso una persona od un ufficio, i cangiamenti nella residenza nello stesso Comune della persona o dell'ufficio presso cui il domicilio fu eletto importano anche cangiamento della competenza (1).

Salvo patti in contrario l'elezione di domicilio rende facoltativo non obbligatorio l'adire il magistrato del domicilio eletto (2); l'art. 95 del codice di procedura civile dice che nel caso di elezione di domicilio a norma dell'art. 19 del codice civile si *può* proporre l'azione dinanzi l'Autorità giudiziaria del luogo in cui il domicilio è stato eletto. Ond'è che l'attore invece di adire tale magistrato può adire quello che sarebbe territorialmente competente ad altro titolo, senza che per ciò possa essere proposta contro di lui la declinatoria del fôro per incompetenza. Ma, se le parti si sono obbligate a non adire altro magistrato che quello del domicilio eletto, questa convenzione nulla ha di illecito e però le parti sono tenute alla osservanza della stessa; in questo caso l'elezione del domicilio non è più fatta nell'interesse dell'attore, ma nell'interesse del convenuto. Di qui ne viene che tutte le volte che dal contesto della convenzione risulta essere stata fatta l'elezione a beneficio del convenuto, il patto di non adire giurisdizione diversa da quella del luogo del domicilio eletto deve intendersi stipulato, e però avanti questo solo magistrato potrà l'azione essere proposta (3).

L'elezione di domicilio vale tanto per la obbligazione principale quanto per quelle dipendenti e che sono un accessorio dell'obbligazione stessa (4), ed ha effetto tanto relativamente alle persone fra le quali l'elezione di domicilio avvenne, quanto relativamente ai loro eredi ed aventi causa (5); la elezione di domicilio è un contratto, ed a termini dell'articolo 1127 codice civile si presume che ciascuno abbia contrattato per sè e per i suoi eredi ed aventi causa; non si può affermare che la natura del contratto di elezione di domicilio sia tale che dallo stesso risulti il contrario della presunzione dall'art. 1127 stabilita.

La competenza prorogata per elezione di domicilio non

---

e dopochè, come fin da principio si osservò, non gli sfuggiva la incertezza dell'eletto domicilio, sebbene circoscritto ad un Comune, quando manca la indicazione della persona e dell'uffizio presso cui si elegge domicilio.

« Sarebbe invero una condizione eccezionale e privilegiata, che senza ragione alcuna legislativa sarebbe creata a quei Comuni o a quegli aggregati di Comuni dove avesse sede una sola pretura, qualora solo nei rapporti dei medesimi avesse ad essere operativa la elezione di speciale domicilio spoglia dell'indicazione della persona o dell'ufficio presso cui si elegge il domicilio, agli effetti dell'articolo 40, in confronto di tanti altri Comuni, lasciati in disparte, in cui maggiormente, appunto per essere centri di maggior vita anche commerciale, sarebbe sentito il bisogno di quella disposizione.

« In tema di disposizione di sua natura generale non può ammettersi codesta limitazione.

« E d'altra parte, ognun vede poi di leggieri gli inconvenienti e gli assurdi che ne deriverebbero, ove invece tutte le singole preture avessero a ritenersi competenti in coteste contingenze; sistema cotesto a ragione respinto dai controricorrenti, e che non credè il collegio di merito si potesse ammettere contrariamente all'avviso del ricorrente.

« Si verrebbe ad attribuire all'attore in questo modo il diritto non solo di convenire la contraria parte davanti una pretura del Comune eletto, ma quello inoltre di scegliere tra di esse quella che meglio gli andasse a versi: lo che evidentemente eccederebbe la portata del patto contrattuale lontano dall'accordare altresì l'elezione del giudice per quanto limitata.

« Egli è adunque in coteste contingenze abbastanza manifesto che non può giammai mancare del suo giuridico effetto l'art. 40 del codice di rito, sì da determinare la competenza dell'Autorità giudiziaria residente nel Comune, e quando più siano le preture nel Comune stesso stabilite è una necessità giuridica che una sola di esse abbia a ritenersi competente e la sola competente.

« Ed è a codesto punto compito del magistrato l'indagare e determinare, avuto riguardo alle speciali circostanze dell'affare o dell'atto ed ai termini della clausola o patto relativo, a quale delle preture del Comune abbia a ritenersi diretta la volontà delle parti.

« Ed ove nella specie il collegio di merito, formatosi avanti tutto un esatto concetto dell'articolo 40 più volte rammentato, fosse disceso a questa indagine, avrebbe trovato sufficiente sostrato a rintracciare la pretura competente nelle cose da esso collegio ammesse e nelle altre oramai pacifiche fra le parti e da lui punto disconosciute.

« La declinatoria *in limine litis* per ragione di territorio opposta dalli Pollinari e Maggi, convenuti davanti la pretura, sezione di Monviso, in Torino, mediante gli atti di citazione dell'8 giugno 1875, loro rispettivamente notificati al domicilio civile o residenza in Piacenza, moveva unicamente dalla circostanza della pluralità delle preture in Torino, mentre essi stessi riconoscevano, come si è già avvertito, che, ove si fosse trattato di causa di competenza dei tribunali, la competenza del tribunale civile di Torino sarebbe stata determinata in modo indiscutibile.

« E come era ciò pacifico, era altresì pacifico che la pretura, sezione di Monviso, era quella nella cui circoscrizione aveva residenza il Negro.

« Ora dal momento che il tribunale tutto ciò non disconosceva, nè poteva disconoscerlo siccome fuori di ogni contestazione, e dal momento che aveva già posto in rilievo l'obbligazione attribuita alli Pollinari e Maggi di ritirare e pagare i fascicoli dell'opera presso l'editore Negro, e non aveva disconosciuto che il fatto della elezione del domicilio in Torino per ogni effetto della convenzione era a tutto vantaggio del Negro medesimo, si rivelava di per sè la competenza della pretura, sezione di Monviso, che trovava pur da radicarsi *ratione contractus*, come quella che appunto nella circoscrizione giurisdizionale della medesima doveva avere sua esecuzione, e tanto più che non concorreva qualsiasi motivo, anche il più indiretto, a designare di preferenza alcun'altra delle preture del Comune.

« Attesochè, messo per tutte queste considerazioni per tanto in sodo, che il collegio di merito, movendo dall'erroneo concetto formatosi dell'articolo 40 del codice di rito, ha violato le norme di competenza, oramai è della podestà del Supremo Collegio di provvedere in osservanza dell'articolo 544 del codice medesimo, ecc. »

(1) Confr. art. 40, capov., cod. proc. civ.

(2) Cass. Torino, 27 gennaio 1885, *Tacoli* c. *Mazzoni* (*Giur.*, Torino, 1885, 189); App. Roma, 29 novembre 1876, *Scarpetta* c. *Gambardella* (*Temi Rom.*, 1893, 466); Trib. Ravenna, 20 dicembre 1882, *Farni* c. *Guasoni* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1883, 280); App. Palermo, 26 novembre 1883, *Capra* c. *Roussier* (*Circ. Giur.*, 1884, 215); Appello Casale, 8 aprile 1892, *Massarotti* c. *Visone* (*Giur. Cas.*, 1892, 416).

(3) App. Roma, 89 novembre 1896, *Scarpetta* c. *Gambardella* (*Temi Rom.*, 1893, 466); App. Genova, 10 luglio 1894, *Ciminago* c. *Spelta* (*Temi Gen.*, 1894, 474).

(4) App. Torino, 23 luglio 1867, *Tesio* c. *Soc. An. per l'affittamento dei molini di Pinerolo* (*Giur.*, Torino, 1867, 604).

(5) App. Catania, 18 luglio 1881, *Cancellieri* c. *Arletta* (*Giur. Cat.*, 1881, 138); Cass. Torino, 24 luglio 1869, *Soc. delle miniere di Monteponi* c. *Garnier* (*Ann.*, 1869, 1,187); App. Trani, 11 aprile 1893, *Siciliani* c. *Jeva* (*Pisanelli*, 1893, 98); Appello Roma, 7 febbraio 1883, *Zaccheo* c. *Ist. Pacifici* (*Temi Rom.*, 1883, 53); Cass. Palermo, 17 dicembre 1889, *Bonanno* c. *Brugnone* (*Circ. Giur.*, 1890, 206). — Contra: App. Casale, 15 luglio 1882, *Muscas* c. *Negro* (*Giur. Cas.*, 1882, 253); Cass. Napoli, 19 novembre 1867, *Laudisio* c. *Albanese* (*Gazz. Proc.*, II, 331).

cessa se non di comune accordo fra le parti (1) anche se l'atto relativamente al quale l'elezione di domicilio fu fatta, per eventi successivi, non fosse più produttore, per ciò che concerne il fondo del diritto, di tutte le conseguenze giuridiche delle quali era capace al momento della sua formazione (2). Medesimamente la competenza prorogata per elezione di domicilio avvenuta presso una persona od un ufficio non viene meno perchè venga a mancare la persona o l'ufficio presso il quale il domicilio fu eletto, salvo gli effetti che per tale mancanza si producono in ordine alla notificazione degli atti (3).

La competenza territoriale è prorogabile per qualunque titolo la stessa esista e per qualsiasi genere di causa; il disposto dell'art. 187, capov., del codice di proc. civile è generale e non ammette nella generalità delle sue espressioni restrizioni di sorta. Ond'è che anche nel caso di interdizione o di inabilitazione è prorogabile la competenza territoriale stabilita per questi giudizî.

133. Al n. 38 si è dimostrato che il legislatore italiano determina la competenza a base della azione che viene esperita. Tale sistema è seguito dal legislatore anche per ciò che concerne la competenza territoriale; nella sezione relativa a tale competenza si parla sempre di *azioni*. Ond'è che il titolo che investe il magistrato territoriale della competenza a conoscere di una controversia è l'azione che viene esperita, a base dell'azione stessa si determina quale è l'Autorità competente a giudicare. E delle azioni in rapporto alla competenza territoriale ci si va ad occupare nei capi che seguono.

Una osservazione preliminare è d'uopo però fare, e si è che in questo titolo non ci si occupa che della competenza territoriale relativamente ai cittadini italiani pei giudizi che contro gli stessi vengono introdotti in Italia: i cittadini italiani citati in Italia, qualunque sia il rapporto giuridico pel quale il giudizio viene introdotto, qualunque sieno le circostanze nelle quali il rapporto giuridico è sorto, non possono mai declinare la competenza dei magistrati italiani (4). Per quanto concerne la competenza pei giudizî contro italiani che sieno introdotti all'estero e pei giudizî contro stranieri introdotti in Italia od all'estero, ci si occuperà quando verrà parola del diritto internazionale per rapporto alla competenza.

Capo II. — **Azione personale ed azione reale su beni mobili.**

134. Le prime specie di azioni delle quali si occupa la legge nella determinazione della competenza per territorio sono l'azione personale relativa a beni mobili ed immobili e l'azione reale sui beni mobili. Queste due specie di azioni devono, relativamente alla competenza territoriale, esser regolate in via generale dalle stesse norme, dal momento che, non essendo possibile fissare *a priori* il luogo ove le cose mobili si trovano, se per le azioni relative a queste si volesse determinare la competenza in ragione del luogo ove le cose stesse si trovano, in molti casi lunghe indagini preliminari sarebbero necessarie per poter determinare la competenza: è la finzione che le cose mobili seguano il proprietario che anche in questo caso deve influire nelle disposizioni della legge.

Dacchè in via generale le due specie di azioni devono essere regolate da eguali norme relativamente alla competenza territoriale, non ne viene che in ogni e qualsiasi caso tale eguaglianza deve mantenersi; come si vedrà a suo luogo, in casi particolari le due specie di azioni sono regolate da norme diverse.

Le disposizioni relative alla competenza territoriale per le due specie di azioni delle quali ci si sta occupando sono contenute negli articoli 90 e 91 del codice civile; però, come sarà veduto a suo luogo, alcune azioni della specie di quelle oggetto del presente capo sono regolate da norme speciali. Ma queste norme speciali sono eccezionali; le regole generali sono quelle contenute negli articoli 90 e 91.

Dal momento che la competenza della quale ci si sta occupando è relativa all'azione personale ed all'azione reale sui beni mobili, a norma degli articoli 90 e 91 deve essere regolata la competenza per le azioni che hanno origine da obbligazione (5), per l'azione con cui si pretende la misura e la valutazione di lavori eseguiti sopra immobili da un appaltatore (6), per l'azione per rilascio di immobili in seguito ad avverata condizione (7), per l'azione colla quale il colono in esecuzione dei patti contrattuali domanda di ordinarsi una perizia per la valutazione dei miglioramenti arrecati all'immobile e di condannarsi il proprietario a pagargli la metà del valore dei miglioramenti stessi (8), per l'azione per conseguire dall'usufruttuario la cauzione (9), per l'azione del fittajuolo contro il locatore pel godimento del fondo locato (10) pella azione con cui si chiede il prezzo delle migliorie fatte sull'immobile altrui (11), per l'azione di falso princi-

(1) Cass. Napoli, 15 gennaio 1883, *Florio* c. *Pisapia* (*Giur. It.*, 1883, 1, 1, 257).

(2) Vedi Cass. Torino, 20 ottobre 1887, *Magiera* c. *Vitale* (*Mon. Trib.*, 1887, 986).

(3) Vedi Cass. Palermo, 19 gennaio 1878, *Di Stefano* c. *Ruggeri* (*Circ. Giur.*, 1878, 188).

(4) App. Genova, 4 giugno 1886, *Pelletier* c. *De Ferrari Galliera* (*Eco Gen.*, 1886, 231).

(5) Vedi App. Torino, 25 novembre 1872, *Bosco* c. *Fiorina* (*Giur.*, Torino, 1872, 251).

(6) Cass. Napoli, 8 novembre 1870, *Tramontano* c. *Castaldi* (*Gazz. Proc.*, v, 533).

(7) App. Palermo, 25 luglio 1873, *Polara* c. *Polara* (*Circ. Giur.*, 1873, 8).

(8) Cass. Palermo, 3 settembre 1873, *Capocardo* c. *Amante* (*Circ. Giur.*, 1873, 101).

(9) App. Milano, 25 settembre 1866, *Serra* c. *Maroni* (*Mon. Trib.*, 1866, 1044).

(10) Cass. Napoli, 4 febbraio 1868, *Arciconfr. ed Osp. dei Pellegrini e convalescenti* c. *Messina* (*Giurisprudenza Italiana*, 1868, 1, 1, 138).

(11) App. Messina, 30 agosto 1882, *Reitano* c. *Turbacco* (*Foro Mess.*, II, 186).

pale (1), per l'azione diretta ad ottenere l'altrui interdizione (2), per l'azione diretta ad ottenere la rinnovazione di un titolo relativo ad una prestazione che si esige per quadri o ruoli esecutivi (3), per l'azione spiegata contro l'ordine Gerosolimitano onde ottenere le bolle di investitura di commende, di giuspatronato di famiglia (4), per l'azione onde ottenere la misurazione di beni stabili compravenduti onde determinarne il prezzo (5), per l'azione di disconoscimento di paternità (6), per l'azione del marito contro la moglie onde costringerla a recarsi al domicilio coniugale (7), per l'azione di rescissione di un contratto di vendita di immobili per lesione (8).

Questa competenza è determinata avuto riguardo alle persone citate in giudizio, ond'è che non può il convenuto, per escludere la competenza per territorio del giudice adito, opporre la malizia dell'attore nel citare lui, fondando la sua eccezione su che l'azione doveva essere diretta contro altri, essendo questa una eccezione di merito che riguarda non la competenza ma il fondamento della azione (9).

135. Attesa la tendenza del legislatore a cercar di rendere meno incomodo e meno dispendioso l'accesso al giudice e meno difficile la difesa, doveva il legislatore dare disposizioni tali che non fosse possibile portare la causa in luogo diverso da quello in cui alle parti fosse più facile e meno dispendioso l'adire il magistrato. E siccome alle parti è più facile e meno dispendioso adire il giudice del luogo in cui è il centro principale dei loro affari ed interessi, ed in cui hanno la loro dimora abituale, così doveva necessariamente designare come competente in via ordinaria il giudice del luogo in cui le parti hanno il loro domicilio o la loro residenza (10). Nel caso in cui le parti hanno il loro domicilio o la loro residenza nella stessa circoscrizione giudiziaria non si presentano difficoltà, ma nel caso in cui le parti sono domiciliate in circoscrizioni distinte, il legislatore doveva necessariamente scegliere l'Autorità giudiziaria di una delle circoscrizioni. E nella scelta doveva dare la preferenza alle Autorità giudiziarie del luogo di domicilio o di residenza del convenuto, perchè fino a quando non havvi una sentenza che accogliendo la domanda dell'attore dimostri che la ragione è dalla parte di questo, la presunzione si è che la ragione sia dalla parte del convenuto, e però è questa la persona per la quale il legislatore deve avere i maggiori riguardi: il broccardo *actor sequitur forum rei* non è che una regola di giustizia della quale il legislatore deve fare applicazione in materia di competenza territoriale. Non è però il caso di stabilire una preferenza del magistrato del luogo di domicilio sul magistrato del luogo di residenza, perchè, sebbene la legge tracci i caratteri del primo e della seconda, pure nella pratica è, se non altro, difficile determinare se la persona ha in un luogo il domicilio piuttosto che la residenza, e però una preferenza del magistrato di uno dei luoghi al magistrato dell'altro luogo dà origine a questioni preliminari che in materia di competenza è d'uopo, per quanto è possibile, evitare (11).

Di qui il disposto dell'art. 90, 1ª parte, del codice di procedura civile pel quale l'azione personale e l'azione reale sui beni mobili si propongono davanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui il convenuto ha domicilio o residenza (12). Il domicilio coniugale confondendosi con quello del marito finchè non sia seguita la separazione personale, è dinanzi a questo domicilio che deve essere portata la domanda del marito contro sua moglie per reintegrazione del domicilio coniugale. Dal momento che il figlio minore non ancora emancipato, sino a che non sia stato disconosciuto, ha il domicilio del padre, così è a questo domicilio che deve essere citato il figlio minore non emancipato anche se si tratta di azione di disconoscimento di paternità (13). Questi principî però valgono quando la moglie o il figlio siano in possesso di questo stato; che se non si trovassero in possesso di questo stato o l'azione tendesse a far dichiarare nelle persone la qualità di moglie o di figlio, la competenza non dovrebbe essere determinata a base del domicilio del preteso marito o del preteso padre, ma a base del domicilio della parte citata, dal momento che se altrimenti si ritenesse, si ammetterebbe l'esistenza di quello stato sulla esistenza del quale si contende. La moglie ha per legge il domicilio del marito, ma per legge non ne ha la residenza; ond'è che se nel fatto la residenza della moglie è diversa dalla residenza del marito, dal momento che spetta all'attore la scelta di citare il convenuto nel domicilio o nella residenza di questi, ben potrebbe la moglie esser citata nella sua residenza invece di essere citata nel luogo di domicilio del marito.

Quale sia il domicilio o la residenza di una persona va determinato colle norme che saranno esposte alla voce **Domicilio, residenza** e **dimora**, alla quale si rimanda (14). Qui è solo il caso di rilevare che per le materie commerciali al domi-

(1) App. Trani, 5 dicembre 1882, *Soria* c. *Pisanelli* (*Riv. di giur.* di Trani, 1883, 149).

(2) App. Firenze, 12 maggio 1885, *Buccianti* c. *Montier* (*Ann.*, 1885, 2, 463).

(3) Cass. Roma, 29 maggio 1885, *Fondo Culto* c. *Telesio* e *Janigro* (*Corte Suprema*, 1885, 463).

(4) Trib. Roma, 29 gennaio 1886, *Cappellari* c. *Cappellari* (*Legge*, 1886, 1, 350).

(5) App. Casale, 15 dicembre 1885, *Cameron* c. *Bonelli* (*Giur. Cas.*, 1886, 50).

(6) Cass. Torino, 31 dicembre 1884, *Patrone* c. *Cappellini* (*Foro It.*, 1885, 1, 703).

(7) Cass. Napoli, 5 novembre 1889, *Forace* c. *La Nave* (*Dir. e Giur.*, v, 361).

(8) Trib. Bari, 18 maggio 1892, *Cioccia* c. *Lovascio* (*Pisanelli*, 1892, 148).

(9) App. Genova, 17 febbraio 1887, *Laurette* c. *Piaggio* (*Eco Gen.*, 1887, 72). — Contra App. Casale, 10 maggio 1890, *Pagliani* c. *Roccomagno-Pentore* (*Giur. Cas.*, 1890, 278).

(10) Vedi App. Venezia, 26 marzo 1874, *Millich* c. *Pozzobono* (*Legge*, 1874, 1, 753).

(11) Come si legge nella Relazione ministeriale, pag. 31 e 32, non si credette di stabilire alcuna preferenza fra il titolo del domicilio e quello della residenza, perocchè, se da un lato il domicilio è la sede giuridica della persona, d'altra parte esso non è che una finzione legale, nel mentre la residenza accerta un fatto attuale e costante.

(12) Vedi Trib. di Messina, 3 settembre 1870, *Lo Giudice* c. *Di Domenico* (*Temi Zancl.*, 1870, 133); Cass. Napoli, 10 dicembre 1868 e 4 marzo 1869, *Nunziante* c. *Nunziante* (*Gazz. Proc.*, iv, 9 ed *Ann.*, 1869, 1, 633); App. Milano, 4 marzo 1869, *Nunziante* c. *Nunziante* (*Ann.*, 1889, 633); App. Genova, 4 marzo 1867, *Carrara* c. *Lattes* (*Gazz. dei Trib.*, Genova, 1867, 771); 3 gennaio 1872, *Ristorni* (*Gazz. dei Trib.*, Genova, 1872, 468).

(13) App. Genova, 30 luglio 1883, *Patrone* c. *Cappellini* (*Foro It.*, 1884, 1, 768) confermato dalla Cassazione di Torino, 31 dicembre 1884 (*Foro It.*, 1885, i, 703).

(14) Vedi Cass. Torino, 29 dicembre 1870, *Pavaluppi* c. *Pavaluppi* (*Ann.*, 1871, 1, 375); Cass. Napoli, 10 dicembre 1868, *Nunziante* c. *Nunziante* (*Gazz. Proc.*, iv, 9); App. Genova, 7 aprile 1893, *Schiaffino* c. *Repetto* (*Giurista*, 1893, 330); App. Bologna, 11 marzo 1886, *Santucci* c. *Banca popolare di Faenza* (*Rivista*

cilio o residenza reale delle persone è pareggiato il luogo in cui l'institore o rappresentante delle persone stesse esercita il commercio in nome di queste. Acciò vi sia un tale pareggiamento sono però necessarie due condizioni. La prima si è che citato sia l'institore od il rappresentante: se fosse citato il proponente dovrebbe essere seguito il fòro di questi. La seconda condizione si è che trattisi di atti relativi al commercio al quale l'institore o rappresentante è preposto: se si trattasse di atti diversi dovrebbe essere seguito il fòro di domicilio o residenza del proponente (1).

136. Tanto il domicilio quanto la residenza di una persona possono essere non conosciuti e, in questo caso, a termini dell'articolo 90, 1ª parte, del codice di procedura civile l'azione personale e l'azione reale sui beni mobili si propongono avanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui il convenuto dimora, avanti l'Autorità giudiziaria del luogo, cioè, in cui esso si trova non abitualmente (2). Dal momento che la competenza dell'Autorità giudiziaria del luogo in cui il convenuto dimora è ammessa solo nel caso in cui il convenuto non abbia domicilio e residenza conosciuti, l'attore che abbia citato il convenuto avanti l'Autorità giudiziaria del luogo di dimora, ed al quale sia eccepita la incompetenza dell'Autorità giudiziaria adita, deve provare che il domicilio e la residenza non erano conosciuti; ed a riuscire in questa prova non gli basterebbe provare che egli non li conosceva. È d'uopo dunque che egli provi che dalle generalità delle persone del luogo di dimora del convenuto, e che si trovano in relazione con questi, non erano conosciuti il domicilio e la residenza del convenuto stesso, e solo quando riesce in questa prova l'eccezione d'incompetenza dovrà essere respinta. Ma se il convenuto prova che il suo domicilio e la sua residenza, sconosciuti alla generalità delle persone colle quali egli si trova in relazione, erano conosciuti dall'attore, l'eccezione d'incompetenza dovrà essere accolta. È però il convenuto che deve dare questa prova, non già l'attore: la prova che egli non conosceva il domicilio o la residenza del convenuto sarebbe per lui impossibile, essendo la prova di un fatto negativo; quando egli ha provato il fatto positivo che la generalità delle persone colle quali il convenuto si trova in relazione nel luogo di dimora ignorava il domicilio o la residenza di questi, egli ha posto in essere le condizioni volute dalla legge perchè vi sia la competenza dell'Autorità giudiziaria del luogo di dimora; il suo compito con ciò è terminato.

Ma, oltre che il luogo di domicilio o di residenza, può essere sconosciuto il luogo di dimora del convenuto (3). Questo caso non è previsto dalla legge, sicchè è d'uopo supplire al silenzio che dalla legge sul proposito è serbato. Vi ha chi ritiene che in tal caso, se havvi un altro fòro competente, questo fòro debba essere adito, in caso contrario sia al fòro del domicilio o residenza dell'attore che deve essere introdotta la causa (4); vi ha chi ritiene che l'attore possa iniziare il giudizio innanzi al magistrato che a lui meglio piaccia di scegliere (5). Quest'ultima opinione non può essere accolta: in nessun caso la legge lascia all'arbitrio dell'attore il citare il convenuto innanzi a quel fòro che ad esso attore meglio piaccia; l'accordare una simile facoltà nel caso in cui il domicilio, la residenza o la dimora del convenuto siano ignoti è assolutamente arbitrario. Nemmeno la prima opinione è ammissibile; come si vedrà più innanzi per quanto concerne l'azione personale e l'azione reale sui beni mobili i fòri diversi dal fòro di domicilio, residenza o dimora del convenuto sono fòri facoltativi per l'attore, non trova dunque base nella legge il rendere i fòri stessi obbligatorii nel caso che si sta esaminando. Non è però difficile dare la soluzione della questione proposta ricorrendo all'analogia. Il caso in cui il domicilio, la residenza o la dimora di una persona non siano conosciuti è analogo al caso in cui uno straniero non abbia domicilio nel regno, caso che è previsto dall'art. 107 del codice di procedura civile; è l'art. 107 del codice di procedura civile che per analogia deve essere applicato nel caso in esame. E però se havvi domicilio eletto nel regno o sia stabilito un luogo per l'esecuzione del contratto la citazione dovrà essere introdotta avanti uno di questi due fòri; nel caso contrario è proposta davanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui l'attore ha domicilio o residenza.

137. La sede principale degli affari od interessi di una persona giuridica è il luogo dove risiede la rappresentanza della persona stessa, è questo il centro dal quale l'azione della persona giuridica si irradia. Ond'è che l'azione personale e l'azione reale sui beni mobili contro una persona giuridica va proposta avanti l'Autorità giudiziaria del luogo ove esiste la rappresentanza della persona stessa (6). Se questa persona giuridica, però, è una società, l'art. 90, capov. 2°, del codice di procedura civile dispone che le azioni si propongano davanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui è la sede della amministrazione, o si trovi uno degli stabilimenti sociali con un rappresentante della società (7), in quanto l'atto in seguito al quale sorse il rapporto giuridico che si fa valere colla azione esperita, sia stato compiuto dallo stabilimento sociale in rapporto al quale si vuole determinata la competenza; chè se l'atto fosse posto in essere nella sede sociale od in uno stabilimento diverso, di questa ragione di competenza non sarebbe il caso di discorrere (8). Ma anche quando siavi questa ragione di competenza, non è obbligatorio adire l'Autorità giudiziaria del luogo in cui si trova lo stabilimento invece di quella del luogo in cui è la sede sociale; la forma alternativa colla quale è redatta la disposizione del 2° capoverso dell'art. 90 del codice di procedura civile fa necessariamente venire a siffatta conclusione (9).

---

giur., Bologna, 1886, 69); Cass. Napoli, 28 febbraio 1893, *Baffi* c. *Econom. generale* (*Dir. e Giur.*, VIII, 367).

(1) Art. 375 cod. comm.

(2) App. Macerata, 21 dic. 1870, *Micozzi* c. *Terzi* (*Giur. It.*, 1870, 2, 804).

(3) Confr. art. 141 cod. proc. civ.

(4) Confr. Pescatore, *Filosofia e Dottrine giuridiche*, I, p. 273. Mariani, *Corso el. di proc. civ.*, n. 478. Cuzzeri, sull'art. 91. Mattirolo, I, 687.

(5) Mortara, *Man.*, n. 162.

(6) Confr. art. 139, capov. 1°, cod. proc. civ.

(7) App. Napoli, 30 aprile 1868, *Fornaro* c. *Sarino* (*Giur. It.*, 1868, 2, 343); App. Genova, 30 giugno 1875, *Banco di Sconto e Sete* c. *Carvare* (*Gazz. N.*, 1875, 554). Vedi anche Cass. Napoli, 9 marzo 1869, *Banca Nazionale* c. *Ladiso* (*Gazz. giur.*, 1869, 301); App. Torino, 22 dicembre 1868, *Mazzoni* c. *Swarzembach* (*Giur.*, Torino, 1869, 250); App. Cagliari, 15 ottobre 1881, *Mastio* c. *Gastoldi* (*Diritto*, Cagliari, 1882, 149); Trib. cons. di Costantinopoli, 5 aprile 1883, *Seefelder* c. *Bembassat* (*Legge*, 1883, 1, 747); App. Roma, 28 aprile 1894, *Allievi* c. *Ferr. Mediterr.* (*Temi Rom.*, 1894, 129); Cass. Roma, 23 gennaio 1882, *Comp. Gen. delle Miniere* c. *Sbressa* (*Legge*, 1883, 1, 548).

(8) Vedi Cass. Napoli, 6 marzo 1869, *Sciaccaluga* c. *Ladisa* (*Ann.*, 1869, 1, 225).

(9) Vedi App. Genova, 2 febbraio 1894, *Banca Genova* c. *Caulino* (*Giurista*, 1894, 113).

Perchè l'art. 90, capov. 2°, del codice di procedura civile possa ricevere applicazione, è necessario si tratti di società avente personalità giuridica (1); quando una società non ha personalità giuridica, non è contro la società che si può agire, come presuppone la disposizione della legge della quale ci si sta occupando, ma contro i soci, ed allora, trattandosi di persone fisiche, è la prima parte dell'art. 90 col capoverso primo dell'articolo stesso, non già il capoverso secondo, che può ricevere applicazione.

Quando la persona giuridica, sia essa o no una società (2), esercita il commercio, in allora al suo domicilio reale è pareggiato, come per le persone fisiche, il luogo in cui risiede un suo institore o rappresentante, per ciò che concerne le azioni relative ad atti posti in essere nell'esercizio del commercio al quale l'institore o rappresentante è preposto (3). Ma, per ciò che è estraneo all'esercizio di tale commercio, deve adirsi l'autorità giudiziaria del luogo ove siede l'amministratore dell'istituto (4).

138. Il cangiamento che si verificasse nel domicilio o nella residenza del convenuto prima che si introduca il giudizio, anche se posteriore al sorgere del rapporto giuridico al quale il giudizio si riferisce, deve essere tenuto in conto per determinare la competenza. Ma non deve essere tenuto in alcun conto il cangiamento che si verificasse posteriormente alla citazione, anche se dipendente da un cangiamento dello stato delle persone (5). Infatti, se, come si è veduto al n. 40, i cangiamenti avvenuti durante il giudizio allo stato di fatto quale esisteva al momento della citazione, non vanno tenuti a calcolo nella determinazione della competenza, per tale determinazione non può essere tenuto a calcolo il cangiamento di domicilio del convenuto che si verificasse dopo la citazione.

139. Per l'art. 91, 1ª parte, del cod. di procedura civile, l'azione personale e l'azione reale sui beni mobili si possono anche proporre davanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta o deve eseguirsi l'obbligazione, od in cui si trovi la cosa mobile oggetto della azione; e pel capoverso dell'articolo stesso nelle materie commerciali l'azione personale e l'azione reale sui beni mobili si possono proporre avanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui fu fatta la promessa o la consegna della merce, od in cui deve eseguirsi l'obbligazione, sebbene il convenuto non sia ivi citato in persona propria.

Il fondamento di questa disposizione di legge non può trovarsi in una tacita proroga della competenza che la legge presuma essere stata consentita dalle parti (6). Questa tacita proroga di competenza si potrebbe attribuire come ragione della legge nel caso che solo delle azioni personali derivanti da contratto si occupasse l'art. 91; in allora si potrebbe ancora ritenere che le parti consentendo al contratto consentano anche ad essere tratte, se del caso, ad un fòro diverso da quello del loro domicilio. Ma, indipendentemente dalla decisione che si deve dare sulla questione se l'art. 91 della procedura, oltre che alle obbligazioni derivanti da contratto si debba applicare anche a quelle derivanti da quasi contratto, delitto o quasi delitto e dalla legge, questione della quale ci si occuperà in prosieguo, l'art. 91 colle azioni personali derivanti da contratto pone assieme le azioni reali sui beni mobili per le quali di consenso tacito alla proroga non è il caso di discorrere, dimostrazione evidente che diverso da una presunta tacita proroga della competenza, deve essere il fondamento dell'art. 91 citato. Il vero fondamento dell'art. 91 si è che nei luoghi nell'articolo stesso indicati, è più facile raccogliere le prove dei fatti il cui accertamento è necessario per decidere delle controversie, e che però è conveniente disporre che la causa sia portata avanti quel fòro.

Riconosciuto tale fondamento all'art. 91, i principii nello stesso posti appariscono come facienti eccezione alla regola generale posta nel precedente art. 90; eccezione introdotta a favore dell'attore (7), e perchè tale, costituente una semplice facoltà e non già un obbligo da parte dell'attore (8) di trarre il convenuto avanti il fòro dall'art. 91 designato. Dacchè l'articolo 91 costituisce una eccezione alla regola posta nell'art. 90, l'art. 91 stesso non è applicabile se non nei casi nell'articolo stesso contemplati (9). Dal momento che la legge non pone restrizioni alla sua applicazione relativamente alla persona convenuta, l'articolo stesso è applicabile tanto nel caso in cui deve essere convenuta una persona fisica, quanto nel caso in cui deve essere convenuta una persona morale (10).

Come si è veduto, l'art. 91 consta di due parti: nella prima contiene una regola generale a favore dell'attore senza distinzione di materia, nella seconda sono accordate all'attore delle facoltà se si tratta di materia commerciale; il capoverso dell'art. 91 comincia colle parole « nelle materie commerciali possono *anche* proporsi.... »; l'*anche* dimostra che nel concetto del legislatore nelle materie commerciali il capoverso dell'art. 91 è applicabile senza pregiudizio dell'applicabilità della prima parte dell'articolo stesso (11). Per dirla in altri termini, nelle materie commerciali l'attore può giovarsi dell'art. 91, capoverso, ma se un caso non è previsto nel detto capoverso ma entra nel disposto della prima parte dell'articolo, l'attore può giovarsi di tale prima parte.

Ci si occuperà anzitutto della prima parte dell'art. 91 e poi del capoverso.

---

(1) Contra Cass. Roma, 12 gennaio 1880, *Eredi Colaru* c. *De Katt* (*Foro It.*, 1880, 1, 569).

(2) Vedi App. Roma, 18 maggio 1887, *Ferr. Romane* c. *Banco di Napoli* (*Cons. amm.*, 1887, 252).

(3) Articolo 672, prima parte, cod. comm. Vedi App. Genova, 14 maggio 1886, *Traina* c. *Bisagno* (*Eco Gen.*, 1886, 149); Trib. Genova, 7 novembre 1887, *Bologna* c. *Cannizzo* (*Eco Gen.*, 1887, 350); App. Venezia, 1° giugno 1888, *Ungaro* c. *Soc. It. Assicurazioni* (*Temi Ven.*, 1888, 345); Cass. Torino, 13 settembre 1894, *Soc. « La Provinciale »* c. *Musso* (*Giur.*, Torino, 1894, 798).

(4) Vedi Cass. Napoli, 6 marzo 1869 citata alla nota 8 della pagina precedente.

(5) Vedi App. Catania, 1° ottobre 1872, *Finanze* c. *Paternò* (*Giur. Cat.*, 1872, 176); Cass. Firenze, 27 marzo 1867, *Cavalenzi* c. *Dini* (*Ann.*, 1867, 1, 118); Trib. Torino, 11 giugno 1880, *Del Giudice* c. *De Stefanis* (*Giur.*, Torino, 1880, 484).

(6) Cont. Mattirolo, 1, 854.

(7) App. Milano, 11 maggio 1875, *Dall'Orto* c. *Banco Sconto in Lecco* (*Mon. Trib.*, 1875, 577).

(8) Cass. Torino, 28 febbraio 1872, *Caviglia* c. *Cogo* (*Legge*, 1872, 1, 439).

(9) Vedi App. Lucca, 14 marzo 1887, *Hamspohn* c. *Bey di Tunisi* (*Foro It.*, 1887, 1, 474); App. Genova, 10 aprile 1891, *Chiggiani* c. *Polese* (*Temi Gen.*, 1891, 328).

(10) Vedi App. Milano, 28 febbraio 1882, *Furse* c. *Vedovatti* (*Mon. Trib.*, 1887, 518).

(11) App. Milano, 6 settembre 1892, *Kolln* c. *Gurlino* (*Mon. Trib.*, 1892, 888); App. Casale, 5 luglio 1890, *Zardetto* c. *Soc. Pedemonte* (*Giur. Cas.*, 1891, 41).

140. L'azione reale sui beni mobili può essere portata alla cognizione dell'Autorità giudiziaria del luogo ove si trova la cosa mobile, oggetto della azione. È solo per l'azione reale sui beni mobili che questo principio è applicabile, non già per l'azione personale, anche se a base della azione personale si vuole esigere cosa che si trova nella giurisdizione della autorità giudiziaria adita. Infatti nell'azione personale, oggetto dell'azione non è la cosa mobile che si vuole ottenere; è il fatto della persona che si vuol tenuta a dare, fare o tollerare alcunchè; la cosa dovuta viene nella azione solo indirettamente, non è il suo vero oggetto. Nelle azioni personali, dunque, relativamente al luogo ove si trova la cosa mobile dovuta, non si verificano quelle condizioni che dalla legge sono volute a che vi sia la competenza del giudice del luogo ove si trova la cosa (1), e però la disposizione eccezionale dell'art. 91, 1ª parte, cod. di procedura civile, non può ricevere applicazione. Tanto meno poi una tale disposizione è applicabile nel caso in cui nella circoscrizione dell'autorità giudiziaria adita non si trovi che la cosa immobile relativamente alla quale si esperimenta l'azione personale (2).

141. Per ciò che concerne l'azione personale, la prima parte dell'art. 91 stabilisce che l'azione possa essere introdotta avanti due autorità giudiziarie diverse; stabilisce la competenza della Autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta l'obbligazione, e la competenza della Autorità giudiziaria del luogo ove l'obbligazione deve eseguirsi. Sono due titoli distinti di competenza territoriale, dell'uno o dell'altro dei quali l'attore può profittare, senza che uno abbia prevalenza sull'altro (3), e però quando havvi l'uno, e dello stesso trae profitto l'attore, è inutile indagare se o meno esista anche l'altro (4). Per decidere poi se questi titoli di competenza esistano, non è il caso di indagare se il rapporto giuridico, nei termini nei quali l'attore lo fa valere, realmente sussista; questa è indagine di merito, non di competenza: per l'indagine di competenza basta accertare l'esistenza di un titolo il quale faccia apparire che l'obbligazione fu contratta o deve eseguirsi nella circoscrizione della autorità giudiziaria adita; per dirla in altri termini, per la competenza si riguarda alla apparenza non già alla realtà del titolo fatto valere dall'attore (5).

Contrarre una obbligazione è termine generale che vale ad indicare il sorgere della obbligazione qualunque sia la causa dalla quale l'obbligazione deriva; e però contrarre l'obbligazione si dice tanto nel caso in cui l'obbligazione derivi da donazione, quanto nel caso derivi da contratto, quasi-contratto, delitto, quasi-delitto o legge (6). Se ciò è vero, è d'uopo dedurre che l'art. 91, 1ª parte, del codice di procedura civile è applicabile alle obbligazioni tutte (7), anche alle obbligazioni derivanti da delitto (8), anche alle obbligazioni derivanti dalla legge (9). Ma è d'uopo che si tratti di obbligazioni vere e proprie, cioè di interessi patrimoniali; ond'è che, per esempio, in materia di matrimonio, la prima parte dell'art. 91 non potrebbe ricevere applicazione (10).

Il luogo nel quale l'obbligazione è contratta è diverso a

(1) Vedi Pret. Morcone, 20 agosto 1881, *Lombardi* c. *Paolucci* (*Gazz. Proc.*, XVI, 414); Trib. Oristano, 15 luglio 1893, *Poadiche* c. *Poadiche* (*Giur. Sarda*, 1833, 93).

(2) Contra: Cass. Roma, 20 marzo 1885, *Capri* c. *Doria* (*Temi Rom.*, 1885, 96).

(3) Contra App. Milano, 16 agosto 1867, *Gianloninì* c. *Luraghi* (*Gazz. G.*, 1867, 349). — Vedi anche App. Genova, 24 marzo 1866, *Durando* c. *Levi* (*Gazz. G.*, 1866, 534); App. Torino, 26 febb. 1884, *Pellegatti* c. *Giannotti* (*Giur.*, Torino, 1872, 301); App. Trani, 28 febb. 1878, *Viviani* c. *Bezzi* (*Riv. di giur.*, Trani, 1878, 492).

(4) Vedi Cass. Torino, 6 luglio 1881, *Calì* c. *Ferrero* (*Mon. Trib.*, Milano, 1881, 849).

(5) App. Lucca, 1 dicembre 1873, *Resta* c. *Della Beffa* (*Ann.*, 1874, 2, 67).

(6) Confr. art. 1141, 1218 cod. civ.

(7) Contra Mattirolo, I, 854. Derivato il titolo della competenza di cui la I p. dell'art. 91, dalla tacita proroga della competenza consentita dalle parti, è naturale che si limiti l'applicabilità dell'art. stesso alle obbligazioni contrattuali; ma derivato in quella vece dalla maggiore facilità di procedere alla istruzione della causa, come lo si è derivato al n. 139, l'applicabilità dell'art. 91, I p. a tutte le obbligazioni, risulta evidente. V. sul proposito App. Modena, 13 maggio 1885, *Savorelli* c. *Finanze* (*Foro It.*, 1885, I, 689).

(8) Vedi Cass. Firenze, 31 marzo 1873, *Strade ferr. romane* c. *Filippi* (*Legge*, 1873, 1, 1107); Trib. di Massa, 22 dicembre 1868, *Contadini* c. *Francesco d'Austria* (*Legge*, 1869, 1, 201); App. Bologna, 9 luglio 1875, *Villani* c. *Ferr. merid.* (*Gazz. G.*, 1875, 649); Trib. Roma, 4 dicembre 1883, *Carrara* c. *Perino* (*Temi Rom.*, 1884, 611); Trib. Pinerolo, 5 febbraio 1887, *Rosso* c. *Magia* (*Legge*, 1887, 1, 350); App. Genova, 14 febbraio 1890, *Berlusconi* c. *Bernasconi* (*Foro It.*, 1890, I, 456); App. Genova, 24 febbraio 1894, *De Negri* c. *Bardo* (*Temi Gen.*, 1894, 172).

(9) App. Catania, 4 aprile 1883, *Fondo Culto* c. *Barbagallo* (*Giur. Cat.*, 1883, 69).

(10) Ricci, *Giur. It.*, 1881, 2, 328; Bolaffio, *Gazz. leg.*, 1881, 361; Cuzzeri, sull'art. 91, *contra* Mattirolo, I, 854; Mortara, *Man.*, 161. Vedi App. Lucca, 31 maggio 1887, *Pugliese* c. *Peresa* (*Ann.*, 1887, 2, 29); Cass. Napoli, 5 novembre 1889, *Forace* c. *La Nave* (*Dir. e Giur.*, V, 321).

La soluzione accolta nel testo è stata anche accolta dalla decisione dell'Appello di Venezia, 3 maggio 1881, *Valentise* c. *Valentise* (*Temi Veneta*, 1881, 251), così motivata:

« Considerando che il matrimonio è una società domestica liberamente contratta fra due persone di diverso sesso, avente per fine non solamente la propagazione della specie, ma ben anche un mutuo scambio di affetti e di cure, onde sostenere i pesi della vita, e la partecipazione dei comuni destini. Il matrimonio infatti non può avere per fine esclusivo la propagazione della specie, altrimenti la legge si troverebbe costretta ad impedirlo *in extremis*, quando cioè, urgendo il pericolo di morte, due persone legate da precedenti rapporti d'affetto cercano, prima che una di esse discenda nel sepolcro, di regolare in faccia alla legge la loro reciproca posizione; e dovrebbe pure interdirlo a coloro, segnatamente di sesso femminile, che per l'età, secondo le leggi di natura, sono resi impotenti alla generazione. Quello che principalmente costituisce l'essenza del matrimonio è l'obbligazione che contraggono gli sposi, secondo le forme e le condizioni prescritte dalle leggi, della convivenza, della reciproca fedeltà e del mutuo soccorso ed assistenza (art. 130, Cod. civ.). Da ciò l'assioma giuridico che: *Nuptias, non concubitus, sed consensus, facit.*

« Siffatta reciprocità e comunanza di diritti esistenti fra i coniugi, imprime appunto al matrimonio il carattere di società domestica, società, la quale come fondamento della famiglia, e vivaio del civile consorzio, formò oggetto di specialissime disposizioni dalla legge dirette a determinare le qualità e condizioni richieste nelle parti contraenti; le forme relative alla celebrazione dell'atto, i casi e le forme di opposizione alla celebrazione del matrimonio, le domande di nullità, le obbligazioni che ne nascono, ed i diritti ed i doveri rispettivi dei coniugi. Nel matrimonio sono interessati non solo i coniugi contraenti, ma ben anche i nascituri dai medesimi; ed il relativo contratto forma pei contraenti stessi e per coloro che da essi discendono, uno stato personale, lo stato cioè di famiglia, riconosciuto dalla legge, ed al quale gli stessi coniugi non possono derogare con contrarie stipulazioni, come, ad esempio, quella che il marito non sia il capo della famiglia, che la moglie non debba assumere il cognome del marito e seguirne la condizione civile.

« Considerando che l'azione esercitata dalla signora L. non

seconda dell'indole della obbligazione. Nelle donazioni è il luogo dove avvenne l'accettazione da parte del donatario, poichè solo in seguito a tale atto la donazione diviene perfetta. Nelle obbligazioni contrattuali il luogo ove fu contratta

---

tende ad obbligare il marito alla soddisfazione del debito coniugale mediante il concubito, pel quale atto non vi può essere designazione di luogo, ed è assurdo il supporre che la legge fosse per accordare un'azione qualunque, ma bensì mira a provocare la nullità dell'avvenuto matrimonio in causa della pretesa constatata impotenza e perpetua del marito a soddisfare all'obbligo stesso anteriore al matrimonio. Si vuole quindi coll'introdotta azione di nullità far dichiarare sciolta la società domestica coniugale, contratta col matrimonio fra l'attrice ed il convenuto.

« Considerando che nella specie di fatto non si verificano le condizioni richieste dall'art. 91 del cod. di proc. civ. per ritenere la competenza del tribunale di Treviso a conoscere della causa di nullità di matrimonio davanti al medesimo promossa dalla L., anzichè quella del tribunale di Palmi, nella cui giurisdizione ha domicilio il convenuto nel giudizio suddetto R. V. In quell' articolo infatti si tratta, non solo di un'obbligazione specifica, assunta in luogo determinato, e da eseguirsi in un luogo parimenti determinato, ma ben anche di un'obbligazione il cui adempimento possa essere esigibile con azione personale civile. Nella specie di fatto invece l'oggetto dell'azione non concerne un'obbligazione specificatamente assunta, per l'adempimento della quale sia preferito un luogo qualunque, e competa per patto o per legge un'azione civile; ma si tratta invece dell'annullamento di un atto giuridico, dal quale risultano obbligazioni, determinate bensì, non già dalla volontà delle parti, ma dalla legge, ed all'adempimento di taluna delle quali compete azione civile, non già in forza della convenzione, ma per disposizione della legge. L'obbligazione però, per l'inadempimento della quale la L. agisce in oggi contro il proprio marito, è puramente naturale e morale: e non si può dire che col matrimonio contratto abbia il convenuto assunto l'obbligo di soddisfarvi per modo da potere esservi astretto civilmente dinanzi il tribunale nella cui giurisdizione verificavasi il matrimonio, da cui l'obbligo medesimo esclusivamente dipende. Non è quindi dinanzi il tribunale dove fu celebrato il matrimonio, cioè dinanzi il tribunale di Treviso, ma davanti il tribunale di Palmi, nella cui giurisdizione risiede il P., che doveva introdursi la causa di nullità del matrimonio da esso contratto colla signora L., perchè colla causa medesima si vuole privarlo della dignità d'uomo, negandogli il carattere della virilità; si vuole diminuire il di lui stato civile, privandolo della qualità di capo di famiglia; e si pretende distruggere dalle fondamenta la società domestica da esso formata col matrimonio, che s'impugna, applicando pur anche per analogia sotto quest'ultimo rapporto per determinare la competenza del tribunale di Palmi su quella del tribunale di Treviso il disposto dell'art. 96 del cod. di proc. civile.

« D'altronde, nel giudizio per nullità di matrimonio, la legge presuppone la coabitazione della moglie col marito, primo degli obblighi imposti ai coniugi coll'art. 130 del cod. civile.

« Difatti nell'art. 106, che regola e disciplina il caso di nullità del matrimonio per mancanza di consenso, o per errore, è dichiarata inammissibile la dimanda di nullità se vi fu coabitazione continuata per un mese, dopo che lo sposo reclamante abbia acquistata la sua libertà, nel caso di violentato consenso, e conosciuto errore.

« E tale disposizione è applicabile anche al caso contemplato nel successivo art. 107 (che appunto regola la controversa fattispecie) risolvendosi l'impotenza manifesta e perpetua di uno dei coniugi, anteriore al matrimonio, in un titolo di nullità del matrimonio medesimo siccome contratto per errore, essendo ovvio ritenere che se lo sposo innocente avesse conosciuta l'impotenza dell'altro non avrebbe consentito al contratto matrimoniale. E che la legge, nell'introduzione del giudizio di nullità del matrimonio, presupponga la coabitazione dei coniugi, lo si rileva inoltre dal disposto dell'art. 115 del cod. civ., secondo il quale il tribunale, sulla richiesta di uno dei coniugi, in seguito alla dimanda di nullità, può ordinare la separazione temporanea dei coniugi; e può ordinarla di ufficio, se amendue, od anche uno dei coniugi stessi, siano minori di età.

« Ora, se nel giudizio di nullità si presuppone la coabitazione dei coniugi; se la moglie per l'art. 18 del codice civile ha per domicilio il domicilio del marito, e davanti il tribunale nella cui giurisdizione il domicilio medesimo esiste che deve introdursi il giudizio di nullità del ma rimonio, non già dinanzi un tribunale qualunque, nella cui giurisdizione per avventura la moglie ed il marito potessero momentaneamente soggiornare, quand'anche, come nel caso, si tratti del tribunale nella cui giurisdizione abbia avuto luogo per cause accidentali la celebrazione del matrimonio medesimo.

« Considerando che tanto più devesi nella specie di fatto rispettare il diritto del fôro, diritto garantito ad ogni cittadino dallo statuto all'art. 71 colla disposizione che nessuno può essere distolto da' suoi giudici naturali, inquantochè, avuto riguardo alla causa, per la quale si chiede la nullità del matrimonio, che si pretende preesistente al matrimonio medesimo, e dipendente da malattia di data piuttosto recente, potrebbe per avventura, in caso di annullamento, rendersi applicabile il disposto dell'art. 127 del cod. civ., e farsi luogo a carico del convenuto attuale appellante, ad un procedimento penale.

« Considerando che per le premesse osservazioni deve riformarsi l'appellata sentenza, inquantochè si ritenne colla medesima la competenza del tribunale di Treviso a conoscere della causa introdotta dalla signora L. colla citazione 16 settembre 1880, confermandola però nella parte colla quale dichiara fra le parti compensate le spese dell'incidente di competenza, compensazione che crede la Corte di dover ordinare anche relativamente alle spese del presente giudizio di appello, attesa la disputabilità della causa e la disparità dei giudizi. »

Questa decisione però fu cassata. Ecco in qual modo ragiona la Corte di cassazione di Firenze (11 ottobre 1891: *Foro Italiano*, 1891, 1, 918):

« Attesochè Raffaele Valentise di Polistena contrasse matrimonio in Treviso con Rosa Loffredo ivi domiciliata. Nel soggiorno degli sposi in quella città, essendosi il Valentise, al dire della moglie, mostrato impotente a soddisfare al debito coniugale, venne dalla medesima citato al tribunale della città stessa, ove tutt'ora dimorava, per sentir dichiarare nullo il matrimonio.

« Il convenuto, al quale erasi notificata la citazione in persona propria, oppose la incompetenza del tribunale per ragione di territorio, sostenendo doversi il giudizio proporre innanzi il tribunale di Palmi, nel cui circondario è posto il Comune di Polistena, suo domicilio, ed essere inapplicabile l'art. 91 del cod. di proc. civ., che autorizza l'esercizio delle azioni personali davanti all'autorità giudiziaria del luogo ove fu contratta l'obbligazione.

« Respinta l'eccezione dei primi giudici, venne accolta in sede d'appello, con sentenza 14 aprile 1831, della quale la Loffredo richiede l'annullamento per violazione dell'indicato art. 91.

« Attesochè il codice di procedura civile, dopo avere stabilito coll'art. 90 che le azioni personali si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui il convenuto ha domicilio o residenza, nell'articolo seguente dispone: che le stesse ragioni si possono anche proporre avanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta, e dove deve eseguirsi l'obbligazione, purchè il convenuto sia ivi citato in persona propria.

« Questa disposizione evidentemente autorizzava la Loffredo ad introdurre il giudizio per la nullità del matrimonio avanti il tribunale di Treviso, ove erasi il matrimonio contratto, ed ove gli sposi avevano assunte le molteplici obbligazioni che traggono origine dal medesimo. Quando non muovevasi dubbio che l'azione spiegata dalla Loffredo fosse personale, e che il Valentise fosse stato citato in persona propria siccome prescrive l'art. 91 del codice di proc. civ., neppure potevasi disconoscere la competenza del tribunale adito.

« A nulla monta che si richiedesse la nullità del matrimonio,

l'obbligazione è quello in cui si uniscono i consensi (1). Nei contratti conclusi a mezzo di mandatario il luogo ove si uniscono i consensi è quello in cui il consenso del mandatario si unisce a quello del terzo, e però potrà essere adita l'Autorità giudiziaria che esercita giurisdizione in questo luogo (2). Nei contratti fra persone lontane il luogo ove si uniscono i consensi è quello nel quale giunge notizia al proponente della accettazione della proposta (3), e se l'accettazione è condizionata o limitata, il luogo nel quale all'accettante giunge notizia della accettazione da parte del proponente delle condizioni o dei limiti apposti da colui al quale la proposta fu diretta (4); di conseguenza è l'Autorità giudiziaria che esercita giurisdizione in questi luoghi che potrà essere adita (5). Nelle obbligazioni derivanti da quasi-contratto il luogo ove sorge l'obbligazione è quello in cui viene posto in essere il fatto volontario e lecito capace di dar vita al quasi-contratto; nelle obbligazioni derivanti da delitto o quasi-delitto è il luogo in cui il fatto delittuoso fu commesso; in questi luoghi dunque può essere intentata l'azione. Ma nelle obbligazioni derivanti dalla legge non si può dire che vi sia un luogo nel quale l'obbligazione è stata contratta; ond'è che della competenza della quale si discorre non è il caso di parlare per le obbligazioni derivanti dalla legge.

142. La competenza è determinata anche dal luogo nel quale l'obbligazione deve eseguirsi (6); chè in tal luogo può esperirsi l'azione per l'esecuzione della obbligazione stessa, sia o no avvenuto il fallimento dell'obbligato. Non è dunque che colui che ha eseguito da parte sua l'obbligazione, possa citare l'altro contraente nel luogo in cui l'obbligazione è stata eseguita per l'adempimento delle obbligazioni che a questo sono addossate; se queste obbligazioni dovevano essere adempiute in un luogo diverso, è solo avanti il giudice

anzichè l'adempimento delle obbligazioni con esso contratte. Per gli effetti della competenza, stabilita nel citato articolo, tanto vale che l'azione promossa abbia per oggetto l'esecuzione, quanto la nullità dell'obbligazione, essendo queste due azioni correlative, e prendendo vita dal medesimo contratto, o, se meglio vuolsi, dal medesimo atto legittimo che costituisce il vincolo matrimoniale.

« Nè utilmente si oppone che il giudizio introdotto dalla Loffredo, involgendo una questione di stato, dovesse iniziarsi al tribunale competente pel domicilio del marito. L'obietto avrebbe valore quante volte fosse determinata una speciale competenza per tali questioni; ma, dal momento che il codice di procedura civile non ne tiene proposito, e si restringe soltanto a prescrivere nell'articolo 81 che le controversie di stato si considerano di valore eccedente le lire 1500, ne consegue che quei giudizi abbiano a correre la sorte comune a tutti gli altri, ove si promuovano personali, e che siano applicabili le stesse regole di competenza.

« Neppure risponde al vero il sostenere che l'articolo 91 contempli le obbligazioni nei soli rapporti economici, e non quelle relative ai rapporti giuridico-sociali. La distinzione non trova appoggio nella legge. L'indicato articolo parla genericamente di *obbligazione*, ed attribuisce facoltà di introdurre giudizi nel luogo ove venne contratta. La parola *obbligazione* abbraccia tutti i rapporti che corrono fra le persone obbligate, tutti i vincoli dai quali sorgono reciproci diritti e doveri; ammettere eccezioni equivarrebbe a cangiare la legge e sostituirsi al legislatore. D'altronde non vi è ragione di rifiutare alle obbligazioni per rapporti sociali quella competenza che si concede per le obbligazioni concernenti interessi economici. Sia pure che con atti giudiziali non possa costringersi il coniuge renitente alla prestazione del debito matrimoniale, ma se l'altro coniuge voglia dimostrare la di lui impotenza, non gli è certo impedito di sperimentare l'azione per nullità di matrimonio, alla quale gli dà diritto espressamente l'articolo 107 del cod. civ.

« Più debole ancora si presenta l'altro argomento che le obbligazioni del matrimonio, derivando dalla legge, sfuggono alla competenza speciale del più volte ricordato art. 91, il quale riguarda soltanto le obbligazioni contrattuali; se la legge determina gli obblighi della società coniugale nella stessa guisa che determina le norme fondamentali per tutti i contratti, è pur vero che gli sposi, coll'unirsi in matrimonio ne assumono il peso e li fanno propri; e questo basta per considerarli come il portato della loro volontà, e per ritenerli compresi nella disposizione suddetta.

« Non occorrono molte parole per escludere che l'articolo 91 si riferisca unicamente al caso di una obbligazione specifica assunta in luogo determinato, e da eseguirsi in luogo del pari determinato, per modo che non concorrendo cumulativamente tutti questi estremi non si faccia luogo all'eccezionale competenza. La semplice lettura dell'articolo toglie ogni dubbio circa la erronea interpretazione datagli dalla denunciata sentenza. La dizione della legge è generale ed abbraccia tutte le obbligazioni; non accenna ad obbligazione specifica, nè a luogo determinato; il luogo del contratto e quello della esecuzione stabiliscono la speciale competenza per tutte le controversie che potessero sorgere senza bisogno di alcuna specifica destinazione.

« Finalmente a sorreggere la competenza in ragione di domicilio, mal si ricorre all'analogia tratta dall'articolo 96 del codice di proc. civ., ove si prescrive che l'azione tra soci viene proposta davanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui è il principale stabilimento della società. Il considerare il matrimonio i reciproci diritti ed obblighi dei coniugi, e la loro convivenza alla pari di uno stabilimento industriale, è un concetto sì ardito da non doversi accettare. Per trarre argomenti di analogia si richiede affinità di oggetti, di principii e di scopi, i quali elementi si cercherebbero invano fra le società commerciali e la società dei coniugi, che prende vita dal matrimonio, fondamento della famiglia e dell'umano consorzio. »

(1) Vedi App. Genova, 5 maggio 1871, *Grongo* c. *Tabacchini* (*Gazz. G.*, 1871, 716); App. Torino, 16 luglio 1869, *Pavia* c. *Arrondino* (*Gazz. G.*, 1869, 650); App. Palermo, 5 giugno 1886, *Budini* c. *Asmodeo* (*Circ. Giur.*, 1886, 357); App. Roma, 25 febbraio 1888, *Gustekunt* c. *Rossi* (*Cons. amm.*, 1888, 158); Cass. Palermo, 11 agosto 1891, *Budini* c. *Asmodeo* (*Giur. Cat.*, 1892, 11); App. Milano, 3 aprile 1895, *Marti* c. *Stand* (*Mon. Trib.*, 1895, 564).

(2) Vedi App. Genova, 5 febbraio 1867, *Bermann* c. *Chiozzoni* (*Gazz. G.*, 1867, 670); Cass. Torino, 15 giugno 1887, *Ditta Traina* c. *Pendibene* (*Giur. It.*, 1887, 1, 1, 534); App. Venezia, 16 giugno 1885, *Volpe* c. *Corsetto* (*Foro It.*, 1885, 1, 1149).

(3) Art. 36, 1ª parte, cod. comm.

(4) Confr. art. 37 cod. comm.

(5) Cuzzeri sull'articolo 91; Mortara, *Manuale*, n. 160; Mattirolo, I, 857.

Vedi App. Genova, 15 giugno 1872, *Tranelli* c. *Molinari* (*Gazz. G.*, 1872, 753); App. Roma, 12 dicembre 1891, *Ughioni* c. *Vannisanti* (*Temi Rom.*, 1891, 505); App. Genova, 5 marzo 1894, *Sarcona* c. *Reidmiller* (*Temi Gen.*, 1894, 210); Trib. Catania, 23 luglio 1883, *Bianca* c. *Repperland* (*Giur. Cat.*, 1883, 180); Cass. Torino, 9 febbraio 1884, *Gismondi* c. *Garibaldi* (*Giur.*, Torino, 1884, 129); App. Trani, 26 gennaio 1889, *Ditta Tami* c. *Ditta Azzariti* (*Riv. di giur.*, Trani, 1889, 191); Cass. Roma, 26 marzo 1892, *Negri* c. *Ruggeri* (*Foro It.*, 1892, I, 1058); App. Trani, 18 febbraio 1893, *Cocoto* c. *Caboga* (*Pisanelli*, 1893, 38); App. Milano, 21 aprile 1894, *Hoepli* c. *Finanze* (*Mon. Trib.*, 1894, 486); App. Brescia, 18 marzo 1895, *Berretta* c. *Vitali* (*Foro It.*, 1895, I, 739); App. Genova, 14 giugno 1889, *Vigliazzi* c. *Gabiel* e *Soner* (*Temi Gen.*, 1889, 471); Cass. Torino, 19 giugno 1896, *Standt* c. *Cotonificio Italiano* (*Foro It.*, 1897, I, 21).

(6) App. Trani, 28 febbraio 1878, *Viviani* c. *Bezzi* (*Riv. di giur.*, Trani, 1878, 492).

di questo luogo che il convenuto può essere citato (1). Che questo sia il significato della legge non può esservi dubbio quando si considerino le parole dalla stessa adoperate: « nel luogo in cui... deve eseguirsi l'obbligazione »; le parole *deve eseguirsi* dimostrano che il legislatore ha avuto in considerazione una attualità di obbligo, attualità che non vi è, quando uno degli obbligati abbia già eseguito l'obbligazione, se non relativamente all'altro obbligato (2).

È d'uopo fare applicazione di questo principio ai varii casi.

Una persona viene incaricata di eseguire alcune operazioni di borsa, ed esegue le operazioni nella borsa designata; per ottenere quanto è ad essa dovuto da colui che le diede l'incarico non può adire l'Autorità giudiziaria del luogo ove ha compiuto le operazioni, ma deve adire l'Autorità del luogo nel quale il mandante doveva verso di essa eseguire le obbligazioni che in forza dell'eseguito mandato a lui sono addossate (3). Un commissionario ha eseguito la commissione; non può per questo solo fatto giovarsi dell'art. 91, 1ª parte, codice di procedura civile e convenire il committente avanti il giudice del luogo ove la commissione è stata eseguita per ottenere da parte del committente l'adempimento della obbligazione a questi addossata, ma deve convenirlo nel luogo ove il committente stesso doveva eseguire la sua obbligazione (4). Un venditore consegna la cosa venduta; non può per questo convenire il compratore nel luogo ove la consegna avvenne, per farlo condannare al pagamento del prezzo, ma deve convenirlo nel luogo ove il prezzo deve esser pagato (5). Viene operato mediante girata il trasferimento di un titolo di credito nominativo; non è nel luogo dove fu apposta al titolo la girata che il giratario può essere convenuto, ma nel luogo in cui questo doveva adempiere alla obbligazione a lui addossata in forza del trasferimento (6). Vengono effettuate delle somministrazioni; non è nel luogo dove le somministrazioni furono fatte che può essere convenuto colui che ha ricevuto la cosa, ma deve essere convenuto nel luogo ove egli deve adempiere la obbligazione a lui addossata per effetto delle somministrazioni avvenute (7). Un appalto viene eseguito in un luogo; non è per questo che possa essere proposta nel luogo stesso l'azione per il pagamento del prezzo: l'azione può essere proposta solo nel luogo ove il prezzo deve essere pagato (8). Le azioni del locatore contro il locatario, ad eccezione della azione di sfratto, non possono essere proposte nel luogo in cui trovasi la cosa locata, e nel quale il locatore eseguì la obbligazione della consegna della cosa stessa, ma nel luogo ove il locatario doveva adempiere la sua obbligazione (9). Il mandato fu eseguito in un luogo; in questo luogo il mandatario non può proporre le sue azioni contro il mandante se anche le obbligazioni del mandante non dovevano essere in tal luogo eseguite (10). Luoghi in cui l'obbligazione deve essere eseguita sarebbero invece quello in cui si promise di assestare i conti e soddisfare ivi il creditore (11), in cui deve essere consegnata al compratore la polizza di carico della merce venduta e dal compratore la tratta per il pagamento del prezzo (12).

La questione può sorgere sulla avvenuta esecuzione della obbligazione; in questo caso havvi la competenza della Autorità giudiziaria del luogo in cui l'esecuzione avvenne (13).

Perchè il luogo della esecuzione determini la competenza, è d'uopo che necessariamente, per patto, legge (14), consuetudine o necessità di cose, l'esecuzione debba avvenire in quel luogo. Se nel contratto furono designati più luoghi di esecuzione, in ognuno di questi potrebbe essere introdotta l'azione; ma se successivamente si è rinunciato ad esigere la esecuzione in uno di questi luoghi, cessa anche la possibilità di introdurre nel luogo stesso l'azione (15). Fatta poi la scelta di uno dei luoghi, cessa la competenza della Autorità giudiziaria dell'altro luogo, dal momento che, avvenuta la scelta, il luogo non scelto è come se non fosse stato scritto nella stipulazione, e però non si può a base dello stesso determinare la competenza.

Nel caso in cui la cosa deve essere rimessa da un luogo ad un altro, havvi questione se luogo della esecuzione della obbligazione sia quello in cui la cosa viene consegnata al vettore per il trasporto, o quello in cui la merce deve essere dal vettore consegnata al destinatario (16). Se le parti hanno

(1) Ricci, I, 167. — Cont. Cuzzeri sull'art. 91; Mattirolo, I, 858. Vedi Cass. Roma, 26 gennaio 1882, *Koch* c. *Bozzo* (*Foro It.*, 1882, I, 71); App. Genova, 28 febbraio 1891, *Ditta Pinto* c. *Ditta Kasser* (*Temi Gen.*, 1891, 59); App. Torino, 31 ottobre 1893, *Giulino* c. *Cölln* (*Foro It.*, 1894. I, 18); App. Lucca, 30 novembre 1893, *Veratti* c. *Abrial* (*Dir. comm.*, XIII, 350); Cass. Torino, 25 ottobre 1893, *Scotti* c. *Ghiron* (*Foro It.*, 1894, I, 255); App. Venezia, 18 luglio 1889, *Brusconi* c. *Soc. Savigliano* (*Temi Ven.*, 1889, 659); Cass. Torino, 8 febbraio 1895, *Angelini* c. *Moretti* (*Giur.*, Torino, 1895, 353).

(2) Vedi App. Genova, 20 marzo 1894, *Soc. « Nettuno »* c. *Vertua* (*Temi Gen.*, 1894, 243).

(3) App. Roma, 20 aprile 1886, *Schumann* c. *Rapelli* (*Temi Rom.*, 1886, 103). — Cont. Cass. Napoli, 13 aprile 1869, *Romano* c. *Labruni* (*Gazz. Proc.*, IV, 232).

(4) App. Genova, 10 giugno 1895, *Valenrin* c. *Di Bartolo* (*Foro It.*, 1895, I, 851). — Cont. App. Palermo, 15 settembre 1879, *Bardelstein* c. *Calascibetta* (*Circ. giur.*, 1879, 319); App. Trani, 14 febbraio 1881, *Pirandello* c. *Dal Vischio* (*Riv. di giur.*, Trani, 1881, 394).

(5) App. Torino, 17 settembre 1866, *Ralli* c. *Levi* (*Gazz. G.*, 1116, 709; Cass. Firenze, 3 agosto 1875, *Della Beffa* c. *Resti* (*Ann.*, 1875, 1, 372); 1° marzo 1874, *Rossi* c. *Cardisi* (*Gazz. G.*, 1874, 221); App. Torino, 22 dicembre 1868, *Mazzonis* c. *Schwarzenbach* (*Giur.*, Torino, 1868, 250); Trib. Genova, 24 marzo 1886, *Ditta Caparro* c. *Gotta* (*Eco Gen.*, 1886, 253).

(6) Cont. App. Venezia, 28 gennaio 1873, *Boltker* c. *Sandorr* (*Giur.*, Torino, 1873, 287).

(7) App. Venezia, 18 luglio 1889, *Brusconi* c. *Soc. Savigliano* (*Temi Ven.*, 1889, 659).

(8) App. Torino, 31 luglio 1885, *Ferrando* c. *Soc. Ferr. Ec.* (*Giur.*, Torino, 1885, 645).

(9) Cass. Torino, 27 gennaio 1885, *Tacoli* c. *Mazzoni* (*Giur.*, Torino, 1885, 189).

(10) App. Genova, 3 giugno 1887, *Wilson* c. *Miller* (*Eco Gen.*, 1887, 202).

(11) App. Genova, 26 maggio 1866, *Perrone* c. *Custo* (*Gazz. G.*, 1866, 743).

(12) App. Genova, 14 giugno 1889, *Vigliazzi* c. *Gabel* e *Soner* (*Temi Gen.*, 1889, 471).

(13) App. Casale, 18 maggio 1888, *Ruggeri* c. *Schlaepfer* (*Giur. Cas.*, 1888, 170).

(14) Vedi Cass. Torino, 21 ottobre 1882, *Balestra* c. *Rossi* (*Cass.*, Torino, 1882, 540).

(15) Vedi App. Genova, 20 maggio 1889, *Müller* c. *Sartori* (*Temi Gen.*, 1889, 392).

(16) Vedi App. Genova, 22 giugno 1866, *Garibaldi* c. *Taddei* (*Gazz. G.*, 1867, 31); App. Venezia, 17 maggio 1888, *Fumagalli* c. *Ditta Marcolla* (*Temi Ven.*, 1888, 394); App. Torino, 13 dicembre 1872, *Reneaux* c. *Lemarre* (*Giur.*, Torino, 1873, 264); e 7 giugno 1880, *Fontana* c. *Biamonti* (*Giur.*, Torino 1880, 623; Cass. Napoli, 14 settembre 1886, *Courrie* c. *Ditta Escher*

stabilito o che il vettore sia incaricato per conto del destinatario di ricevere la merce dal mittente, o che la merce deve essere consegnata al destinatario nel luogo di destino, non havvi questione. La questione vi è nel caso in cui il prezzo del trasporto sia a carico del destinatario, e la merce viaggi a suo rischio e pericolo. Questi patti però, di per sè stessi, non escludono che la consegna al destinatario non si effettui nel luogo di arrivo; assumere a proprio carico le spese di trasporto, assumere a proprio carico i rischi del viaggio, non è ricevere la consegna della merce; questi patti accessorii sono obbligazioni che si assume il destinatario oltre a quelle che in forza del contratto, di per sè stesso, a lui sarebbero addossate, ma di per sè non indicano che la consegna siasi effettuata nel luogo di spedizione.

Del resto è indifferente che l'azione sia esperita da colui che ha diritto alla esecuzione, o dall'obbligato alla esecuzione stessa, quando l'azione alla esecuzione dell'obbligazione ha riferimento: l'articolo 91, 1ª parte, del codice di procedura civile non fa distinzioni, e però è applicabile tanto all'uno quanto all'altro caso (1).

Siccome luogo per eccellenza della esecuzione della obbligazione è quello nel quale deve essere effettuato il pagamento, così il debitore può essere convenuto nel luogo in cui il pagamento deve essere effettuato (2), anche se il debitore accetti cambiali pagabili in luogo diverso (3). Ma vi deve essere l'obbligazione di fare il pagamento in quel luogo (4). Ond'è che non basterà a che vi sia la competenza dell'Autorità giudiziaria del luogo pel fatto che alcune rate della somma che deve essere pagata siano state pagate in un luogo (5), pel fatto che ci sia stata la proposta di una delle parti non accettata dall'altra, di fare in un determinato luogo, il pagamento (6). Anche per titoli cambiarii è competente il giudice del luogo in cui la cambiale o l'assegno bancario (7) devono essere pagati (8), anche se l'azione è diretta a far dichiarare decaduto il debitore insolvente dal beneficio del termine (9). Ond'è che, quando si tratti di pagamento di prezzo fatto a mezzo di cambiali, il debitore può essere convenuto avanti il magistrato del luogo in cui il pagamento doveva avvenire se viene esercitata l'azione proveniente dal contratto, avanti il magistrato del luogo in cui ogni singola cambiale deve essere pagata, se viene esercitata l'azione da ogni singola cambiale proveniente.

Per determinare, agli effetti della competenza, il luogo nel quale il pagamento deve essere effettuato nel caso di silenzio delle parti deve essere tenuto conto anche della consuetudine (10).

Avanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui deve essere fatto il pagamento non solo può citarsi il debitore principale ma può essere citato anche il fidejussore (11), ad eccezione del caso in cui pel pagamento da farsi dal fideiussore fosse designato un luogo diverso da quello designato pel pagamento da farsi dal debitore principale; se tale designazione è fatta, è evidente che il fideiussore deve essere citato avanti il giudice del luogo dove egli deve adempiere la sua obbligazione.

Se dopo la perfezione dell'obbligazione le parti stabiliscono che il pagamento deve farsi in luogo diverso da quello che originariamente era designato, anche la competenza muta. Ma non importa decadenza ad esigere il pagamento nel luogo stipulato, l'aver accettato in luogo diverso pagamenti rateali del debito, e però tal fatto non importa rinuncia ad esperire l'azione pel pagamento del residuo nel luogo in cui il pagamento deve essere fatto a termini della stipulazione (12).

(*Gazz. Proc*, XXI, 282); Cass. Torino, 26 ottobre 1886, *Biliotti* c. *Carmagnola* (*Giur.*, Torino, 1886, 713); App. Milano, 9 aprile 1888, *Ditta Meroni* c. *Boccara* (*Mon. Trib.*, 1888, 391); App. Trani, 26 gennaio 1889, *Ditta Tami* c. *Ditta Azzariti* (*Riv. di giur.*, Trani, 1889, 191); App. Milano, 9 dicembre 1890, *Ditta Villa* c. *Fontana* (*Mon. Trib.*, 1891, 308); Cass. Roma, 1° luglio 1892, *Ditta Merello* c. *De Simone* (*Corte Suprema*, 1892, 112); App. Genova, 6 agosto 1892, *Ferrara* c. *Orlandi* (*Giurista*, 1892, 336); 27 febbraio 1892, *Ditta Raggio* c. *Ditta Broglio* (*Corte Suprema*, 1892, 240); Cass. Roma, 26 ottobre 1892, *Negri* c. *Ruggeri* (*Foro It.*, 1892, 1, 1958); App. Torino, 10 febbraio 1894, *Garlanda* c. *Pasi* (*Foro It.*, 1894, I, 396); App. Catanzaro, 25 gennaio 1895, *Pizzuti* c. *Schiavone* (*Temi Calabr.*, 1895, 135); App. Cagliari, 15 giugno 1895, *Chisci* c. *Veritier* (*Giur. Sarda*, 1895, 289).

(1) App. Firenze, 2 luglio 1883, *Ditta Ballarini* c. *Pons* (*Ann.*, 1883, 2, 417).

(2) App. Genova 8 giugno 1866, *Villa* c. *Duse* (*Gazz. G.*, 1866, 766); App. Bologna, 14 febbraio 1873, *Anglade* c. *Baroncelli* (*Giur.*, Torino, 1873, 256); App. Torino, 17 luglio 1868, *Dayna* c. *Guller* (*Giur.*, Torino, 1868, 614); Trib. Livorno, 26 febbraio 1877, *Modigliani* c. *Durio* (*Casaregis*, 1877, 283); Cass. Torino, 20 marzo 1880, *Santucci* c. *Rampone* (*Giur. It.*, 1880, 1, 1, 1228); App. Milano, 5 luglio 1887, *Colombo* c. *Ragazzino* (*Mon. Trib.*, 1887, 676); App. Catania, 10 febbraio 1892, *Grimaldi* c. *Tamburino* (*Giur. Cat.*, 1892, 43); App. Firenze, 2 luglio 1883, *Ditta Ballarini* c. *Pons* (*Ann.*, 1883, 2, 417); Cass. Torino, 8 novembre 1883, *Bosisio* c. *Torello* (*Eco Gen.*, 1884, 20); Trib. Bologna, 22 febbraio 1883, *Ditta Fabbri* c. *Tonetti* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1884, 22); App. Torino, 15 ottobre 1886, *Baronio* c. *Rizzello* (*Giur.*, Torino, 1886, 746); Cass. Torino, 6 aprile 1889, *Moretti* c. *Bonvini* (*Giur.*, Torino, 1889, 744); Trib. Genova, 12 agosto 1890, *Conti* c. *Migliora* (*Temi Gen.*, 1890, 501); App. Catania, 22 maggio 1893, *Galeano* c. *Pietra* (*Foro Sic.*, 1893, 183).

(3) Cass. Torino, 9 febbrajo 1884, *Gismondi* c. *Garibaldi* (*Giur.*, Torino, 1884, 129); App. Torino, 18 maggio 1868, *Laclaire* c. *Carrara* (*Giur.*, Torino, 1868, 456). — Cont. App. Torino, 14 giugno 1880, *Soc. alimentare* c. *Jacquemod* (*Giur.*, Torino, 1880, 663).

(4) App. Trani, 12 maggio 1893, *Flaminio* c. *Rongo* (*Pisanelli*, 1893, 174).

(5) App. Torino, 14 aprile 1871, *Dellafossa* c. *Huget* (*Giur.*, Torino, 1871, 421).

(6) App. Genova, 17 marzo 1869, *Punso* c. *Cartier* (*Gazz. G.*, 1869, 590).

(7) Cass. Torino, 1° giugno 1889, *Hussi* c. *Ermiglia* (*Foro It.*, 1889, I, 1192).

(8) App. Messina, 16 aprile 1874, *Camanzi* c. *Bombino* (*Temi Zanc.*, 1874, 52); App. Torino, 11 aprile 1876, *Di Palme* c. *Laclaire* (*Giur.*, Torino, 1876, 332); Cass. Torino, 27 dicembre 1880, *Sacerdoti* c. *Mori* (*Giur.*, Torino, 1881, 157); App. Torino, 7 luglio 1876, *Conti* c. *Filippone* (*Giorn. leg*, 1876, 54); App. Venezia, 29 novembre 1887, *Revedin* c. *Vianello* (*Temi Ven.*, 1888, 71); Cass. Roma, 11 aprile 1892, *Bianchi* c. *Soc. Molini del Tevere* (*Ann.*, 1892, 1, 437); App. Milano, 29 aprile 1884, *Soc. ass. torinese* c. *Pucci* (*Mon. Trib.*, 1884, 576); Cass. Torino, 12 marzo 1885, *Proverbio* c. *Berta* (*Giur.*, Torino 1, 1885, 227); App. Casale, 27 maggio 1887, *Camurati* c. *Unione enofila* (*Giur. Cas.*, 1887, 168).

(9) Cass. Torino, 27 dicembre 1880, *Sacerdoti* c. *Mori* (*Giur.*, Torino, 1888, 157).

(10) App. Genova, 17 marzo 1869, *Punso* c. *Cartier* (*Gazz. G.*, 1869, 590); App. Lucca, 30 novembre 1893, *Veratti* c. *Abrial* (*Dir. comm.*, XII, 350).

(11) Cass. Torino, 17 aprile 1880, *Bianchi* c. *Nigra* (*Giur.*, Torino, 1880, 355).

(12) App. Torino, 2 febbraio 1883, *DeNegri* c. *Mino* (*Giur.*, Torino, 1883, 317).

Per determinare la competenza in base al luogo in cui il pagamento deve essere effettuato è indifferente che sia dovuto danaro od altra cosa; ond'è che, quando è convenuto che il debitore deve rilasciare delle cambiali, l'azione diretta a ottenere il rilascio delle cambiali stesse deve essere proposta avanti il giudice del luogo nel quale il rilascio deve avvenire (1).

Quando il pagamento deve farsi al domicilio del debitore, per determinare la competenza non deve aversi riguardo al domicilio che il debitore aveva al momento in cui è sorta l'obbligazione, ma a quello che ha al momento in cui il pagamento deve aver luogo (2).

142 *bis*. La legge non fa restrizioni relativamente alla azione che viene esperita in forza di una obbligazione. Ond'è che l'art. 91, 1ª parte, del codice di procedura civile torna applicabile qualunque sia l'azione esperita, sia la stessa di riduzione (3), di risoluzione (4), per danni derivati dall'inadempimento (5), o azione redibitoria (6); sia che l'azione abbia mantenuto il suo carattere originario, sia nel caso in cui abbia sofferto il mutamento in una azione diversa (7). Anche per l'azione di simulazione di contratto havvi questa competenza (8), dal momento che il contratto simulato non cessa di essere un titolo apparente, ed è dal titolo apparente che si determina la competenza, a base dell'art. 91, 1ª parte, del codice di procedura civile (9).

È alle obbligazioni in base alle quali l'azione viene esperita che si deve aver riguardo; ond'è che, se la primitiva obbligazione fu novata, ed anche senza che sia stata novata si è introdotta nella stessa una modifica relativamente al luogo della esecuzione, è a quanto risulta dalla nuova obbligazione e dalla modificazione introdotta che si deve aver riguardo per determinare la competenza.

Sia però l'azione personale, sia, in quella vece, l'azione reale, per esservi la competenza di cui nella prima parte dell'art. 91 del codice di procedura civile, è necessario che la citazione sia notificata in persona propria al convenuto nella circoscrizione della Autorità giudiziaria avanti la quale la comparizione deve avvenire (10). Perchè però la citazione possa essere notificata in detto luogo con effetto di determinare la competenza, è d'uopo che il convenuto non si trovi semplicemente di passaggio pel luogo stesso, senza alcuna intenzione di fermarvisi per un tempo più o meno lungo; ond'è che non basterebbe a determinare la competenza la notifica al convenuto quand'egli si trovi in una stazione ferroviaria per semplice transito (11).

143. Come si è veduto, l'articolo 91, capoverso, codice di procedura civile, ha disposizioni speciali per le materie commerciali: una indagine preliminare però è necessaria per ciò che concerne la materia alla quale il capoverso stesso è applicabile. Il codice di procedura civile andò in attività in una al codice di commercio del 1865, e per quest'ultimo codice la lite era o no commerciale a seconda che l'atto era commerciale o non commerciale relativamente al convenuto (12). Di qui ne veniva che alla andata in attività del codice di procedura civile, l'art. 91, capoverso, codice stesso, non era applicabile se non in quanto l'atto che dava origine alla azione era atto commerciale relativamente al convenuto. Il sistema del codice di commercio del 1865 fu mutato dal codice di commercio del 1882: per questo codice la materia del contendere è commerciale se l'atto che dà origine alla controversia è commerciale per una delle parti, anche se non è commerciale per l'altra. In seguito a ciò sorse questione, se, dopo entrato in attività il codice di commercio del 1882, l'art. 91, capoverso, della procedura civile riceva applicazione in tutte le controversie commerciali, o solo in quelle che erano commerciali a sensi del codice di commercio del 1865 (13).

143 *bis*. Il definire se una materia è o non è commerciale

---

(1) Cass. Torino, 11 maggio 1883, *Cavairon* c. *De Albertis* (*Giur.*, Torino, 1883, 573); App. Torino, 31 ottobre 1893, *Giulino* c. *Cölln* (*Foro It.*, 1894, I, 459).

(2) App. Torino, 9 febbraio 1883, *Levi* c. *Bolla* (*Giur.*, Torino, 1883, 319).

(3) Cass. Torino, 26 febbraio 1892, *Ala* c. *Rocca* (*Giur.*, Torino, 1892, 418).

(4) Cass. Napoli, 20 novembre 1877, *Monsurrò* c. *Spadaccini* (*Gazz. Trib.*, 1877, 243); App. Catania, 21 dicembre 1881, *Bonanno* c. *Alonzo* (*Foro It.*, 1882, 1, 191).

(5) App. Torino, 22 dicembre 1868, *Mazzoni* c. *Schwarzenbach* (*Giur.*, Torino, 1868, 250); App. Milano, 14 dicembre 1874, *Bosa* c. *Bertolini* (*Mon. Trib.*, 1874, 469); Cass. Firenze, 15 luglio 1875, *Della Beffa* c. *Nesti* (*Ann.*, 1875, 1, 352); App. Lucca, 6 dicembre 1874, *Nesti* c. *Della Beffa* (*Legge*, 1874, 1, 744); Cass. Napoli, 9 giugno 1868, *Scarnacca* c. *Ferri* (*Ann.*, 1868, 1, 267); App. Catania, 21 dicembre 1881, *Bonanno* c. *Alonzo* (*Foro It.*, 1883, I, 191); App. Napoli, 29 agosto 1894, *Testa* c. *Holme* (*Foro It.*, 1894, I, 1228); App. Torino, 19 novembre 1890, *Astengo* c. *Dal Maino* (*Giur.*, Torino, 1891, 15).

(6) Cass. Firenze, 24 novembre 1873, *Galicani* c. *Baccaria* (*Giur.*, Torino, 1874, 160).

(7) Vedi Trib. Roma, 21 dicembre 1888, *Mozzetti* c. *Riccioni* (*Legge*, 1889, 1, 240); Cass. Roma, 13 agosto 1890, *Riccioni* c. *Mozzetti* (*Foro It.*, 1890, I, 859).

(8) Cont. App. Casale, 8 aprile 1892, *Mangiarotti* c. *Visoni* (*Giur. Cas.*, 1892, 416).

(9) Vedi Cass. Napoli, 9 dicembre 1880, *Bocconi* c. *Freda* (*Mov. Giur.*, 1891, 14).

(10) Borsari, Gargiulo, Mattei sull'art. 91; Saredo, *Ist.*, n. 177; Ricci, I, 165; Mattirolo, I, 687. — Appello Roma, 3 gennaio 1873. *Monastero di S. Silvestro* c. *Zelli* (*Legge*, 1873, I, 456); App. Milano, 15 marzo 1873, *Parroco di Codogno* c. *Mola* (*Giur.*, Torino, 1873, 430); App. Brescia, 24 ottobre 1871, *Rigolini* c. *Ceriali* (*Giur.*, Torino, 1871, 627); Cass. Napoli, 25 giugno 1870, *Conte* c. *Parodi* (*Ann.*, 1870, 1, 213); App. Napoli, 17 genn. 1869, *D'Aloe* c. *Gonello* (*Gazz. G.*, 1869, 381); Cass. Firenze, 31 marzo 1873, *Ferr. romane* c. *Filippi* (*Legge*, 1873, 1, 1107); 15 maggio 1871, *Lorenzoni* c. *Cannucci* (*Giur.*, Torino, 1871, 374); Cass. Palermo, 20 marzo 1869, *Pugliotti* c. *Gorrenti* (*Circ. Giur.*, 1869, 58); Cass. Firenze, 22 gennaio 1876, *Cinaglia* c. *Cinaglia* (*Ann.*, 1876, 1, 169); Cass. Torino, 4 aprile 1877, *Cerasoli* c. *De Vecchi* (*Foro It.*, 1877, I, 801); Cass. Napoli, 9 gennaio 1880; *Ferrara* c. *Ricillo* (*Foro It.*, 880, I, 602); App. Torino, 7 giugno 1880, *Fontana* c. *Biamonti* (*Giur.*, Torino, 1880, 623); App. Napoli, 20 marzo 1871, *Bocchiecchi* c. *Amadei* (*Gazz. Proc.*, VI, 92); Cass. Firenze, 27 marzo 1867, *Cavalensi* c. *Dini* (*Ann.*, 1868, 1, 118); App. Genova, 10 luglio 1894, *Ciminago* c. *Spelta* (*Temi Gen.*, 1894, 474); App. Milano, 3 luglio 1895, *De Capitani* c. *Levati* (*Mon. Trib.*, 1895, 816); Trib. Roma, 6 novembre 1885, *Alberti* c. *Nomis* (*Temi Rom.*, 1885, 637); App. Lucca, 31 gennaio 1887, *Pulieso* c. *Pensa* (*Ann.*, 1887, 1, 29).

(11) App. Roma 14 maggio 1892, *Principessa di Sirignano* c. *Principe di Autuni* (*Legge*, 1872, I, 779).

(12) Art. 91 e 725 cod. di comm. del 1865.

(13) Vedi Mattirolo, 856. — Cass. Torino, 7 agosto 1877, *Fabbro* c. *Raimondi* (*Foro It.*, 1887, 1, 119); 7 maggio 1890, *Ferraris* c. *Tarditi* (*Giur.*, Torino, 1890, 382); 7 agosto 1891, *Orsi* c. *Olgiati* (*Foro It.*, 1891, I, 1266); 13 luglio, 1892, *Antonioli* c. *Mottino* (*Giur.*, Torino, 1892, 550); 5 marzo 1896, *Cocito* c. *Florio* (*Foro It.*, 1898, I, 678): Trib. Pisa, 20 novembre 1889, *Sporri* c. *Priora* (*Dir. comm.*, VIII, 73); Trib. Roma, 16 marzo 1891,

non entra nel campo della procedura civile, entra nel campo del diritto commerciale e però la definizione di ciò che è o non è materia commerciale è un dato che il codice di procedura civile prende dal codice di commercio; la definizione della materia commerciale, ai riguardi della procedura civile, non è assoluta, è relativa alla legge commerciale. E se è relativa alla legge commerciale, la nozione di materia commerciale, ai riguardi della procedura civile, deve necessariamente variare col variare della nozione di materia commerciale contenuta nella legge speciale al commercio. L'art. 91 del codice di procedura civile, il quale si limita a parlare della materia commerciale, necessariamente deve subire gli effetti dei cangiamenti che alla nozione di materia commerciale fosse portata dal codice di commercio.

Perchè il capoverso dell'art. 91 possa ricevere applicazione è d'uopo però sempre che si tratti di materia commerciale; è d'uopo cioè che la controversia sia commerciale relativamente all'attore e al convenuto (1); se la materia, pur essendo in origine commerciale, al momento della citazione non lo è più, in forza del principio che della competenza deve esser giudicato a base dello stato di fatto esistente al momento della citazione, l'art. 91 capoverso del codice di procedura civile non può ricevere applicazione (2).

Il capoverso dell'art. 91 relativamente alla sua applicabilità non fa differenza fra il caso in cui il convenuto sia citato in persona propria nel luogo ove risiede l'Autorità giudiziaria adita, ed il caso in cui non sia citato in persona propria, o, pur essendo citato in persona propria, gli venga notificata la citazione in luogo diverso; anzi dice espressamente che le sue disposizioni si applicano anche quando il convenuto non fu citato in persona propria o sia citato in luogo sito in circoscrizione di Autorità giudiziaria diversa dalla adita. Ond'è che il disposto dell'art. 91, capoverso, si applica sia il convenuto citato in persona propria nella circoscrizione della Autorità giudiziaria adita, sia citato in persona propria in luogo diverso da quello dove ha sede l'Autorità giudiziaria (3).

Il capoverso citato, come alla prima parte dell'articolo stesso, riconosce la competenza della Autorità giudiziaria del luogo in cui l'obbligazione deve eseguirsi, sicchè nelle materie commerciali su questo proposito non è applicabile la prima parte, ma il capoverso dell'articolo stesso. Di qui ne viene che l'Autorità giudiziaria del luogo in cui deve eseguirsi l'obbligazione è competente, in materia commerciale, sia o no stato il convenuto citato in persona propria nella circoscrizione della Autorità giudiziaria stessa (4). Quale sia il luogo della esecuzione lo si è detto al n. 142, e però non è il caso di tornare in argomento.

Il capoverso dell'art. 91 riconosce una seconda competenza: la competenza della Autorità giudiziaria del luogo in cui fu fatta la promessa e la consegna della merce (5), e ciò non per la sola compra-vendita, ma per qualunque contratto commerciale che importi trasferimento della assoluta proprietà della merce, o di qualche diritto reale sulla stessa (6). Questa competenza non esclude quella della Autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta l'obbligazione, competenza stabilita dalla prima parte dell'art. 91, che, come si è veduto al n. 139, concorre con quella stabilita dal capoverso; solchè, se l'attore intende trarre profitto dalla prima parte dell'art. 91, deve adempiere le condizioni da questa disposizione volute, deve cioè citare il convenuto in persona propria nella circoscrizione dell'Autorità giudiziaria adita (7).

Se nella prima parte dell'art. 91 si parla di luogo in cui fu contratta l'obbligazione, se nel capoverso dell'articolo stesso si parla di luogo in cui fu fatta la promessa della merce, evidentemente nel concetto del legislatore promessa della merce ed obbligazione che si contrae sono due concetti diversi. Se nel capoverso dell'art. 91 il legislatore avesse avuto in considerazione la promessa accettata, questa sarebbe una obbligazione contratta, i due concetti sarebbero identici; ed allora non si saprebbe spiegare la differenza nelle espressioni usate dal legislatore nello stesso articolo della legge. Per dare una spiegazione esauriente del modo col quale il legislatore si espresse, è d'uopo ritenere che egli colla parola *promessa* abbia voluto alludere all'atto unilaterale di colui che offre la merce ad un altro, alla promessa non ancora accettata (8). E però nei contratti fra assenti, il luogo della promessa non è quello in cui perviene notizia al promettente dell'accettazione della fatta promessa, ma quello in cui la notizia della promessa giunge a colui al quale la promessa è fatta. Il luogo della consegna è quello nel quale la merce viene effettivamente in potere di colui nelle cui mani la merce deve passare, o di un suo mandatario (9). Del resto, dopo quanto è stato detto al n. 142, non havvi bisogno di insistere sul

---

Patrizi c. *Ditta Pallotta* (*Legge*, 1891, II, 532); Cass. Roma, 2 maggio 1891, *Santilli* c. *Com. di Trasacco* (*Foro It.*. 1891, I, 812); App. Roma, 25 gennaio 1894, *Marsaglia* c. *Terracina* (*Temi Rom.*. 1894, 124); App. Milano, 10 marzo 1893, *Com. di Campobasso* c. *Compagnoni* (*Foro It.*, 1893, I, 969); 12 dicembre 1892, *Vonwiller* c. *Nathan* (*Foro It.*, 1894, 1, 456); App. Milano, 3 luglio 1895, *De Capitani* c. *Levati* (*Mon. Trib.* 1895, 812); 25 giugno 1894, *De Pace* c. *Martinenghi* (*Mon. Trib.*. 1894, 762).

(1) Vedi Cass. Firenze, 25 marzo 1889, *Cosulich* c. *Tosetti* (*Temi Ven.*, 1889, 199).

(2) Vedi App. Genova, 21 luglio 1894, *Charbonier* c. *Gaggero* (*Giurista*, 1895, 390).

(3) App. Torino, 1° agosto 1874, *Roussier* c. *Ronco* (*Giur.*, Torino, 1875, 27); Cass. Firenze, 17 gennaio 1895, *Del Magro* c. *Caprili* (*Temi Ven.*, 1895, 99).

(4) App. Trani, 13 dicembre 1877, *Giustini* c. *Bagli* (*Riv. di giur.*, Trani, 1878, 129); App. Venezia, 14 maggio 1886, *Cardin* c. *Fasolo* (*Foro It.*. 1886, I, 440); 17 maggio 1888, *Fumagalli* c. *Ditta Marzotto* (*Temi Ven.*, 1888, 394).

(5) Cass. Torino, 18 giugno 1878, *N. N.* (*Giur.*, Torino, 1878, 526); 30 luglio 1880, *Forni* c. *Mondo* (*Giur.*, Torino, 1880, 634); App. Messina, 27 dicembre 1880, *Fischer* c. *D'Amico* (*Foro It.*, 1881, I, 162); App. Catania, 8 maggio 1882, *Hullin* c. *Donahier* (*Giur. Cat.*, 1882, 104).

(6) App. Catania, 8 aprile 1881, *Denaro* c. *Call* (*Giur. comm.*. 1882, 294).

(7) App. Torino, 22 gennaio 1875, *Grandi* c. *Picconi* (*Giur.*. Torino, 1875, 284). — Cont. App. Catanzaro, 25 gennaio 1895, *Pizzuti* c. *Schiavone* (*Temi Calabr.*, 1895, 135).

(8) Cont. Trib. Bologna, 9 marzo 1882, *Bolongaro* c. *Vaccari* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1882, 200); App. Firenze, 2 luglio 1883, *Ditta Ballarini* c. *Pons* (*Ann.*, 1883, 2, 417), i quali fanno tutt'uno del luogo della promessa e del luogo del contratto.

(9) Vedi App. Torino, 26 luglio 1867, *Speranza* c. *Vecco* (*Giur.*. Torino, 1867, 620); App. Bologna, 12 giugno 1877, *Lacchini* c. *Braganti* (*Riv. Giur.*. Bologna, 1877, 313); App. Venezia, 26 ottobre 1883, *Menestrina* c. *Grazioli* (*Temi Ven.*, 1883, 532); Cass. Firenze, 9 aprile 1885, *Dall'Oro* c. *Vanuccini* (*Temi Ven.*, 1885, 290); App. Genova, 1° agosto 1894, *Moretti* c. *Angelini* (*Giurista*, 1894, 430); App. Genova, 23 giugno 1868, *Mazzino* c. *Conti* (*Gazz. G.*, 1868, 78); Cass. Napoli, 6 dicembre 1868, *Ferand* c. *Dreyfus* (*Ann.*, 1869, 1, 120); App. Genova, 25 marzo 1895, *Cassina* c. *Rasero* (*Temi Gen.*, 1895, 236).

proposito. Non basta però che in un luogo sia avvenuta la promessa e la consegna della merce: perchè l'Autorità giudiziaria del luogo stesso sia competente a giudicare della controversia, è necessario, a termini dell'art. 91, capov., cod. proc. civ., che nel luogo stesso sia avvenuta e l'una e l'altra (1); la congiunzione *e*, che si legge fra le parole *la promessa* e le parole *la consegna*, non lascia luogo a dubbii sul modo nel quale quella disposizione deve essere intesa. Quando poi la promessa e la consegna della merce avvennero nello stesso luogo, non importa che nel luogo stesso debba avere anche esecuzione l'obbligazione (2); il capov. dell'art. 91, della competenza in ragione del luogo ove l'obbligazione deve eseguirsi e della competenza in ragione del luogo ove avvenne la promessa e la consegna della merce, fa due competenze distinte.

Il capoverso dell'art. 91 non riceve applicazione se non concorrono le condizioni dalla legge volute (3). Ma quando siavi il concorso delle condizioni stesse riceve applicazione anche se si tratta di risoluzione di contratto o di danni derivati dall'inadempimento (4): per dirlo in termini generali, riceve applicazione per tutte le azioni che dal contratto traggono origine (5).

La disposizione dell'art. 91, capov., cod. di proc. civ. se riceve applicazione alle obbligazioni derivanti da contratto, non può ricevere applicazione alle obbligazioni derivanti da quasi-contratto (6), da delitto o quasi-delitto (7) se non per quanto concerne la competenza in relazione al luogo nel quale l'obbligazione deve essere eseguita. Infatti, una volta che il titolo di competenza sorge in seguito al fatto della promessa e della consegna della merce che avvengono nello stesso luogo, nelle obbligazioni derivanti da quasi-contratto, da delitto o quasi-delitto non vi è nè l'una nè l'altra, non si possono dunque avere i termini di fatto in presenza dei quali il capoverso dell'art. 91 può ricevere applicazione. Nelle obbligazioni commerciali nate da quasi-contratto, delitto o quasi delitto vi potrà essere la competenza stabilita in ragione al luogo in cui fu contratta l'obbligazione, ma in tal caso non è il capoverso, bensì la prima parte dell'art. 91 che può ricevere applicazione.

CAPO III. — **Azione personale ed azione reale su beni mobili contro una Amministrazione dello Stato.**

144. Generalità. — 145. Azione reale su beni mobili ed azioni che sorgono da obbligazioni. — 145 *bis*. Controversie relative ad imposte.

144. Per quanto estesi possano essere i rapporti giuridici di una persona fisica o di un corpo morale colle altre persone, sempre poche, relativamente alla massa della popolazione, sono le persone colle quali i rapporti stessi esistono; ond'è che il numero delle controversie, nelle quali una persona fisica o giuridica è parte, non è tale da esigere speciali provvedimenti onde impedire l'agglomerarsi delle controversie stesse innanzi ad una medesima Autorità giudiziaria. Ma, fra gli enti morali, havvi un ente, lo Stato, il quale ha rapporti giuridici con tutti coloro che si trovano nel territorio entro i confini del quale esiste, e che anche trovandosi all'estero dipendono da esso in seguito al rapporto di cittadinanza, ed entrano in rapporti giuridici collo Stato stesso per una di quelle cause per le quali sorgono rapporti giuridici fra persone e persone. In seguito a tali rapporti giuridici una massa relativamente enorme di liti si agita fra lo Stato ed i particolari. Se per tali liti ci fosse la competenza esclusiva della Autorità giudiziaria del luogo ove siede il Governo, l'Autorità giudiziaria del luogo stesso sarebbe aggravata da un cumulo di lavoro sproporzionato a quello che grava sulle altre autorità giudiziarie; necessità dunque di discentrare la trattazione delle liti nelle quali lo Stato è parte, in modo da aver distribuite le liti dello Stato fra le

(1) Granata, *Circ. giur.*, 1880, 115; Gargiulo, I, pag. 382; Cuzzeri, sull'art. 91; Mortara, *Man.*, n. 159; Mattirolo, I, 855; App. Roma, 17 gennaio 1873, *Silvestri* c. *Ditta Jobst* (*Giur. It.*, 1873, 2, 27); Cass. Firenze, 14 aprile 1866, *Varni* c. *Mancini* (*Giur. It.*, 1866, 1, 336); Appello Napoli, 17 gennaio 1869, *D'Aloe* c. *Gonello* (*Gazz. G.*, 1869, 381); App. Torino, 14 aprile 1871, *Dellafossa* c. *Huget* (*Giur.*, Torino, 1871, 421); Cass. Firenze, 30 luglio 1873, *Jobst* c. *Silvestri* (*Giorn. leg.*, 1873, 657); App. Roma, 17 aprile 1878, *Rubattino* c. *Pedrazzini* (*Ann.*, 1878, 2, 319); Trib. Livorno, 26 febbraio 1877, *Modigliani* c. *Durio* (*Casaregis*, 1877, 283); App. Torino, 7 giugno 1880, *Fontana* c. *Biamonti* (*Giur.*, Torino, 1880, 623); 14 giugno 1880, *Società alimentare di Adorno* c. *Jacquemod* (*Giur.*, Torino, 1880, 663); Trib. Bologna, 9 marzo 1882, *Bolongaro* c. *Vaccari* (*Riv. giur.*, Bologna, 1882, 309); App. Firenze, 2 luglio 1883, *Ditta Ballarini* c. *Pons* (*Ann.*, 1883, 2, 417); Cass. Torino, 11 maggio 1883, *Cavairon* c. *De Albertis* (*Giur.*, Torino, 1883, 573); App. Aquila, 13 settembre 1887, *Ditta Cibrario* c. *Monelli* (*Foro Abruzz.*, 1887, 159); Cass. Torino, 26 aprile 1888, *Lorenzi* c. *Sasso* (*Giur.*, Torino, 1888, 293); 30 novembre 1889, *D'Andrea* c. *Amoretti* (*Foro It.*, 1890, I, 424); App. Milano, 6 settembre 1892, *Kölln* c. *Gurlino* (*Mon. Trib.*, 1892, 888); App. Trani, 18 febbraio 1893, *Cocoto* c. *Caboga* (*Pisanelli*, 1893, 38); Cass. Napoli, 9 giugno 1894, *Accurso* c. *Scambia* (*Giur. It.*, 1894, 1, 1, 795); App. Venezia, 18 luglio 1889, *Brusconi* c. *Soc. Savigliano* (*Temi Ven.*, 1889, 659); Trib. Livorno, 9 settembre 189[illegible], *Abrial* c. *Veratti* (*Dir. comm.*, XII, 69); Cass. Napoli, 6 settembre 1895, *Corti* c. *Malito* (*Dir. e giur.*, XI, 221); Cass. Torino, 13 giugno 1893, *Peroni* c. *Cendali* (*Giur.*, Torino, 1893, 445). — Cont. Borsari, I, pag. 158; Ricci, I, pag. 164; Mariani, I, 486; App. Genova, 3 novembre 1888, *De Andrea* c. *Amoretti* (*Temi Gen.*, 1890, 37); 15 dicembre 1888, *Alliond* c. *Zino* (*Temi Gen.*, 1889, 112).

(2) Cass. Torino, 27 luglio 1870, *Stagno* c. *Crilanovick* (*Legge*, 1870, 1, 805).

(3) Cass. Torino, 31 luglio 1868, *Passia* c. *Muzzino* (*Gazz. G.*, 1868, 453); App. Torino, 15 giugno 1885, *Dina* c. *De Castro* (*Giur.*, Torino, 1885, 580); Cass. Firenze 9 aprile 1885, *Dall'Oro* c. *Vannuccini* (*Temi Ven.*, 1885, 290); App. Palermo, 5 giugno 1886, *Ditta Budini* c. *Asmodeo* (*Circ. Giur.*, 1886, 357); Cass. Torino, 7 agosto 1887, *Tabbò* c. *Raimondi* (*Foro It.*, 1887, 1, 1191); App. Catania, 16 aprile 1889, *Ditta Gleizes* c. *Fischetti* (*Foro It.*, 1889, 1, 706); Cass. Torino, 15 febbraio 1895, *Pompeo* c. *Robino* (*Giur.*, Torino, 1895, 169).

(4) Cass. Napoli, 7 giugno 1888, *Banca mer. di Napoli* c. *Ditta Vasaro* (*Dir. e Giur.*, IV, 308).

(5) App. Catanzaro, 15 settem. 1879, *Biamonte* c. *Ditta Erba* (*Eco Giur.*, 1880, 79).

(6) Confr. Cass. Torino, 21 aprile 1882, *Molinari* c. *Arrigo* (*Gazz.*, Torino, 1882, 330).

(7) Confr. Trib. Pisa, 2 giugno 1890, *Gagni* c. *Ferr. medit.* (*Dir. comm.*, VIII, 507); Trib. Napoli, 1 dicembre 1893, *Danneggiati dell' «Utopia»* c. *Hulme* (*Trib. Giud.*, 1894, 9); Trib. Bologna, 31 dicembre 1889, *Brunetti* c. *Ferr. Mediterr.* (*Prat. leg.*, IV, 134); App. Bologna, 19 maggio 1890, stesse parti (*Riv. giur.*, Bologna, 1890, 184); Trib. Roma, 6 agosto 1894, *Alonzi* c. *Ferrovie Mediterranee* (*Legge*, 1894, 2, 452); Cass. Roma, 16 aprile 1896, stesse parti (*Foro It.*, 1896, 1, 601); App. Brescia, 28 ottobre 1896, *Gerbelli* c. *Ferrovie Adriatiche* (*Foro It.*, 1897, I, 43).

varie Autorità giudiziarie del regno. Oltre a queste considerazioni, altre ve ne sono che devono determinare il legislatore a non accentrare la trattazione delle liti, nelle quali lo Stato è parte, nella sede del Governo. L'istruzione della causa più facilmente e con spese minori può essere condotta là dove è sorto il rapporto giuridico al quale la controversia si riferisce, e però havvi la convenienza di rendere possibile la trattazione delle controversie in un tale luogo. Se la trattazione delle liti contro lo Stato fosse accentrata nella sede del Governo, i particolari che sono in rapporti collo Stato sarebbero costretti a portare le controversie lontano dal luogo ove essi risiedono, con incomodi e spese maggiori di quelle che sarebbero costretti a sopportare portando la cognizione della controversia avanti il giudice del luogo ove il rapporto giuridico è sorto, nel mentre per lo Stato, ente che è rappresentato dai suoi funzionari, non è di nessun incomodo e spesa comparire in giudizio a mezzo del funzionario che risiede in un luogo invece che a mezzo del funzionario che risiede in un luogo diverso: giustizia vuole che di ciò sia tenuto conto nella determinazione della competenza per territorio. Per le controversie nelle quali è parte lo Stato vi è dunque la necessità e l'utilità di provvedimenti speciali relativamente alla determinazione della competenza territoriale.

Ma è solo per l'Amministrazione dello Stato che di speciali provvedimenti vi è bisogno. Per le altre Amministrazioni pubbliche il bisogno non vi è punto, dal momento che, essendo limitati i rapporti giuridici fra le Amministrazioni stesse e le altre persone fisiche o morali, e trovandosi tali Amministrazioni distribuite nel territorio dello Stato, non può verificarsi, per le controversie nelle quali esse sono parte, quella agglomerazione presso una stessa Autorità giudiziaria da incagliare l'andamento degli affari; e d'altra parte, essendo limitata la loro azione ad una porzione relativamente piccola del territorio dello Stato, la loro posizione è presso a poco eguale alla posizione di un qualunque privato, e però non esige speciale provvedimento acchè la controversia si agiti là dove è più facile l'istruzione della causa, onde coloro che con esse hanno rapporti non siano costretti ad adire una Autorità lontana dal luogo nel quale il rapporto giuridico è sorto (1).

Le disposizioni speciali relativamente alla competenza territoriale per le controversie nelle quali lo Stato è parte, sono contenute nell'art. 92 del codice di procedura civile. Nella prima parte di questo articolo sono contenute le disposizioni relative alle azioni reali sui beni mobili ed alle azioni che provengono da un rapporto di obbligazione diverso dal rapporto relativo ad imposte dirette ed indirette; nel capoverso vi sono disposizioni relativamente alle controversie di imposte dirette ed indirette. Ma sì la prima parte che il capoverso dell'art. 92 stabiliscono una competenza territoriale prorogabile, come è qualunque competenza per territorio (2); la verità di ciò risulta da che la prima parte dell'art. 92, come sarà meglio esposto in seguito, sanziona il principio che la competenza disposta ha luogo quando non vi sia elezione di domicilio.

145. Se l'Amministrazione dello Stato è attrice, tanto per ciò che concerne l'azione reale sui beni mobili, quanto per ciò che concerne l'azione derivante da un rapporto di obbligazione, non havvi bisogno di disposizioni speciali per provvedere al discentramento per la trattazione delle controversie; costretto lo Stato, come qualunque altra persona, ad adire il fòro del domicilio del convenuto, od il fòro in cui fu contratta o deve eseguirsi l'obbligazione, od il fòro della promessa e della consegna della merce, la trattazione delle controversie nelle quali lo Stato è attore è discentrata colla semplice applicazione delle norme generali relative alla competenza territoriale. E però la prima parte dell'art. 92 del codice di procedura civile non prevede che il caso in cui l'Amministrazione dello Stato sia convenuta: quando l'Amministrazione dello Stato è attrice per l'azione reale sui beni mobili e per le azioni provenienti da un rapporto di obbligazione diverso da un rapporto di imposte, sono gli articoli 90 e 91 della procedura civile che devono essere applicati. È solo quando una delle Amministrazioni dello Stato è convenuta che l'articolo 92, prima parte, riceve applicazione.

Per questa disposizione l'azione reale sui beni mobili, quando è convenuta una delle Amministrazioni dello Stato, deve sempre essere proposta nel luogo in cui si trova la cosa mobile oggetto dell'azione.

Per quanto concerne l'azione proveniente da un rapporto di obbligazione diverso da un rapporto di imposte, l'articolo 92, 1ª parte, proc. civ. distingue il caso in cui vi sia elezione di domicilio, dal caso in cui l'elezione di domicilio non vi sia punto. Nel primo caso ricevono applicazione le norme generali relative alla elezione di domicilio in rapporto alla competenza; l'azione si può proporre davanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui fu eletto il domicilio (3). Ma l'adire una tale Autorità giudiziaria è per l'attore facoltativo, non obbligatorio, a menochè l'elezione di domicilio non sia stata fatta per l'interesse dello Stato; l'art. 92, 1ª parte, si riferisce all'art. 95, e, come si è veduto al n. 132, l'art. 95 stabilisce una competenza per regola facoltativa.

Quando non vi sia elezione di domicilio l'art. 92, 1ª parte, stabilisce che competente a conoscere sia sempre l'Autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta o deve eseguirsi la obbligazione (4), sia o no la citazione notificata in persona propria al rappresentante della Amministrazione (5), sia la citazione notificata nella circoscrizione della Autorità giudiziaria adita od in una circoscrizione diversa; la competenza stabilita dalla prima parte dell'art. 92 è distinta da quella stabilita dalla prima parte dell'art. 91 della procedura, e però non si può parlare di applicazione a quella delle restrizioni che sono dalla legge stabilite per questa. Essendo stabilita la competenza della Autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta o deve eseguirsi l'obbligazione, trattandosi di convenire in giudizio una Amministrazione dello Stato pel pagamento del prezzo di lavori appaltati, meno il caso di elezione di domicilio, è competente il tribunale del luogo ove deve farsi il pagamento del prezzo, ovvero quello nella cui giurisdizione fu stipulato l'appalto, quantunque i lavori

---

(1) Contra: App. Genova, 10 febbraio 1883, *Pellerano c. Schiaffino* (*Eco Gen.*. 1883, 106).

(2) Cass. Firenze, 2 dicembre 1869, *Benziolini* c. *De Maria* (*Ann.*, 1869, 1, 240).

(3) Art. 95 cod. proc. civ.

(4) App. Firenze, 18 dicembre 1889, *Righetti* c. *Finanze* (*Ann.*, 1889, 2, 306); App. Napoli, 26 febbraio 1869, *Gabella* c. *Giaraffa* (*Ann.*, 1869, 2, 308).

(5) Cass. Napoli, 26 novembre 1870, *Vescia* c. *De Palma* (*Gazz. Proc.*, v, 543); 24 novembre 1871, *Fondo Culto* c. *Minori osservanti* (*Ann.*, 1871, 1, 52).

non siano stati eseguiti nel territorio di esso tribunale (1); nel caso di smarrimento di valori contenuti in pieghi assicurati, l'Amministrazione postale può esser convenuta tanto nel luogo della partenza, quanto in quello della destinazione dei medesimi (2); nel caso di indebito pagamento l'Amministrazione dello Stato può essere convenuta tanto avanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui il pagamento fu fatto, quanto avanti quella del luogo in cui le somme indebitamente pagate devono essere restituite (3). Essendo la competenza determinata in ragione del luogo in cui fu contratta o deve eseguirsi l'obbligazione, è indifferente che il funzionario incaricato della rappresentanza dello Stato abbia il suo ufficio nella circoscrizione della Autorità giudiziaria adita o nella circoscrizione di Autorità giudiziaria diversa (4); anche nel caso in cui la citazione fu fatta ad un Ministero, la competenza è dell'Autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta o deve eseguirsi l'obbligazione (5).

Del resto è indifferente che si tratti di obbligazione di dare o di fare, che si tratti di obbligazione relativa ad interessi economici o si tratti di obbligazione relativa ad interessi morali, militari, ecc. È pure indifferente la fonte dalla quale l'obbligazione deriva, sol che, nel mentre per le obbligazioni provenienti da contratto, quasi-contratto, delitto o quasi-delitto vi può essere la competenza della Autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta o deve eseguirsi l'obbligazione, per le obbligazioni provenienti dalla legge non vi può essere che la competenza della Autorità giudiziaria del luogo nel quale l'obbligazione deve essere eseguita.

La competenza di cui all'art. 92, 1ª parte, procedura civile vi è tanto quando sia convenuta l'Amministrazione generale dello Stato, quanto quando sia convenuta una di quelle Amministrazioni dello Stato, che, quantunque siano autonome, non cessano di essere vere e proprie Amministrazioni dello Stato (6).

145 *bis*. Il capoverso dell'art. 92 del codice di procedura civile provvede per la competenza territoriale nelle controversie relative ad imposte dirette ed indirette. L'obbligazione delle imposte è una obbligazione proveniente dalla legge, non può dunque parlarsi di competenza determinata dal luogo in cui l'obbligazione è contratta, non può parlarsi che di competenza determinata dal luogo in cui l'obbligazione deve essere eseguita, e siccome il luogo dove l'obbligazione deve essere eseguita è il luogo dove vi è l'ufficio che deve riscuotere o che ha riscosso l'imposta, così è l'autorità giudiziaria esercitante giurisdizione in questo luogo che è competente a giudicare.

Così intesa, la disposizione del capoverso dell'art. 92, quando l'Amministrazione dello Stato è convenuta, si presenta come una applicazione alla materia di imposta, del principio ammesso nella prima parte dell'articolo stesso. Ma il capoverso che si sta esaminando va più in là; stabilisce la competenza dell'Autorità giudiziaria ove vi è l'ufficio che deve riscuotere l'imposta anche quando l'Amministrazione è attrice, allo scopo evidente di non costringere l'Amministrazione ad andar a cercare il debitore nel luogo di domicilio di questi, o di adempiere le condizioni che, secondo le norme generali, sono necessarie acchè il tribunale del luogo di esecuzione della obbligazione sia competente a giudicare.

L'azione dunque in materia di imposta non può essere proposta avanti il tribunale del luogo ove siede l'Amministrazione centrale, ma avanti il tribunale nella cui giurisdizione vi è l'ufficio che deve riscuotere o che ha riscosso l'imposta (7); proceda questo ufficio di autorità propria o proceda per delegazione avuta da altro ufficio (8); si trovino i beni pei quali l'imposta è dovuta nella circoscrizione della Autorità giudiziaria ove è l'ufficio, o si trovino in circoscrizione diversa (9). Nel caso in cui l'ufficio che deve riscuotere o che ha riscosso l'imposta abbia giurisdizione nel territorio di tribunali diversi deve essere adito il tribunale del luogo dove l'ufficio risiede (10). Dal momento che i cangiamenti nello stato di fatto quale esiste al momento in cui la citazione è notificata non hanno influenza sulla competenza, se dopo la notifica della citazione pel cangiamento della circoscrizione giudiziaria od amministrativa l'ufficio che deve riscuotere o che ha riscosso l'imposta si viene a trovare nella giurisdizione d'un tribunale diverso da quello innanzi al quale la lite è pendente, la competenza, quale determinata a base dello stato di fatto esistente al momento della citazione, non muta (11).

Capo IV. — Azione reale su beni immobili ed azioni di cui all'articolo 82 codice di procedura civile.

146. La competenza stabilita dall'art. 93 codice procedura civile; suoi rapporti colla competenza stabilita nell'art. 90. — 147. Indole della competenza stabilita dall'art. 93; regole generali relative alla applicazione di questo articolo. — 148. Caso in cui l'immobile sia situato in più giurisdizioni. — 149. Esame speciale delle due classi di azioni delle quali si occupa l'articolo 93; azioni reali sui beni immobili. — 150. Azioni di cui all'art. 82 codice di procedura civile.

146. Dopo aver determinato la competenza per le azioni personali e le azioni reali su beni mobili, competenza che, come si è veduto, per regola è nel magistrato del luogo in cui il convenuto ha domicilio o residenza (12), e, per er-

(1) App. Genova, 20 gennaio 1871, *Min. dei LL. PP.* c. *Rapetti* (*Giur. It.*, 1871, II, 19).

(2) Trib. Bologna, 14 luglio 1873, *Banca pop. di Sondrio* c. *RR. Poste* (*Legge*, 1873, I, 801).

(3) Vedi Cass. Napoli, 1 giugno 1888, *Finanze* c. *Prov. di Campobasso* (*Dir. e Giur.*, IV, 175).

(4) Vedi Trib. Napoli, 17 giugno 1895, *De Medici* c. *Deb. Pubblico* (*Dir. e Giur.*, XI, 84).

(5) Vedi Cass. Firenze, 10 dicembre 1868, *Min. della Marina* c. *N. N.* (*Gazz. G.*, 1868, 385).

(6) Vedi App. Napoli, 23 giugno 1876, *Fondo Culto* c. *Falaguerra* (*Gazz. Proc.*, XI, 502); App. Torino, 1° settembre 1882, *Cassa militare* c. *Ghirardi* (*Gazz. leg.*, 1882, 347); Trib. Monteleone, 2 luglio 1883, *Sorrentino* c. *Cotti* (*Gazz. Proc.*, XVIII, 526); Cass. Roma, 12 luglio 1884, *Fondo Culto* c. *Barbagallo* (*Corte Suprema*, 1884, 574).

(7) Vedi App. Casale, 15 maggio 1882, *Finanze* c. *Avallo* (*Giur. Cas.*, 1882, 230).

(8) App. Milano, 18 luglio, 1867, *Finanze* c. *Mana* (*Gazz. G.*, 1867, 228).

(9) Vedi App. Roma, 10 febbraio 1884, *Piccinini* c. *Finanze* (*Temi Rom.*, 1884, 406).

(10) Confr. App. Casale, 15 febb. 1867, *Prov. di Alessandria* c. *Demanio* (*Giur.*, Torino, 1866, 232).

(11) App. Catania, 1 ottobre 1971, *Finanze* c. *Paternò* (*Giur. Cat.*, 1871, 176).

(12) Art. 90 cod. proc. civ.

cezione, in altri magistrati (1), il codice di procedura civile all'art. 93 passa a determinare la competenza per due specie di azioni, per l'azione reale su beni immobili, e per le azioni indicate nell'art. 82 del codice stesso; competenza che determina in ragione del luogo ove è situata la cosa o seguì lo spoglio o la turbativa di possesso della cosa mobile. Non è che questa competenza faccia eccezione alla regola generale dell'art. 90 della procedura, come si vedrà a suo luogo: solo per alcune delle azioni indicate nell'art. 82 forma eccezione alla regola stabilita nell'art. 90; è una classe di azioni assolutamente distinte da quelle regolate dall'art. 90 che cade sotto il disposto dell'art. 93.

147. La competenza stabilita dall'art. 93 essendo una competenza per una classe di azioni distinta da quella per la quale la competenza è stabilita a base del domicilio o della residenza del convenuto, non è una competenza facoltativa, in modo che sia libero all'attore seguire la competenza stessa o quella stabilita dall'art. 90. È in quella vece una competenza obbligatoria, in modo che solo avanti il giudice dallo art. 93 designato può essere proposta l'azione. Però non è una competenza assoluta: come tutte le competenze territoriali, è relativa (2), ond'è che può essere dalle parti prorogata (3).

La detta competenza si ha qualunque sia la persona attrice, qualunque sia la persona convenuta; ond'è che havvi anche quando, attrice o convenuta, sia una Amministrazione dello Stato. La competenza stessa si ha qualunque sia il luogo in cui fu notificata la citazione, qualunque sia la persona alla quale la citazione viene consegnata dall'ufficiale che procede alla notifica; l'art. 93 non fa alcuna restrizione per l'applicabilità della sua disposizione, e restrizioni però non possono essere fatte dall'interprete. Per decidere sulla sua esistenza si bada, come per tutte le competenze, alla azione che viene intentata; quando l'azione intentata sia fra quelle nell'art. 93 enumerate havvi la competenza (4). Ma la azione deve essere realmente quale apparisce; chè se l'azione avesse solo l'apparenza di una delle azioni dall'art. 93 contemplate, ma in realtà fosse diversa, la competenza dovrebbe essere determinata a base di quelle norme che regolano la competenza territoriale per l'azione che in realtà viene intentata.

Durante il giudizio può essere variata la circoscrizione giudiziaria, in modo che l'immobile che era posto in una circoscrizione, e l'azione pel quale era stata intentata avanti una Autorità giudiziaria, si venga a trovare nella circoscrizione di altra Autorità giudiziaria. Questo però sarebbe un cangiamento nello stato di fatto quale esisteva al momento della citazione, e, siccome, lo si ebbe più volte occasione di notare, i cangiamenti nello stato di fatto avvenuti dopo la citazione non alterano la competenza quale determinata a base dello stato di fatto esistente al momento della citazione stessa, la controversia continuerà ad essere di competenza della Autorità giudiziaria adita.

148. Finchè l'immobile pel quale l'azione viene intentata è posto nel territorio di una giurisdizione, il principio che la competenza si determina a base del luogo nel quale è sito l'immobile non offre difficoltà di applicazione; la competenza havvi nel giudice del luogo nel quale l'immobile è sito. Ma l'immobile può trovarsi parte nel territorio di una, e parte nel territorio di altra giurisdizione, ed in tal caso è d'uopo determinare quale delle Autorità, nella cui giurisdizione l'immobile è situato, sia la competente a giudicare.

La regola che la competenza si determina a base del luogo nel quale l'immobile è sito, porterebbe alla conseguenza che presso ciascuna giurisdizione dovesse essere intentata l'azione per la parte dell'immobile situata nel territorio della giurisdizione stessa. Ma ciò evidentemente scinderebbe una azione in più azioni, non già per la natura del diritto che viene fatto valere, ma per la accidentalità della situazione delle cose controverse in giurisdizioni diverse. Per regolare questo caso havvi d'uopo dunque di disposizioni speciali. E le disposizioni speciali si trovano nel capoverso dell'art. 93 della procedura, pel quale, quando l'immobile sia soggetto a più giurisdizioni, l'azione è promossa avanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui è posta la parte soggetta a maggior tributo diretto verso lo Stato, o davanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui è posta una parte qualunque, ed alcuno dei convenuti abbia domicilio o residenza.

Finchè l'immobile è composto di più unità catastali, divise fra le varie giurisdizioni in modo che il confine fra le varie unità catastali è anche il confine fra le due giurisdizioni, il capoverso dell'articolo 93 non offre difficoltà nella sua applicazione: si guarda ai due complessi di unità catastali, si prende il tributo pagato dalle unità catastali esistenti in una delle giurisdizioni, il tributo pagato dalle unità catastali esistenti nell'altra giurisdizione, e, fatto il confronto fra le due somme, si determina la competenza. Ma, quando l'unità catastale è unica, come può avvenire pei fondi urbani che sorgono nel confine fra le due giurisdizioni, e pei fondi rustici posti in un Comune ripartito fra più giurisdizioni, la determinazione del tributo pagato dalle varie parti dell'immobile non può essere determinata se non facendo la proporzione fra l'intiero tributo pagato dall'immobile ed il valore delle varie parti dell'immobile stesso. Ciò però esigerebbe una istruzione preliminare per determinare quale sia l'Autorità giudiziaria competente, istruzione preliminare che in tema di valutazione della cosa controversa, come si è veduto parlando della competenza per valore, la legge vuole esclusa. In questo caso non è possibile che ricorrere alla analogia, e la disposizione analoga, che può dare il principio per risolvere la questione proposta, la si ha nell'articolo 18 del regolamento 24 agosto 1877 per l'esecuzione della legge sulla tassa fabbricati. Per questo articolo, quando si tratta di fabbricati posti nel territorio di più Comuni contermini, il possessore deve fare un prudenziale riparto del reddito fra i Comuni nel territorio dei quali è posto il fabbricato. Nel caso che si sta esaminando dunque l'attore farà un prudenziale riparto del tributo fra le varie parti delle unità catastali poste nelle giurisdizioni distinte, ed adirà l'Autorità giudiziaria del luogo ove è situata quella parte che, secondo

(1) Art. 91, 92 cod. proc. civ.

(2) Cass. Firenze, 2 dicembre 1869, *Benziolini* c. *Demanio* (*Ann.*, 1869, 1, 240).

(3) Cass. Napoli, 6 dicembre 1877, *Veglia* c. *Ruggero* (*Foro It.*, 1878, 1. 43).

(4) Quando il fatto da cui l'attore desume la competenza territoriale del pretore adito *ratione rei sitae* sia contestato, si sta alla asserzione dell'attore e non è ammessa la prova contraria.

Così ebbe a statuire in termini il Tribunale di Bologna, addì 2 marzo 1880, nella causa *Garagnani* c. *Municipio di Savignano* (*Riv. giuridica*, Bologna, 1880, 120).

il prudenziale riparto fatto, paga la quota maggiore di tributo.

Perchè il principio posto nel capoverso dell'articolo 93 codice di procedura civile possa ricevere applicazione è necessario che quanto dell'immobile viene in controversia sia soggetto a più giurisdizioni; chè, se venisse in controversia una zona soltanto di un immobile, e questa fosse situata in una sola giurisdizione, la prima parte, e non il capoverso dell'art. 93, dovrebbe essere applicata (1).

Del resto, quando l'azione esperita è unica, per l'applicabilità del capoverso dell'art. 93, è indifferente che ciò che viene in controversia sia un tutto continuo, o si tratti invece di fondi distinti posti in giurisdizioni diverse (2); come si è fatto notare più su, scopo del capoverso dell'art. 93 si è quello di evitare la scissione di un'azione in sè unica in azioni distinte in seguito ad un fatto puramente accidentale, quale è la situazione della cosa in giurisdizioni distinte, e questo scopo è d'uopo sia raggiunto tanto nel caso in cui ciò che viene in controversia forma un tutto continuo, quanto nel caso che sia costituito da immobili distinti.

149. Detto ciò in generale, si può passare all'esame speciale delle due classi di azioni delle quali si occupa l'art. 93 della procedura.

La prima classe di azioni, delle quali si occupa l'art. 93, è costituita dalle azioni reali sui beni immobili. Cadono dunque sotto il disposto dell'art. 93 l'azione in rivendicazione, qualunque sia il fatto giuridico che alla azione stessa ha dato nascimento (3) e le questioni incidentali che è d'uopo decidere per pronunciare sulla azione proposta (4); l'azione per regolamento di confini (5); l'azione confessoria e la negatoria; l'azione diretta ad ottenere il rispetto alla proprietà (6). Ma non vi entra l'azione proveniente da un rapporto di anticresi (7), dal momento che l'anticresi non dà origine ad un diritto reale e reale non è l'azione che in base a questo rapporto

---

(1) La Cass. di Torino, 9 dicembre 1891, *Carnevale-Baraglia* c. *Pallavicino* (*Foro It.*, 1892, I, 210), così statuiva:

« Attesochè vuolsi, col primo mezzo, essersi male giudicato in appello col respingere l'eccezione che si faceva d'incompetenza del tribunale di Novara a conoscere della causa, perchè, sebbene l'azione proposta dai litisconsorti Pallavicino tendesse a far riconoscere un preteso diritto reale di transito d'acqua per l'irrigazione dei beni stabili di loro proprietà, posti in quel circondario e sopra un solo tratto di canale o cavo detto Panissima, situato in territorio di Grasuzzo, dipendente anche da quel circondario, per il cavo stesso essendo per la maggior parte del suo percorso posto in territorio soggetto al tribunale di Vigevano, nella cui giurisdizione trovasi anche la cascina da cui prende nome quel cavo destinato ad irrigarla, sarebbe stato competente lo stesso tribunale pel disposto dell'art. 93 alinea in relazione all'art. 79 cod. proc. civ., tanto più non essendo controverso che la porzione del cavo soggetta a maggiore tributo verso lo Stato sarebbe in territorio Lomellino, dove, come fu detto, si trovavano i beni a cui deve servire, e dei quali sarebbe così anche provato doverne far parte, giusta gli art. 412, 1312 cod. civ., neppure stati contemplati colla sentenza denunciata.

« Ma tali censure non sono accoglibili, poichè il principio ritenuto dalla Corte di merito della non applicabilità sia di detto alinea dell'art. 93, quando l'azione reale immobiliare, come di rivendicazione o simile, si proponga sopra una parte determinata e circoscritta di un fondo ed una tale parte si trovi anche per intiero situata sopra un territorio soggetto alla stessa giurisdizione, sia dell'art. 79, quando non si tratti di stabilire la competenza per ragione di valore, è un principio giusto ed esatto che bastava anche per sè per far respingere, nella specie attuale, l'eccezione di incompetenza, indipendentemente da qualsiasi altra indagine sulla portata degli art. 412, 1312, all'effetto della questione medesima, e senza che occorresse quindi in proposito una motivazione speciale.

« Niun dubbio infatti può esservi che si trattasse di un'azione reale immobiliare proponibile davanti l'Autorità giudiziaria del luogo dove è posto lo stabile, senza che potesse rendersi applicabile il capoverso dell'art. 93, concernente il caso in cui l'immobile sia soggetto a più giurisdizioni, dal momento che l'azione intentata fu localizzata ad una determinata zona posta per intiero nella stessa giurisdizione.

« Con quel capoverso si accenna all'immobile in relazione però sempre a quanto, giusta la prima parte dello stesso articolo, trovasi colpito dall'azione, nè potrebbe essere altrimenti senza sconvolgere la base della competenza per territorio, che si volle far dipendere unicamente dal luogo sul quale cade la contestazione, o dove si commise la turbativa di possesso, volendosi di tal guisa pareggiare nel comune interesse delle parti la competenza dell'Autorità giudiziaria più vicina al fondo alla competenza per ragione di persona. Invano si vorrebbe sostenere, per analogia dell'art. 79 cod. proc. civ., che nel caso di servitù prediale si deve ad ogni modo, per la competenza, guardare indistintamente al fondo serviente senza dividerlo in parti, sia perchè quella disposizione è stabilita per la competenza soltanto per ragione di valore, nè fu richiamata sotto alcun rapporto dall'art. 93, mentre ivi si fece per contro uno speciale richiamo delle azioni indicate nell'art. 82 relativamente alla competenza per valore, sia perchè l'espressione di fondo serviente viene a colpire nel comune linguaggio la superficie del luogo sul quale materialmente si esercita la servitù, ed è ammesso, in diritto, che la servitù possa riguardare una parte soltanto del fondo (L. 6, Dig. *de serv.*: *Ad certam partem fundi servitus tam remitti, quam constitui potest*), principio questo implicitamente riconosciuto anche dall'art. 644 cod. civ., e conciliante di ogni possibile interesse.

« La dottrina e la giurisprudenza ritengono nell'applicazione dell'art. 79 predetto che, per determinare il valore del fondo serviente, sia da aversi riguardo al valore dello stabile intiero anzichè di quella parte soltanto su cui si esercita la servitù che ne può venire al restante fondo od edificio di cui fa parte il sito che è colpito dalla servitù, e perchè a determinare la maggiore o minore importanza ed entità della causa, da che procede detta competenza, vuolsi necessariamente stare al valore dell'intiero stabile per la diminuzione che può avvenire dai danni derivati da quel deprezzamento; ma, se tale ragione milita riguardo alla competenza per valore intero, sul che però niuna questione fu mai sollevata nella specie attuale, essa viene a mancare assolutamente di base nel caso di sola competenza *ratione rei sitae*, nè può certamente aversi analogia di argomento fra le norme che regolano quelle due fonti di competenza, distinte per origine e non aventi alcuna comunanza nè di scopo, nè di effetti.

« Niuna pretesa d'altronde ebbe ad elevarsi sulle acque restanti del cavo Panissima, dopo scaricatone il quantitativo di quelle immessevi dai Pallavicino di loro proprietà, state anche designate in una misura certa e determinata, ed il tratto esistente tra entrambi quei punti di immissione e di estrazione delle acque trovandosi in territorio di Novara non poteva che essere respinta l'opposta eccezione d'incompetenza. »

(2) App. Torino, 21 ottobre 1893, *Belardi* c. *Ferraris* (*Giurisprudenza*, Torino, 1894, 96).

(3) Vedi App. Messina, 23 marzo 1871, *Finanze* c. *Pastinelli* (*Temi Zancl.*, 1871, 29).

(4) Vedi Cass. Torino, 24 febbraio 1870, *Neri* c. *Demanio* (*Ann.*, 1870, 1, 91).

(5) Vedi Cass. Napoli, 5 agosto 1889, *Cumbatella* c. *Arcieri* (*Gazz. Proc.*, XXIII, 367).

(6) Vedi App. Casale, 13 luglio 1883, *Poggi* c. *Cappi* (*Giur. Cas.*, 1883, 338).

(7) App. Torino, 25 novembre 1866, *Cerdaro* c. *Norci* (*Giur. It.*, 1866, 2, 600).

viene esperita. È indifferente che l'azione reale sia proposta da sola, od insieme alla stessa come accessorio sia esperita l'azione personale (1); la competenza anche in questo caso è determinata a base del luogo ove è situato l'immobile.

La determinazione dell'immobile a base della situazione del quale deve essere determinata la competenza offre qualche difficoltà in tema di servitù, perchè si tratta di stabilire se, per la determinazione della competenza, quando il fondo dominante ed il fondo servente si trovino in giurisdizioni distinte, si debba avere riguardo all'uno od all'altro dei due fondi. L'azione confessoria e la negatoria tendono alla affermazione di un diritto competente all'immobile dell'attore; diritto affermativo nell'azione confessoria, negativo nella negatoria. L'immobile che viene dedotto in giudizio in queste azioni è dunque sempre l'immobile dell'attore; è a questo, dunque, che si deve badare per determinare la competenza.

Al n. 38 si è veduto che vi sono casi nei quali competono due azioni: la personale e la reale. Siccome vi può essere la competenza per l'azione reale e non per la personale, o viceversa (2), così, per decidere se l'Autorità adita è o no competente, sarà d'uopo esaminare se l'azione esperita è la personale o la reale: solo quando è esperita quest'ultima azione la competenza sarà determinata a base dell'art. 93 (3).

L'art. 93 può ricevere applicazione sol quando si tratta di azioni reali su beni immobili, chè per questo caso soltanto il disposto dell'art. 93 è scritto. Non è dunque alla divisione delle azioni in reali e personali che l'art. 93 si riferisce; si riferisce alla divisione delle azioni in azioni reali immobiliari ed in azioni diverse. Ond'è che, quando non si tratta di azione reale su beni immobili, agli effetti della applicabilità dell'art. 93 è inconferente l'indagine se l'azione sia reale o personale: l'art. 93 non può ricevere applicazione sia l'azione collocata in una od in altra categoria (4).

150. La seconda classe di azioni per le quali l'art. 93 riceve applicazione, è costituita dalle azioni di cui all'art. 82 codice di procedura civile (5).

La prima azione di cui fa parola l'art. 82 della procedura è l'azione per guasti e danni recati ai fondi urbani e rustici, alle siepi, chiudende, piante e frutti: questa azione va dunque proposta avanti l'Autorità giudiziaria del luogo dove è situato l'immobile al quale il danno fu arrecato (6). L'azione della quale ci si sta occupando è un'azione personale, e però la competenza dell'art. 93 fa eccezione alla regola generale dell'art. 90; di qui la conseguenza che l'art. 93 non può essere esteso a casi e tempi nell'articolo stesso non espressi, che in tanto havvi la competenza dell'art. 93 in quanto si tratti della azione nell'art. 82, n. 1, delineata. L'azione di danno ai fondi in tanto è l'azione delineata nell'art. 82, n. 1, del codice di procedura civile, in quanto sia proposta entro l'anno dal fatto che vi diede origine (7); di qui la conseguenza che se è proposta dopo l'anno, non si può parlare della competenza territoriale di cui all'art. 93, ma la competenza va regolata a base delle disposizioni date dalla legge sulla competenza nella azione personale (8). A questo principio viene fatta eccezione pel caso in cui il valore della lite sia inferiore alle lire 100; in questo caso, anche se è scorso l'anno, l'azione, a termini dell'art. 10, n. 3, della legge 16 giugno 1892, n. 261, mantiene il suo carattere di azione speciale (9), e però la competenza dell'art. 90 non soffre alterazione. Al n. 58 si è veduto che l'azione dell'art. 82, n. 1, non va esperimentata per danni ai frutti staccati dal suolo, di conseguenza per tali danni non havvi la competenza stabilita dall'art. 93 (10).

L'art. 82 fa in secondo luogo parola delle azioni possessorie proposte entro l'anno dal fatto che vi diede origine; dunque anche per queste azioni havvi la competenza dell'articolo 93. Le azioni possessorie sono azioni personali dal momento che sono dirette contro il convenuto pel fatto da lui commesso; atteso ciò anche sulle azioni possessorie la competenza dell'art. 93 fa eccezione alle regole generali degli art. 90, 91 e 92, e però non può ricevere applicazione estensiva. Di qui la conseguenza che, se le azioni possessorie sono proposte dopo l'anno, possibilità che al n. 61 si è dimostrata esistente, non si può per analogia estendere il disposto dell'art. 93; per la competenza, in tal caso, deve essere deciso a norma degli articoli 90 e 92.

L'art. 93 fa una distinzione fra il caso in cui si tratti di manutenzione o reintegra nel possesso di una cosa mobile, ed il caso in cui si tratti di reintegra nel possesso di una cosa mobile, o di manutenzione nel possesso di una universalità di mobili, unico caso pel quale, a termini dell'art. 694 codice civile è ammissibile la turbativa relativamente a cose mobili. Nel primo caso la competenza è sempre determinata dal luogo in cui è posto l'immobile, oggetto dello spoglio o della turbativa (11), anche se si tratta di quasi-possesso di una servitù (12). Se in quella vece si tratta di reintegra o di manutenzione per cose mobili, la competenza è del magistrato del luogo in cui seguì lo spoglio o la turbativa (13).

La terza specie di azioni, della quale l'art. 82 fa parola, è costituita dalle azioni di denuncia di nuova opera o di danno

(1) Vedi Cass. Firenze, 23 dicembre 1875, *Fazzari* c. *Lovatti* (*Legge*, 1, 1876, 183); App. Torino, 15 ottobre 1876, *Impr. Costr. Canale Cavour* c. *Piana* (*Gazz. G.*, 1867, 67).

(2) Vedi Cass. Firenze, 25 luglio 1887, *Nobili* c. *Spranger* (*Temi Ven.*, 1887, 454).

(3) Vedi Cass. Torino, 11 dicembre 1867, *Ruggero* c. *Ruggero* (*Gazz. Proc.*, x, 261); Cass. Napoli, 28 novembre 1867, *N. N.* (*Ann.*, 1868, 1, 56); App. Venezia, 27 febbraio 1885, *De Castello* c. *Franzolin* (*Temi Ven.*, 1887, 567); Cass. Torino, 17 maggio 1892, *Burlando* c. *Accame* (*Mon. Trib.*, 1892, 503).

(4) Vedi Trib. Napoli, 15 aprile 1868, *Chiesa di Scigliano* c. *Demanio* (*Gazz. Proc.*, III, 118).

(5) App. Torino, 17 aprile 1869, *Parroco di Biandrate* c. *Scanzi* (*Gazz. G.*, 1869, 404).

(6) App. Torino, dec. citata; Cass. Roma, 23 aprile 1884, *Di Giampietro* c. *Rosati* (*Temi Rom.*, 1883, 209).

(7) Vedi retro n. 58.

(8) Trib. Sassari, 6 dic. 1894, *Meloni* c. *Comodi* (*Giur. Sarda*, 1895, 20). — Contra: App. Torino, 17 aprile 1869, *Parroco di Biandrate* c. *Scanzi* (*Giur.*, Torino, 1869, 375); App. Venezia, 15 aprile 1887, *Weil* c. *Ponti* (*Temi Ven.*, 1887, 379).

(9) Vedi retro, n. 58.

(10) Contra Cass. Napoli, 1 ottobre 1873, *Maffia* c. *Ferr. Mer.* (*Gazz. Trib.*, Napoli, 1874, 89).

(11) Cass. Napoli, 31 luglio 1875, *Redino* c. *Lucardelli* (*Gazz. Proc.*, x, 351); Pret. S. Germano Vercellese, 16 aprile 1884, *Duca d'Aosta* c. *Associazione di irrigazione* (*Giur.*, Torino, 1884, 383); Cass. Firenze, 18 maggio 1885, *Manfrin* c. *Dall'Oglio* (*Temi Ven.*, 1885, 331); 11 luglio 1887, stesse parti (*Foro It.*, I, 864); App. Trani, 29 marzo 1892, *Celefato* c. *Marinacci* (*Pisanelli*, 1892, 133).

(12) Trib. Bologna, 3 marzo 1880, *Garagnani* c. *Mun. di Savignano* (*Riv. giurid.*, Bologna, 1880, 126).

(13) Cass. Torino, 15 maggio 1882, *Amm. Forestale dello Stato* c. *Sillano* (*Mon. Trib.*, 1882, 1030).

temuto proposte entro l'anno dal fatto che vi diede origine; anche per queste azioni havvi sempre la competenza dell'articolo 93. Anche queste azioni sono personali e di conseguenza per le stesse va ripetuto quanto si è detto per le azioni possessorie.

L'art. 82 procede coll'enumerare le azioni dirette ad ottenere la osservanza delle distanze stabilite dalla legge, dai regolamenti e dagli usi locali, riguardo al piantamento di alberi e di siepi; di conseguenza, anche per queste azioni havvi la competenza dell'art. 93. Queste azioni però sono azioni reali e non si ha riguardo alla persona che ha fatto la piantagione, si ha riguardo alla piantagione esistente. Ond'è che, se queste azioni sono proposte scorso l'anno, anche se non vengono proposte nella forma di azioni negatorie della servitù di tollerare le piantagioni ad una distanza minore della prescritta, sono cause di competenza del magistrato del luogo ove è situato l'immobile.

L'ultima azione della quale si occupa l'art. 82 è l'azione di sfratto proposta entro l'anno dalla cessazione della locazione; anche per questa azione, ad onta che sia personale, sta dunque la competenza dell'art. 93 (1). Essendo l'azione personale, l'art. 93 non è applicabile per analogia al caso in cui l'azione sia proposta dopo l'anno; in questo caso la competenza è quella stabilita per le azioni personali o per le reali, a seconda che si proceda coll'azione proveniente dal contratto o coll'azione di rivendicazione. Se però si tratta di sfratto, competente a conoscere del quale è il conciliatore, non si fa distinzione fra il caso in cui l'azione sia proposta entro o dopo l'anno, dal momento che tale azione di sfratto mantiene il suo carattere di azione speciale anche se esperita dopo l'anno (2).

Capo V. — **Azioni sorte in seguito alla apertura di una successione.**

151. Generalità. — 152. Varie specie di azioni.

151. L'art. 94 del codice di procedura civile stabilisce una competenza territoriale speciale per alcune azioni che sorgono in seguito alla apertura di una successione; competenza anche questa relativa (3), come tutte le competenze territoriali, e però prorogabile espressamente o tacitamente dalle parti. Questa competenza non è perpetua, è sempre temporanea; dal che resulta che la stessa esiste, non perchè le azioni che nella stessa entrano, per necessità di cose, debbano esser rette da norme di competenza territoriale diverse da quelle che reggono le altre azioni, ma perchè soltanto comodità di giudizio rende utile tale competenza speciale. Ond'è che le norme relative a questa competenza fanno eccezione alle norme che regolano in generale la competenza, e però non possono essere estese oltre i casi e i tempi nella legge espressi.

Il criterio per determinare tale competenza è diverso a seconda che si tratti di successione aperta nello Stato o di successione aperta all'estero. Se si tratta di successione aperta nello Stato, dalla prima parte del citato art. 94 è stabilita la competenza dell'autorità giudiziaria del luogo della aperta successione, che è il luogo dell'ultimo domicilio del defunto (4), indipendentemente dalla provenienza dei beni che al defunto appartenevano (5), e dal luogo in cui i beni sono siti, siano siti nello Stato od all'estero (6). Se si fosse adottato lo stesso criterio per le azioni che sorgono in seguito alla apertura di una successione avvenuta all'estero, implicitamente si sarebbe ammessa la competenza dei magistrati italiani a giudicare di tali azioni, anche se si trattasse

(1) App. Messina, 22 giugno 1870, *Caglia* c. *Giono* (*Temi Zanc.*, 1870, 69); Cass. Firenze, 29 marzo 1894, *Santini* c. *Lenzi* (*Temi Ven.*, 1894, 223).

(2) Confr. art. 10, n. 2, legge 16 giugno 1862, n. 261.

(3) App. Trani, 2 dicembre 1881, *Tortora* c. *Schiavulli* (*Riv. giur.*, Trani, 1882, 618).

(4) Art. 923 cod. civ.

(5) Vedi App. Casale, 17 gennaio 1881, *Chiola* c. *Balduzzi* (*Giur. Cas.*, 1881, 47).

(6) Cass. Torino, 21 febbraio 1884, *Jon-Tonel* c. *Myer* (*Foro It.*, 1884, 1, 572).

La quale così ragionava:

« Osserva che il codice civile italiano, dopo avere all'articolo 7 delle disposizioni preliminari riconosciuto il principio di diritto internazionale che i beni immobili sono sogget i alla legge del luogo dove sono situati, limita questa disposizione, dichiarando all'art. 8 che le successioni legittime e testamentarie, sia quanto all'ordine di succedere, sia circa la misura dei diritti successorii e la intrinseca validità delle disposizioni sono regolate dalla legge nazionale della persona, della cui eredità si tratta, di qualunque natura sieno i beni ed in qualunque paese si trovino. A ragione si ritenne ques a una ardita e lodevole innovazione, che non avendo riscontro negli altri moderni codici, mantiene all'Italia quel primato nel giure che tutti le riconoscono.

« Era di fatti irrazionale il far dipendere dalla situazione dei beni il diritto successorio, mentre i beni non ne sono che l'oggetto materiale; era irrazionale che, avendo un cittadino colla sua personale attitudine, e spesse volte coi mezzi intellettuali e materiali fornitigli dalla patria, raccolto in diversi paesi un patrimonio immobiliare, la sua successione non fosse regolata da un unico diritto, da quello della patria, e che il *ius testandi*, personalissimo, non seguisse la nazionalità del testatore. Di fatti l'*universum ius* che costituisce l'eredità, come università di diritti, sta da sè, fatta astrazione dei beni a cui si riferisce, e rappresenta la persona del defunto, e lo statuto personale in tema successorio non fa che riconoscere quei principii.

« Non può dirsi col ricorrente che la disposizione dell'articolo 8 ferisca il diritto pubblico internazionale in quell'altra giurisdizione che compete ad ogni Stato sui beni immobili che compongono il suo territorio, poichè essa si limita al puro diritto successorio e non impedisce che il modo di possedere e godere gli immobili, le servitù, le imposte ed ogni altra modalità in ordine al regime della proprietà immobiliare sieno rette dalla legge del luogo.

« Ciò posto, gli è incontestabile che di fronte al codice civile italiano non può proporsi e sostenersi l'antica massima *tot haereditates quot territoria*, e che perciò male ad essa il Pietro Jon-Tonel ricorre.

« Conseguenza razionale della disposizione dell'art. 8 era che fosse determinato il giudice innanzi al quale dovessero proporsi le azioni successorie, poichè il dar la giurisdizione al giudice della *rei sitae* produceva lo sconcio che vi fossero tan i giudizii quanti i territorii e faceva ritornare in vigore nel tema di rito l'abolita massima *tot haereditates quot territoria*.

« Quindi la disposizione dell'art. 94 cod. proc. civ., quindi il principio che unico fosse il giudizio, quindi la designazione del giudice in quello dell'aperta successione, sempre quando questa siasi aperta nello Stato.

« Ora, siccome secondo il codice civile italiano (art. 923) la successione non si considera aperta là dove esiste la maggior parte dei componenti l'eredità, ma sì nel luogo dell'ultimo domicilio del *de cuius haereditate agitur*, così egli è evidente che essendo il Giovanni Jon-Tonel morto nella giurisdizione del tribunale di Biella, luogo del suo ultimo domicilio come non si contende, il giudice dell'aperta successione, il giudice competente per l'azione in divisione, non fosse e non potesse essere altro che il tribunale civile di Biella che appunto è stato adito dall'Isabella Myer ».

di successione di cittadini italiani; se ciò non si voleva, era d'uopo adottare, per le successioni aperte all'estero, un criterio diverso di determinazione della competenza. L'articolo 94, capoverso, provvede al bisogno. Questo capoverso distingue il caso in cui nello Stato vi siano beni immobili o mobili, dice la legge, *da dividersi*, ma più proprio è dire di spettanza della successione, dal caso in cui nello Stato non vi siano beni: nel primo caso stabilisce la competenza dell'Autorità giudiziaria del luogo in cui è posta la maggior parte dei beni; nel secondo, della Autorità giudiziaria del luogo in cui il convenuto ha domicilio o residenza (1).

Nessuna preferenza è data dalla legge alla maggior parte degli immobili sulla maggior parte dei mobili, ond'è che dei beni, sieno mobili o sieno immobili, deve esser fatto il cumulo, e la competenza va determinata col criterio del luogo in cui si trova la maggior parte del cumulo stesso. La legge non stabilisce in che modo si deve determinare quale è la maggior parte dei beni, ma evidentemente si deve prendere per base il valore dei beni stessi, e per la determinazione di tale valore devono essere applicati i principî relativi alla determinazione del valore della causa agli effetti della competenza.

152. La competenza speciale della quale si è fatto parola nel numero precedente, è dall'art. 94 stabilita per quattro classi di azioni.

La prima classe è costituita dalle azioni di petizione e divisione della eredità (2) e qualunque altra fra eredi (3). E però entrano in questa classe le azioni nelle quali oggetto principale del contendere quello si è di definire i diritti rispettivi dei coeredi in una eredità (4), le azioni dirette ad ottenere la nomina di un amministratore alla eredità (5), le contestazioni sulla validità del testamento (6), le azioni per supplemento di legittima (7), ed in generale quelle azioni che siano dirette a reclamare, in tutto od in parte, quella universalità di beni e di diritti che si appella eredità, da chi pretende essere erede esclusivo o coerede della medesima (8). La competenza è relativa alla eredità della quale si contende, ond'è che, se si trattasse di azione relativa alla eredità di una persona interessata in un'altra eredità, la competenza dovrebbe essere determinata a base del luogo di apertura dell'eredità per la quale l'azione viene esercitata, non già a base del luogo in cui fu aperta l'eredità che si trovava nel patrimonio della persona stessa al momento della morte di questa (9).

Sono le azioni fra coeredi quelle sulle quali questa competenza è stabilita; ond'è che non deve essere regolata da questa competenza l'azione colla quale chi avrebbe diritto all'eredità in mancanza di colui al quale l'eredità spetta, cita in giudizio quest'ultimo onde dichiari se accetta o rinuncia la eredità (10), ammenochè non fosse promossa da un coerede agli effetti del diritto di accrescimento: una tale azione quando non è proposta agli effetti del diritto di accrescimento, non è azione fra eredi, dal momento che fino alla rinuncia avvenuta l'attore non sarebbe erede, deve esser dunque regolata colle norme relative alla competenza per le azioni personali, non già colle norme dell'art. 94 (11).

La competenza della quale si discorre cessa colla divisione della eredità. La divisione avvenuta fa cessare la competenza di cui all'art. 94, 1ª parte, n. 1, codice di procedura civile, solo nei rapporti fra i coeredi che intervennero nell'atto divisionale, non mai nei rapporti dei coeredi che nell'atto divisionale non sono intervenuti; ond'è che, ad onta della avvenuta divisione dell'intiero asse ereditario fra alcuni eredi, continua la competenza della Autorità giudiziaria del luogo della aperta successione per le azioni di petizione di crediti, di divisione, ecc., che fossero intentate contro coloro fra i quali la divisione è avvenuta da chi in quell'atto non intervenne.

Contro l'atto di divisione è ammessa l'azione di rescissione (12); i coeredi si devono vicendevolmente garantire per le molestie e le evizioni procedenti da cause anteriori alla divisione (13). Le azioni di rescissione e di garantia sono azioni personali, e però le stesse dovrebbero essere proposte là dove le azioni personali si devono proporre. La legge ha fatto però una eccezione a questo principio, stabilendo che le azioni di rescissione e di garentia devono essere proposte avanti il giudice del luogo dell'aperta successione (14). Perchè vi sia questa competenza, è necessario che l'azione sia proposta entro un biennio dalla divisione; se fosse proposta dopo il biennio, sarebbe di competenza ordinaria.

Colla domanda di rescissione può essere proposta la domanda per nuova divisione; in questo caso la competenza per l'azione di nuova divisione per connessione di causa è di quella Autorità che pronunciò sulla rescissione. Ma, se la domanda di divisione non è fatta insieme alla domanda di rescissione della divisione ottenuta; siccome in seguito all'accoglimento della domanda risorge quella condizione di cose che esisteva antecedentemente alla divisione rescissa, così risorge anche la competenza del n. 2 dell'art. 94 procedura civile, e tutte le azioni fra coeredi devono portarsi avanti l'Autorità giudiziaria del luogo della aperta successione, sia o no trascorso il biennio dalla divisione stata rescissa.

Pel n. 3 dell'articolo 94, prima parte, della procedura si propongono davanti l'Autorità giudiziaria del luogo della aperta successione anche le azioni contro l'esecutore testamentario. Attesa la eccezionalità della competenza della quale si discorre, la disposizione che si sta esaminando non può essere estesa a casi e tempi in essa non espressi; e però, stabilita per le azioni contro l'esecutore testamentario, non può essere estesa alle azioni dell'esecutore testamentario contro

(1) Vedi App. Genova, 1° aprile 1892, *De Signoris* c. *Grilloni* (*Temi Gen.*, 1892, 360).

(2) Vedi App. Genova, 16 marzo 1887, *Casanova* c. *Bancalari* (*Eco Gen.*, 1887, 106); App. Milano, 17 marzo 1891, *Ventura* c. *Piccinni* (*Mon. Trib.*, 1891, 838).

(3) App. Firenze, 17 aprile 1876, *Melilla* c. *La Greca* (*Ann.*, 1876, 2, 460).

(4) App. Potenza, 7 febbraio 1870, *Ginnasi* c. *Truppi* (*Giur. It.*, 1870, 2, 270).

(5) Cass. Torino, 11 settembre 1883, *Tettamanzi* c. *Tettamanzi* (*Giur.*, Torino, 1883, 1084).

(6) Appello Casale, 20 giugno 1885, *Gambero* c. *Rettagliata* (*Giur. Cas.*, 1885, 176).

(7) App. Ancona, 5 agosto 1886, *Brancadoro* c. *Ricotti* (*Ann.*, 1886, 2, 495); Vedi Pret. Montecarotto, 12 marzo 1889, *Bocci* c. *Bocci* (*Giorn. Giurid.*, 1889, 446).

(8) App. Genova, 5 febbraio 1886, *Cambiasi* c. *Cambiasi* (*Eco Gen.*, 1886, 92).

(9) Cass. Napoli, 20 marzo 1877, *Romano* c. *Di Stefano* (*Gazz. Proc.*, XII, 391).

(10) Confr. art. 651 cod. civ.

(11) Contra Cass. Napoli, 1 febbraio 1877, *Palma* c. *Mansolini* (*Giur. It.*, 1877, 1, 1, 375).

(12) Art. 1038 cod. civ.

(13) Art. 1035, 1ª parte, cod. civ.

(14) Art. 94, 1ª parte, n. 2, cod. proc. civ.

l'erede; per tali azioni havvi la competenza ordinaria (1). Questa competenza vi è per le azioni proposte prima della divisione. Ma alla divisione una tale competenza cessa in rapporto a quegli eredi che nell'atto divisionale sono intervenuti, non nei rapporti con altri aventi il diritto ereditario e che all'atto non intervennero; essendo per questi eredi l'avvenuta divisione una *res inter alios acta*, la stessa non può produrre in loro confronto alcuna mutazione alla posizione giuridica. La divisione può non essere necessaria; in questo caso, in tanto havvi la competenza speciale della quale si discorre, in quanto l'azione sia proposta entro un biennio dalla apertura della successione.

La competenza della Autorità giudiziaria del luogo della aperta successione è stabilita anche per le azioni dei legatarii e dei creditori della eredità che non esercitino diritti reali sopra un immobile (2), anche se l'erede abbia riconosciuto il debito e ne abbia promesso il pagamento (3). Questo articolo non distingue il caso in cui sia stato nominato dal testatore un curatore all'eredità, dal caso in cui non sia stata fatta tale nomina, ond'è che torna applicabile tanto all'uno quanto all'altro caso (4). Attesa la natura eccezionale di questa competenza non vi può essere dubbio che la disposizione dell'articolo 94, prima parte, n. 4, non va estesa a casi e tempi in essa non espressi, e però, disposta per le azioni dei creditori e dei legatarii, non può essere estesa alle azioni dell'erede contro i debitori della eredità e contro gli stessi creditori e legatarii; ma deve essere applicata a tutti i casi nella disposizione stessa compresi. Ora la detta competenza non è una competenza che si aggiunga alle altre che vi fossero state durante la vita del testatore per quella azione che si intende esperire, in modo che sia facoltativo all'attore seguire questa competenza o le altre che preesistevano; i termini assoluti adoperati dal n. 4 della prima parte dell'articolo 94 non permettono di ciò ritenere: « si propongono davanti l'Autorità giudiziaria del luogo della aperta successione », dice la legge; il *si propongono* costituisce un comando di fare quanto dalla legge è disposto, non una facoltà che venga accordata: quando la legge volle istituire una competenza facoltativa adoperò il verbo *potere* (5), argomento questo decisivo per determinare ciò che dal legislatore è stato voluto. Ond'è che la competenza della quale si discorre, è derogatoria non solo a quella di domicilio o residenza del convenuto, ma anche a quella dell'articolo 92 della procedura (6). Ma non è derogatoria alla competenza determinata in seguito ad elezione di domicilio; a termine dell'articolo 95 della procedura civile la elezione di domicilio importa proroga di qualunque competenza territoriale, e però della competenza della quale si discorre.

Per le azioni reali su beni immobili non vi è però alcuna competenza speciale; il disposto del n. 4 dell'articolo 94, prima parte, non lascia alcun dubbio in proposito. Ond'è che per le azioni reali sui beni immobili vale sempre la competenza stabilita dall'articolo 93 (7).

Parlandosi, nell'articolo 94, prima parte, n. 4, delle azioni dei legatarii e creditori della eredità, evidentemente sono comprese nella detta disposizione le azioni tutte che i legatarii e creditori possono esercitare contro l'erede. Ond'è che vi sono comprese non solo le azioni pel pagamento dei legati e dei debiti ereditarii, ma anche: l'azione dell'articolo 951 codice civile, per far assegnare al successibile che non abbia accettata l'eredità un termine, scorso il quale l'eredità si intende rinunciata (8); l'azione dell'articolo 962 del codice civile, per far assegnare al successibile un termine per fare l'inventario e per deliberare; l'azione dell'articolo 975 del codice civile, dei creditori e legatarii contro l'erede beneficiato, per costringerlo a dare cauzione; le azioni esperibili in seguito alla opposizione fatta dai creditori e legatarii al pagamento da parte dell'erede beneficiato dei debiti e dei legati; le azioni che possono sorgere in seguito alla cessione dei beni eseguita dall'erede beneficiato (9). E non solo sono comprese le azioni che si esercitano contro l'erede, ma anche le azioni che si esercitano contro il curatore della eredità giacente, nel caso in cui questa sia la condizione della eredità.

Parlandosi nella disposizione della quale ci si sta occupando, delle azioni dei legatarii e dei creditori della eredità, senza accennare alla persona convenuta, quella disposizione torna applicabile tanto alle azioni dei creditori e legatarii contro l'erede, quanto a quelle dei creditori e legatarii fra loro. Ond'è che la speciale competenza vale anche per le azioni di uno fra più legatarii di una stessa cosa per definire i suoi diritti sulla cosa legata e per la divisione della stessa, e per l'azione di regresso dei creditori di una eredità accettata col beneficio dell'inventario contro i legatarii che sono stati sodisfatti dall'erede.

La competenza della quale si discorre esiste solo in quanto l'azione sia stata proposta prima della divisione, e, se la divisione non è necessaria, entro un biennio dalla apertura della successione.

Capo VI. — **Azione fra soci.**

153. Generalità. — 154. Azioni per le quali havvi la competenza.

153. L'articolo 96 stabilisce un'altra competenza speciale, pur essa facente eccezione alle regole generali sulla competenza; stabilisce una competenza speciale per l'azione fra soci, anche quando è in contestazione la qualità di socio (10); per le azioni fra soci di qualunque società, senza distinzione fra società aventi o non aventi personalità giuridica distinta dalla personalità dei soci, e però anche per le azioni che sorgono in seguito ad un'associazione in partecipazione (11), ad una associazione mutua (12), ad una società esistente per una

(1) Trib. Torino, 11 giugno 1880, *Del Giudice* c. *De Stefanis* (*Giur.*, Torino, 1880, 484).

(2) Art. 94, 1ª parte, n. 4, cod. proc. civ.

(3) App. Casale, 28 febbraio 1889, *Bergonzio* c. *Volpe* (*Giur. Cas.*, 1889, 129).

(4) Contra: Cass. Torino, 29 maggio 1878, *Arigoni-Ferrari* c. *Pelitti-Mera* (*Giur. It.*, 1878, 1, 1, 1258).

(5) Confr. art. 91, 95 cod. proc. civ.

(6) Contra: Cass. Torino, 30 aprile 1895, *Lagomarsino* c. *Restelli* (*Mon. Trib.*, 1865, 502).

(7) Cass. Firenze, 25 luglio 1887, *Nobili* c. *Spranger* (*Temi Ven.*, 1887, 454).

(8) Questa azione invece, se esperita da chi avrebbe diritto alla eredità in mancanza del rinunciante, sarebbe di competenza ordinaria. Vedi in proposito quanto è detto di sopra in questo numero.

(9) App. Firenze, 5 aprile 1886, *Comp. Gresham* c. *Eredità Mayes* (*Ann.*, 1886, 2, 205).

(10) App. Venezia, 6 dicembre 1887, *Bertolini* c. *Amministrazione del Teatro Verdi* (*Temi Ven.*, 1888, 67).

(11) App. Torino, 12 settembre 1866, *Baldi* c. *Leri* (*Gazz. G.*, 1866, I, 709).

(12) Trib. Catania, 21 aprile 1883, *Unione Mutua* c. *Morabito* (*Eco Gen.*, 1887, 219); Cass. Torino, 12 settembre 1894, « *La Provinciale* » c. *Musso* (*Giur.*, Torino, 1894, 798).

nave (1), ad un consorzio di qualunque genere (2); per le azioni fra soci, e però per le azioni della società contro i socii, non per le azioni della società contro un terzo anche se questi è garante delle obbligazioni del socio verso la società (3), nè per le azioni di un terzo verso la società o verso il socio come singolo (4).

La competenza speciale è stabilita nelle Autorità giudiziarie del luogo ove è il principale stabilimento della società (5), indipendentemente dal luogo in cui le operazioni sociali vengono compiute (6); ma se il principale stabilimento della società è all'estero, il socio cittadino citato nel regno non può opporre l'incompetenza del giudice nazionale dal momento che il cittadino italiano non può mai declinare la competenza del giudice patrio (7).

Anche questa competenza è prorogabile, e però la stessa non vale quando havvi elezione di domicilio in luogo diverso da quello in cui trovasi il principale stabilimento della società (8).

154. Relativamente alle azioni per le quali la competenza speciale è stabilita, la legge distingue il caso in cui la società esiste, sia pure allo stato di liquidazione, dal caso in cui la società sia sciolta e liquidata. Fino a che la società esiste, sia pure allo stato di liquidazione, qualunque azione fra socî va proposta avanti il fôro speciale. E però va esperita avanti il fôro speciale l'azione della società contro il socio per costringerlo alla esecuzione della obbligazione da lui assunta verso la società medesima (9), l'azione dell'associato in una compagnia di mutua assicurazione onde ottenere il pagamento dell'indennizzo per sinistro (10), le azioni dirette a regolare di fronte ai socî il modo della soddisfazione delle obbligazioni sociali (11). Ma dopo lo scioglimento e la liquidazione della società le azioni fra socî, di competenza speciale, sono le azioni per la divisione (12), e le azioni relative alle obbligazioni dalla divisione derivanti. Però, nel mentre per l'azione di divisione non vi è limite di tempo per proporre l'azione avanti il fôro speciale (13), le azioni relative alle obbligazioni derivanti dalla divisione sono di competenza speciale solo in quanto siano proposte entro un biennio dalla divisione (14).

(1) App. Genova, 20 maggio 1878, *Giacopini* c. *Serra* (*Giur. It.*, 1878, 2, 818).

(2) Cassazione Torino, 22 settembre 1881, *Antona-Traversi* c. *Consorzio del Cavone Marangone* (*Monitore dei Tribunali*, 1881, 1043).

(3) App. Torino, 6 dicembre 1871, *Morandi* c. *Vegelti* (*Giur.*, Torino, 1876, 86).

(4) Cass. Firenze, 13 marzo 1882, *Geisser* c. *Della Torre* (*T. Ven.*, 1882, 360).

(5) Cass. Firenze, 27 ottobre 1875, *Sarestiano* c. *Marra* (*Giur. It.*, 1876, 1, 1, 150).

(6) App. Messina, 6 giugno 1880, *Plutino* c. *Romano* (*Temi Zanc.*, 1880, 142).

(7) Appello Genova, 4 giugno 1886, *Pellettier* c. *De Ferrari* (*Eco Gen.*, 1886, 231).

(8) Cass. Roma, 4 marzo 1881, *Bargigli* c. *Castellani* (*Legge*, 1881, 1, 398).

(9) Cassaz. Torino, 17 marzo 1887, *Cappellari* c. *Lanificio Biellese* (*Giur.*, Torino, 1887, 210).

(10) Trib. Catania, 21 aprile 1883, *Unione Umbra* c. *Morabito* (*Eco Gen.*, 1883, 219); Cass. Torino, 13 settembre 1894, « *La Provinciale* » c. *Musso* (*Giur.*, Torino, 1894, 798).

Cont. Appello Milano, 6 maggio 1890, *Rocchi* c. *Majocchi* (*Mon. Trib.*, 1890, 611).

Capo VII. — **Azione per rendimento di conto.**

155. Esposizione.

155. Un'altra competenza territoriale speciale è stabilita dalla legge, ed è quella stabilita dall'art. 97 del codice di procedura civile relativa alla azione di resa di conto di una tutela o di una amministrazione; competenza speciale che vale tanto nel caso in cui attore sia colui al quale si deve rendere il conto, quanto nel caso in cui attore è colui che deve rendere il conto stesso (15); tanto nel caso in cui si controverte sulla esistenza della obbligazione di rendere il conto, quanto nel caso in cui si controverte se l'obbligazione sia stata adempiuta (16), o si controverte sulle singole partite del conto.

Per questa azione è stabilita una doppia competenza speciale; è stabilita la competenza dell'Autorità giudiziaria del luogo in cui la tutela o l'amministrazione fu conferita, e la competenza dell'Autorità giudiziaria del luogo in cui la tutela o l'amministrazione fu esercitata (17), luogo quest'ultimo che è quello in cui trovasi la sede principale degli affari compresi nella tutela e nella amministrazione (18). Ma, acchè vi sia questa competenza, è d'uopo che l'azione di rendiconto sia dedotta in via principale; chè, se fosse ordinata la resa di conto dal giudice come mezzo istruttorio per la risoluzione di altre controversie, della competenza speciale non sarebbe il caso di discorrere (19).

Non vi può essere dubbio sulla applicabilità dell'art. 97 al rendiconto di una tutela, dal momento che della tutela l'art. 97 fa espressa menzione. Ma non si è di accordo sul significato da darsi alla parola amministrazione (20). Ora, siccome quando si parla di amministrazione si intende riferirsi ad un complesso di atti relativi ad una azienda, complesso di atti che una persona pone in essere di iniziativa propria, tutte le volte che una gestione ha un carattere di generalità e che colui che è incaricato della gestione stessa pone in essere i varî atti, in tutto o per la maggior parte, di propria iniziativa, si avrà l'amministrazione. Con ciò resterà distinta la amministrazione pel rendiconto della quale è stabilita la competenza speciale, dal semplice mandato pel rendiconto del quale è stabilita la competenza ordinaria. La gestione

(11) App. Firenze, 11 marzo 1870, *Guerrini* c. *Clementi* (*Ann.*, 1870, 2, 131).

(12) App. Genova, 29 novembre 1886, *Vivaldi* c. *Della Casa* (*Foro It.*, 1887, I, 239).

(13) Cont. App. Genova, 16 marzo 1887, *Casanova* c. *Bancalari* (*Eco Gen.*, 1887, 106).

(14) Appello Torino, 22 gennaio 1875, *N. N.* (*Giur.*, Torino, 1875, 284).

(15) Cass. Napoli, 24 novembre 1888, *Petrilli* c. *Carignani* (*Gazz. Proc.*, XXII, 545).

(16) Cass. Firenze, 11 febbr. 1889, *Grani* c. *Vallet* (*Temi Ven.*, 1889, 218).

(17 e 18) Cont. App. Milano, 25 giugno 1884, *Boschi* c. *Saliva* (*Mon. Trib.*, 1884, 794).

(19) App. Bologna, 2 marzo 1883, *Almerighi* c. *Bagni* (*Foro It.*, 1883, I, 625).

(20) Vedi App. Genova, 20 luglio 1875, *Raugon* c. *Pastorino* (*Gazz. G.*, 1875, 760); App. Torino, 21 luglio 1880, *Bottino* c. *De Benedetti* (*Giur.*, Torino, 1881, 15).

Vedi anche le citate sentenze dell'Appello di Bologna, 2 marzo 1883, *Almerighi* c. *Bagni* (*Foro It.*, 1883, I, 635), e dell'Appello di Milano, 24 giugno 1884, *Boschi* c. *Saliva* (*Mon. Trib.*, 1884, 794); e inoltre Cass. Napoli, 29 aprile 1886, *Gagliardi* c. *Colarusso* (*Gazz. Proc.*, XXI, 159).

che il padre in forza della patria potestà tiene dei beni dei figli ha i caratteri che si è veduto deve avere l'amministrazione perchè l'azione di rendiconto cada sotto il disposto dell'art. 97; dunque anche l'amministrazione del padre cade sotto questo disposto di legge.

L'art. 97 non stabilisce una competenza facoltativa, ma una competenza obbligatoria, la quale però è prorogabile. Non può essere invocato dal cittadino italiano convenuto nel regno per una amministrazione conferita ed esercitata all'estero (1), perchè il cittadino italiano non può mai declinare la competenza dei magistrati patrii.

Capo VIII. — **Altre azioni.**

156. Ragione di questo capo; azioni varie.

156. Con quanto si è detto nei sette capi precedenti, non si è esaurito tutto ciò che concerne la competenza territoriale; restano ancora da esporre alcuni principii che non poterono finora essere esposti, ed alla esposizione di tali principii è dedicato il presente capo, che chiude quanto concerne la competenza per territorio.

La legge non designa l'Autorità territoriale competente a decidere sulla opposizione del matrimonio. Però dal momento che l'atto di opposizione deve contenere l'elezione di domicilio nel Comune ove siede il tribunale nel cui territorio si deve celebrare il matrimonio (2), è certa la competenza di questo tribunale per titolo di elezione di domicilio. Ma, come si è avuto occasione di notarlo al n. 133, l'elezione di domicilio è un titolo di competenza territoriale facoltativa, non obbligatoria; di conseguenza, in materia di opposizione di matrimonio, colui al matrimonio del quale fu fatta opposizione può citare l'opponente nel fôro di domicilio o residenza di questi, onde far rimuovere l'opposizione (3).

La legge non stabilisce quale sia l'uAtorità competente per le azioni derivanti dal matrimonio; queste azioni sono però azioni personali, e di conseguenza devono essere proposte avanti l'Autorità giudiziaria del luogo di domicilio del marito, che è anche il luogo di domicilio della moglie. Ma se i coniugi hanno ciascuno una residenza diversa e diversa anche dal luogo di domicilio del marito, l'azione contro la moglie non può essere proposta avanti l'Autorità giudiziaria del luogo di residenza del marito, che non sia anche il luogo di domicilio di questo; se l'azione non è proposta avanti il tribunale del luogo di domicilio del marito, deve essere proposta avanti il tribunale del luogo di residenza della moglie. Questa è una conseguenza del principio che i coniugi hanno un comune domicilio legale, ma non hanno anche una comune legale residenza (4).

Personale è l'azione colla quale si chiede l'altrui interdizione ed inabilitazione; di conseguenza avanti il tribunale del luogo di domicilio o di residenza dell'interdicendo od inabilitando deve essere introdotta l'azione (5).

Per la rettificazione degli atti dello stato civile che non implichi questione di stato personale, chè allora la competenza è la competenza per l'azione di stato (6), l'azione deve essere proposta a termini dell'art. 401 del codice civile avanti il tribunale da cui dipende l'ufficio dello stato civile presso del quale esiste l'atto: questo articolo non ammette distinzioni fra il caso in cui la domanda sia proposta in sede di volontaria giurisdizione o sia proposta in sede di giurisdizione contenziosa, e però è applicabile anche a questo caso. Trattandosi di rettificazione di atto dello stato civile formato all'estero dall'ufficiale straniero o dal console, o di atto formato dalle persone che eccezionalmente esercitano le funzioni di ufficiale dello stato civile, la rettificazione va proposta avanti il tribunale del luogo ove si trova l'ufficio dello stato civile nei cui registri l'atto fu trascritto (7).

In tema di espropriazione per pubblica utilità, l'art. 32 della legge 25 giugno 1865 non determina la competenza del tribunale del luogo ove sono situati i beni che per quanto concerne la nomina dei periti che devono procedere alla stima, nomina che avviene in sede di volontaria giurisdizione; pel resto, quando ha occasione di parlare di intervento dell'Autorità giudiziaria, si limita a parlare di Autorità giudiziaria competente (8). Ciò non ostante si trova giudicato che sono di competenza del luogo ove sono situati i beni tutte le controversie che possono sorgere sulla espropriazione (9), le controversie sulle indennità (10), e la dottrina è dello stesso avviso (11). Atteso il fatto che la legge 25 giugno 1865 non fa di competenza speciale del tribunale del luogo ove sono situati i beni che un provvedimento di volontaria giurisdizione, quale è la nomina dei periti, è d'uopo ammettere che nessuna competenza speciale è stabilita dalla legge 25 giugno 1865, sicchè le azioni che possono sorgere sono rette colle norme della competenza ordinaria (12). E siccome l'azione dell'espropriato per il pagamento delle indennità non è azione reale per beni immobili, ma azione personale; così, per decidere sulla competenza a pronunciare sulle contestazioni relative alla indennità stessa, si deve prendere a base gli articoli 90, 91 e 92 del codice di procedura civile, non l'art. 93 codice stesso.

La legge procedurale non conosce che due giudizi universali di divisione, il giudizio di divisione di eredità, ed il giudizio di divisione di patrimonio sociale. Di conseguenza per qualunque altro giudizio di divisione di comunione deve essere seguita la competenza ordinaria. Questa competenza però è quella stabilita per le azioni reali, non quella stabilita per le azioni personali, dal momento che colla azione

(1) App. Genova, 4 giugno 1886, *Pellettier* c. *De Ferrari* (*Eco Gen.*, 1886, 231).

(2) Art. 88 cod. civ.

(3) Vedi Cass. Roma, 19 gennaio 1892, *Correra* c. *Correra* (*Corte S.*, Roma, 1892, 1).

(4) Vedi App. Milano, 4 marzo 1869, *Nunziante* c. *Nunziante* (*Ann.*, 1869, 2, 633); Cass. Napoli, 10 dicembre 1868, *Nunziante* c. *Nunziante* (*Giur.*, Torino, 1868, 368).

(5) App. Firenze, 26 giugno 1867, *Grifone* c. *P. M.* (*Giur.*, Torino, 1867, 636); App. Genova, 5 febbraio 1875, *Tonelli* c. *Casagrande* (*Giur. It.*, 1875, 1, 353).

(6) Cont. Cass. Firenze, 21 luglio 1887, *Ariosti* c. *Boretti* (*Foro It.*, 1875, 1, 353).

(7) V. App. Brescia, 16 febb. 1870, *Dal Ben* (*Giur It.*, 1870, 2, 113).

(8) Confr. art. 51, capov. 1°, 56 legge 25 giugno 1865.

(9) App. Torino, 21 dicembre 1867, *Impresa costrutt. del Canali Cavour* c. *Del Carretto* (*Giur.*, Torino 1868, 107); Appello Milano, 7 febbraio 1867, *Congr. degli Istituti Ospitalieri di Milano* c. *Soc. ferr. A. I.* (*Mon. Trib.*, 1867, 268); App. Genova, 7 maggio 1866, *Chinas* c. *Serra* (*Gazz. G.*, 1866, 686). Vedi anche Cass. Torino, 23 maggio 1888, *D'Adda* c. *Min. LL. PP.* (*Mon Trib.*, 1888, 508).

(10) App. Milano, 27 maggio 1887, *Min. LL. PP.* c. *D'Adda* (*Mon. Trib.*, 1887, 976).

(11) Confr. Mattirolo, I, 686.

(12) Vedi App. Venezia, 30 luglio 1880, *Soc. Veneta* c. *Valenzin* (*Temi Ven.*, 1880, 459).

di divisione si tende ad avere la propria quota della cosa (1).

L'art. 873 del codice di commercio stabilisce una competenza speciale per le azioni derivanti da urto di navi; queste azioni possono promuoversi avanti l'Autorità giudiziaria del luogo dell'avvenimento, o del primo approdo, o di destinazione (2). Sono tante competenze diverse, anche se l'urto avvenne nei porti o nelle acque territoriali dello Stato, non facendo l'art. 873 alcuna distinzione.

Il contratto di enfiteusi, per ciò che concerne l'adempimento della obbligazione dell'enfiteuta verso il direttario, e le conseguenze che dall'inadempimento possono derivare, dà vita ad azioni personali; di conseguenza colle norme proprie alle azioni personali deve essere determinata la competenza. Ma la azione dell'enfiteuta contro il direttario per ottenere il rilascio del fondo può essere azione reale se in forza del diritto reale di enfiteusi il rilascio è richiesto, come reale è sempre l'azione per l'affrancazione dal momento che la stessa è esercizio del diritto reale di enfiteusi e tende ad ottenere quella cosa che è il dominio diretto; per queste azioni la competenza deve essere determinata colle norme della competenza per le azioni reali sui beni immobili. Ma, se l'enfiteuta pel rilascio del fondo esercita l'azione derivante dal contratto, allora esercita una azione personale che dalle norme proprie per la competenza per le azioni personali deve essere regolata (3).

L'art. 872, capoverso, del codice di commercio stabilisce una competenza speciale facoltativa per ciò che concerne le azioni derivanti dal contratto di trasporto; per questo capoverso le dette azioni possono proporsi dinnanzi alla autorità giudiziaria del luogo in cui risiede il rappresentante del vettore, e, se si tratta di strade ferrate, dinnanzi alla autorità giudiziaria del luogo ove trovasi la stazione di partenza o quella di arrivo (4).

Vi ha questione relativamente alla competenza per la azione del mediatore (5), ma la questione non ha ragione di esistere; i diritti del mediatore sono indipendenti dai diritti esistenti fra le parti in dipendenza del contratto a mezzo del mediatore conchiuso, e tale indipendenza di diritti genera una indipendenza di azioni. L'azione del mediatore verso i contraenti va considerata in se stessa e regolata colle norme proprie alle azioni personali.

L'azione per avere una garanzia ipotecaria è una azione personale, dunque dalle norme proprie alle azioni personali è regolata la competenza (6).

Per ciò che concerne la cancellazione della inscrizione ipotecaria è d'uopo distinguere il caso in cui la cancellazione è richiesta come conseguenza di una decisione che si chiede sul titolo in base al quale l'inscrizione è stata presa, dal caso in cui il titolo non venga in controversia: nel primo caso la competenza è determinata a base del titolo su cui si controverte (7); nel secondo caso si tratta di vera e propria azione reale sui beni immobili di competenza dell'Autorità giudiziaria del luogo ove è situato l'immobile ipotecato (8).

L'azione di responsabilità contro il conservatore delle ipoteche è una azione derivante da delitto o quasi-delitto, e però alla stessa vanno applicati i principii che a tali azioni sono proprii (9).

Titolo V. — Compenenza per connessione o continenza di causa.

Capo I. — **Generalità.**

157. Generalità. — 158. Categorie delle competenze per connessione di causa; competenza per connessione generica; condizioni necessarie acchè tale competenza vi sia; più azioni. — 159. Le più azioni devono essere connesse. — 160. Devono essere di competenza di Autorità giudiziarie diverse. — 161. Quale è l'Autorità competente nel caso di connessione di causa. — 161 *bis*. Carattere della competenza per connessione.

157. Ogni azione non può dar luogo che ad un solo giudizio. Se dopo che è intervenuta sentenza sulla azione fatta valere in giudizio si intenta di nuovo l'azione, cioè si domanda la stessa cosa, la domanda è fondata sulla stessa causa, è fra le stesse parti, ed è proposta da esse e contro di esse nelle medesime qualità, la parte interessata, nella eccezione di cosa giudicata, trova il mezzo per impedire che un'azione dia luogo a più giudizii. Se dopo che l'azione è dedotta in giudizio, e prima che la controversia sia definita con sentenza, viene intentato un nuovo giudizio sulla azione stessa, quegli effetti che, se fosse intervenuta sentenza, la parte interessata avrebbe potuto ottenere colla eccezione di cosa giudicata, la parte stessa li ottiene colla eccezione di litispendenza. Di questi mezzi giuridici sarà detto alle voci **Cosa giudicata, Litispendenza,** alle quali si rimanda.

Più azioni in quella vece per regola generale danno luogo a giudizi diversi. Le azioni possono essere diverse in tutti gli elementi che sono necessari per dar luogo alla cosa giudicata od alla litispendenza; in questi casi, evidentemente, ognuna delle azioni segue la competenza propria, anche se le azioni competono ad una sola persona contro più, od a più persone contro una (10). Possono essere diverse solo in

(1) Vedi Trib. Caltagirone, 19 settembre 1870, *Chiavandà* c. *Milano* (*Temi Zanclea*, 1870, 149).

(2) Vedi App. Lucca, 25 novembre 1876, *Maggiolo* c. *Guglielmowich* (*Foro It.*, 1877, I, 367); Trib. Genova, 11 febbraio 1886, *Evans* c. *Società della Navigazione Generale Italiana* (*Legge*, 1886, 1, 350).

(3) Vedi App. Milano, 8 marzo 1872, *Opera di S. Antonino* c. *Consorzio Po e Lambro* (*Ann.*, 1872, 2, 337); Cass. Roma, 6 giugno 1876, *Paolucci* c. *Crognali* (*Ann*, 1876, 1, 456); Cass. Napoli, 19 novembre 1867, *Laudisio* c. *Orsi* (*Legge*, 1868, 1, 154); Cass. Roma, 31 agosto 1893, *Fondo Culto* c. *Banco S. Spirito* (*Corte Suprema*, 1893, 379).

(4) Vedi Cass. Napoli, 5 aprile 1886, *Spinelli* c. *Soc. Navig.* (*Foro It.*, 1886, I, 525); Cass. Firenze, 7 giugno 1886, *Società Navig.* c. *Millin* (*Foro It.*, 1886, I, 528); 29 novembre 1886, *Soc. Navig.* c. *Weiss* (*Foro It.*, 1887, I, 23); App. Bologna, 29 aprile 1889, *Mazzoni* c. *Ferr. Merid.* (*Foro It.*, 1889, I, 817).

(5) App. Genova, 30 giugno 1875, *Banco Sconto* c. *Carrara* (*Gazz. G.*, 1875, 554); App. Catanzaro, 15 settembre 1879, *Biamonte* c. *Erba* (*Giur. comm.*, 1879, 50); Cass. Torino, 8 maggio 1885, *Soc. min. Montevecchio* c. *Poggi* (*Giur.*, Torino, 1885, 331).

(6) App. Firenze, 5 aprile 1886, *Comp. Gresham e Roetti* c. *Eredità Mages* (*Ann.*, 1886, 2, 205).

(7) App. Bologna, 2 marzo 1894, *Banca pop. d'Imola* c. *Vassura* (*Mon. Giur.*, Bologna, 1894, 106); App. Genova, 9 luglio 1892, *Pinto* c. *Cassa risp. di Tortona* (*Temi Gen.*, 1892, 501); Cass. Firenze, 25 marzo 1895, *Tonietti* c. *Paolucci* (*Temi Ven.*, 1895, 256).

(8) App. Casale, 9 aprile 1890, *De Benedetti* c. *Onesti* (*Giur. Cas.*, 1890, 226); Trib. Ancona, 14 giugno 1892, *Fogliani* c. *Maroni* (*Giorn. giur.*, 1893, 795).

(9) App. Catania, 27 agosto 1872, *Lo Greco* c. *Gentile* (*Giur. Cat.*, 1872, 151).

(10) Confr. art. 98 cod. proc. civ.

alcuni ed eguali negli altri. In questo caso, la eguaglianza di alcuni degli elementi può non essere tale da rendere possibile che, se le più azioni vengono intentate in giudizi distinti, i giudicati possano essere contraddittorii o tali che, quando si è in sede di esecuzione, quanto è disposto da uno dei giudicati si trovi distrutto da quanto è disposto dagli altri; in allora ognuna delle azioni segue la competenza propria, e non havvi bisogno di alcun mezzo giuridico diretto ad evitar inconvenienti che non possono sorgere. Gli elementi nei quali le più azioni concordano, possono in quella vece esser tali da render possibili giudicati contraddittorii, da rendere possibile che le decisioni sulle più azioni vengano a trovarsi in collisione al momento di eseguirle; in allora è necessario uno speciale mezzo giuridico onde ovviare alla possibilità di siffatto inconveniente. Indipendentemente da ciò è utile in certi casi autorizzare le parti a proporre azioni distinte avanti lo stesso magistrato, onde non costringerle a sopportare le spese e gli incomodi di più giudizi avanti magistrati diversi. Il mezzo giuridico col quale il legislatore volle ottenere lo scopo di ovviare agli inconvenienti che possono risultare nel caso di giudizi distinti su azioni che presentano alcuni degli elementi il concorso dei quali dà diritto di far valere la cosa giudicata e la litispendenza, e di rendere in certi casi possibile alle parti di evitare le spese e gli incomodi di più giudizii, è la proroga della competenza dalla legge stabilita, per le varie azioni, alla Autorità giudiziaria competente a pronunciare su una delle azioni stesse, si agiti la lite fra cittadini domiciliati o residenti nello Stato o fra cittadini domiciliati o residenti all'estero (1).

Questa è la competenza per connessione o continenza di causa (2), della quale ci si deve occupare in questo titolo. È d'uopo però non confondere la connessione di causa coi giudizi prosecutivi di altro giudizio; in questi ultimi la competenza non è a titolo di connessione, ma per quel titolo che determina la competenza del giudizio che si prosegue (3).

La connessione di causa si può verificare fra un giudizio civile ed un giudizio penale; di questo caso sarà detto alle voci **Giudizio civile** e **Parte civile**. Sotto la presente voce non ci si occupa che della connessione che si può verificare fra più giudizi in sede civile. In seguito alla avvenuta abolizione dei tribunali di commercio ha perduto importanza anche la connessione fra una causa civile ed una commerciale (4), sicchè anche della stessa non è il caso di far parola.

158. Delle connessioni fra azioni la legge fa due categorie. La prima categoria è costituita da casi speciali di connessione nominativamente dalla legge designati: in questi casi il legislatore ora è mosso dall'intendimento di evitare le contrarietà dei giudicati e le questioni che ponno nascere in sede di esecuzione, ora di rendere alle parti più comoda e meno dispendiosa l'azione in giudizio, ora da ambedue questi scopi. Dei casi stessi ci si occuperà nei capi che susseguiranno al presente. La seconda categoria è costituita dalla connessione generica fra azioni, pur essa, come la connessione specifica, titolo di competenza (5), il cui scopo non è quello di rendere più facile e meno dispendioso l'esercizio delle azioni, ma di evitare ai litiganti i danni che da diversi giudicati potessero risentire (6). Ed è di questa connessione generica che ci si deve occupare in questo capo.

Perchè si verifichi la competenza per connessione generica di causa, sono necessari vari requisiti.

È anzitutto necessario che si tratti di più azioni. È appunto pel caso di più azioni che si verifica la necessità di un mezzo speciale; quando si tratta di una stessa azione si potrà verificare fra più giudizi il rapporto di litispendenza non già quello di connessità. Non importa che le azioni distinte sieno fatte valere una come principale lite l'altra come incidente in una lite diversa: quando vi è il pericolo della contrarietà dei giudicati è sempre luogo alla proroga della competenza per connessione di causa (7).

159. È in secondo luogo necessario che le azioni sieno fra loro connesse.

La legge all'art. 104 del codice di procedura si limita a parlare di controversia connessa, ma non stabilisce quando la connessione si verifica. E ben facilmente si spiega il silenzio della legge quando si consideri che non è possibile determinare con una formola aprioristica quando, essendo comuni alle più azioni uno o più degli elementi che danno diritto a far valere la cosa giudicata o la litispendenza, si verifichi il pericolo della contrarietà dei giudicati, si verifichi il pericolo che ciò che da un giudicato è stato disposto si trovi distrutto da altro giudicato. L'esistenza o la non esistenza di questo pericolo può essere determinata solo caso per caso; ond'è che il giudizio sulla stessa è un giudizio di fatto incensurabile in cassazione (8). Ma, constatata in fatto la esistenza o non esistenza del pericolo, è decisione di diritto il giudicare sulla esistenza o non esistenza della connessione.

160. È in terzo luogo necessario che ogni singola azione sia di competenza di un'Autorità giudiziaria diversa (9). Se le azioni sono di competenza di una stessa Autorità giudiziaria, si può verificare l'unione delle cause per connessione, istituto giuridico distinto dalla competenza per connessione, quantunque la connessione sia la causa tanto della unione quanto della competenza.

Le più azioni possono essere tali che le varie Autorità giudiziarie chiamate a pronunciare sulle stesse sieno soltanto territorialmente diverse, possono essere tali che chiamate a pronunciare sulle stesse sieno Autorità diverse nella gerarchia giuridiziaria, od Autorità giudiziarie ordinarie ed altre Autorità esercitanti funzioni giudiziarie. Non vi è dubbio che la proroga della competenza a giudicare su tutte le

(1) Cass. Torino, 23 marzo 1888, *Manno* c. *Manno* (*Giur.*, Torino, 1888, 217).

(2) *Connessione* e *Continenza* di causa non sono nomi denotanti cose diverse, sono nomi denotanti la cosa stessa. Cuzzeri, I, pag. 338; Mortara, *Man.*, n. 172; Mattirolo, I, 866 nota. — Cont. Marioni, I, 519).

(3) Confr. Cass. Firenze, 4 marzo 1880, *Soc. Vittorio Emanuele* c. *ditta Truemann* (*Ann.*, 1880, 1, 82); 21 gennaio 1878, *Casellato* c. *Fondazione Bocchi* (*Ann.*, 1878, 1, 116).

(4) Mortara, *Man.*, n. 1095. — Cont. Mattirolo, I, 908 e segg.

(5) App. Venezia, 14 novembre 1872, *Porto* c. *Saggiotti* (*Ann.*, 1873, 2, 198).

(6) App. Bologna, 25 febbraio 1887, *Ditta De Morsier* c. *Soc. anonima napoletana* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1887, 92).

(7) App. Venezia, 24 ottobre 1872, *Malcolm* c. *Ferrovie A. I.* (*Giur. It.*, 1872, 2, 697).

(8) Ricci, I, 191; Cass. Torino, 10 agosto 1880, *Piatti* c. *Castagnari* (*Mon. Trib.*, 1880, 959); 6 dicembre 1880, *Muggiani* c. *Scotti* (*Giur.*, Torino, 1881, 95); Cassazione Napoli, 26 febbraio 1881, *Lavagna* c. *Foli* (*Gazz. Proc.*, XVI, 87). — Cont. Mattirolo, I, 880.

(9) Cass. Roma, 28 maggio 1883, *Moleschott* c. *Macario* (*Corte S.*, Roma, 1883, 415); App. Bologna, 25 febbraio 1887, *Ditta de Morsier* c. *Soc. anon. napoletana* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1887, 92).

azioni connesse alla Autorità giudiziaria competente a pronunciare su una delle stesse havvi quando sia diversa soltanto la competenza territoriale delle più Autorità giudiziarie (1). È indifferente che una delle Autorità giudiziarie sia competente per un titolo e l'altra sia competente per un titolo diverso; sicchè la proroga della competenza territoriale avviene anche se si tratta di azione promossa da o contro una Amministrazione dello Stato (2), anche se havvi elezione di domicilio (3), dal momento che, qualunque sia il titolo della competenza territoriale sulle singole azioni, può verificarsi quel pericolo, ad ovviare al quale la proroga della competenza per connessione di causa è diretta.

È insegnamento comune che la proroga della competenza per connessione di causa non avviene quando si verifica il caso in cui le Autorità competenti sian diverse nella gerarchia giudiziaria, o che competente a pronunciare sopra una azione sia una Autorità giudiziaria e sopra l'altra azione una Autorità esercitante funzioni giudiziarie (4). E d'uopo esaminare se l'opinione comune sia o no esatta.

Per decidere se la connessione di causa operi la proroga anche della competenza per materia, valore o grado non è il caso di far valere il principio che la competenza per materia, valore o grado è improrogabile: a termine dell'art. 69 codice di procedura civile queste competenze non sono prorogabili *dalle parti*, ma la proroga per connessione di causa non è una proroga che vien fatta dalle parti, è una proroga che vien fatta dalla legge. Nella proroga della competenza per connessione di causa non si è dunque nei termini di fatto preveduti dall'art. 69; questo articolo non offre alcun elemento per risolvere la questione proposta. Ciò che è d'uopo indagare in quella vece si è se la legge abbia inteso prorogare per connessione di causa, oltre che la competenza territoriale, anche la competenza per materia, valore e grado. Ora è certo che quegli inconvenienti che la legge ha voluto evitare stabilendo la proroga della competenza per connessione di causa, si possono verificare tanto nel caso in cui le Autorità chiamate a giudicare su ogni singola azione sieno diverse per territorio, quanto nel caso in cui siano diverse per materia, valore o grado. Se ciò è vero, la proroga della competenza deve avvenire in ogni caso. L'Autorità competente a pronunciare su tutte le azioni sarà diversa a seconda della diversità del titolo della competenza, e di ciò ci si occuperà in appresso; ma in tesi generale non può negarsi che la proroga della competenza deve in ogni caso avvenire. Del resto della proroga della competenza per connessione di causa, anche se si tratti di competenza per materia o valore, il codice di procedura civile dà esempi in alcune speciali competenze per connessione (5), e però non è il caso di dover ritenere che il legislatore abbia voluto escluderla per la connessione generica. Per ciò che concerne la proroga della competenza per grado è d'uopo però fare una distinzione. Siccome nel giudizio di appello non si possono proporre domande nuove (6), così necessariamente quando il diritto che si fa valere con l'azione connessa non può essere esercitato che con una domanda, la proroga della competenza dal giudice di prima istanza competente a pronunciare su questa domanda non può avvenire al giudice di appello, avanti il quale si trova pendente il giudizio sulla azione connessa; in allora si sarebbe nel caso di domanda nuova in appello, di domanda cioè non ammissibile in quella sede. Ma, quando il diritto che si fa valere con l'azione connessa a quella sulla quale pende il giudizio di appello tende a neutralizzare questa azione, quando cioè l'azione connessa nei suoi rapporti coll'azione il cui giudizio pende in appello è una eccezione contro questa azione, alla proroga vi è luogo dal momento che, se in appello non sono proponibili nuove domande, sono opponibili nuove eccezioni (7).

161. Per determinare quale competenza sorga in seguito alla connessione di causa, è d'uopo distinguere il caso di diversità nella competenza territoriale a giudicare sulle diverse azioni, dal caso di diversità di competenza fra Autorità di grado diverso nella gerarchia giudiziaria, o fra Autorità giudiziaria ed altre Autorità esercenti funzioni giudiziarie.

Nel caso di azioni una di competenza di Autorità esercitante funzioni giudiziarie ed altra di competenza della Autorità giudiziaria, la competenza a giudicare su tutte le azioni è della Autorità giudiziaria; quando una giurisdizione speciale e la giurisdizione ordinaria si trovano concorrenti nel giudizio questa ha la prevalenza su quella (8). Nel caso di diversità di competenza fra Autorità di grado diverso nella gerarchia giudiziaria, la competenza non può essere che nella Autorità giudiziaria di grado più elevato, la quale a titolo di connessione di causa sarà competente a pronunciare anche sulle azioni di competenza della Autorità giudiziaria di grado meno elevato (9); è lo stesso principio che si è applicato in tema di competenza nel caso di eccezioni opposte, che riceve applicazione anche alla materia in esame.

Nel caso di diversità nella competenza territoriale è d'uopo distinguere il caso in cui le più azioni competono all'attore dal caso in cui una od alcune competono all'attore, ed altra od altre competono al convenuto od a terza persona. E se le più azioni competono all'attore, è d'uopo distinguere il

(1) Ricci, I, 194.

(2) Cont. App. Milano, 14 ottobre 1890, *Stanga* c. *Minist. della Guerra* (*Mon. Trib.*, 1890, 1008).

(3) Contra: App. Genova, 6 maggio 1890, *Guidi* c. *Comp. la Métropole* (*Mon. Trib.*, 1890, 676).

(4) Ricci, I, 193; Mattirolo, I, 881. — App. Casale, 1 marzo 1875, *Caretti* c. *Giovanella* (*Ann.*, 1875, 2, 281); App. Firenze, 22 ottobre 1880, *Andreani* c. *Jacoponi* (*Ann.*, 1880, 2, 489); App. Torino, 25 aprile 1871, *Silva* c. *Bolognino* (*Giur.*, Torino, 1871, 450); App. Lucca, 1° settembre 1875, *Cavalieri* c. *Corridi* (*Legge*, 1876, 1, 188); App. Milano, 16 maggio 1874, *N. N.* (*Eco Trib.*, 1874, 90); Cass. Napoli, 5 febbraio 1870, *Margherita* c. *Barbon* (*Legge*, 1870, 1, 485); Trib. Salerno, 23 settembre 1887, *Pennese* c. *Campione* (*Gazz. Proc.*, XXII, 213); App. Torino, 2 febbraio 1883, *Nuzzolo* c. *Piscopo* (*Giur.*, Torino, 1883, 455); Cass. Torino, 30 settembre 1884, *Vivaldi* c. *Com. di S. Remo* (*Giur.*, Torino, 1883, 759); Cass. Roma, 11 aprile 1883, *Ponzi* c. *Fiorani* (*Legge*, 1884, I, 619); Trib. Bari, 30 dicembre 1892, *Di Caro* c. *Maracchino* (*Pisanelli*, 1893, 365); App. Bologna, 13 aprile 1886, *Rossi* c. *Finanze* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1886, 289).

Confr. Cass. Firenze, 24 gennaio 1887, *Comunità Calorina* c. *Ditta Gei e Coletti* (*Temi Ven.*, 1887, 821); Cass. Napoli, 29 agosto 1891, *Bisogni* c. *Papale* (*Dir. e Giur.*, VII, 428).

(5) Confr. art. 101, capov., 102, capov. 1°, cod. proc. civ.

(6) Art. 490, I, c. p. c.

(7) Art. 490, capov. 2°, cod. proc. civ.

(8) Confr. art. 337, cod. pen. militare.

(9) Confr. art. 101, capov., 102, capov. 1°, c. p. c.

Fu giudicato che nel caso di declinatoria per connessione di causa bisogna applicare la regola della prevenzione solo quando non conduce alla conseguenza di investire delle cause connesse il giudice inferiore di limitata giurisdizione che sarebbe incompetente a conoscere di una di esse per materia o valore: Cass. Napoli, 12 gennaio 1882, *D'Addario* c. *D'Onofrio* (*Foro It.*, 1882, I, 465).

caso in cui le azioni vengono proposte collo stesso atto introduttivo del giudizio dal caso in cui vengono proposte con atto introduttivo diverso. Se le azioni competono all'attore e vengono proposte con atti introduttivi diversi, o se alcune delle azioni appartengono al convenuto od a terza persona, la connessione della causa opera la proroga della competenza a giudicare di tutte le azioni avanti l'Autorità giudiziaria che fu adita per la prima (1). Ond'è che tutte le azioni che fossero fatte valere dall'attore successivamente alla introduzione del giudizio per una azione devono essere introdotte avanti l'Autorità giudiziaria che egli ha adito pel giudizio sulla prima azione introdotta; che il convenuto od il terzo non possono introdurre in giudizio una azione a loro competente, e connessa ad una causa già pendente, avanti una Autorità giudiziaria diversa da quella che dall'attore è stata adita. Ciò che determina la prevenzione è la citazione (2). Ma se l'attore intende introdurre simultaneamente le varie azioni che gli competono, egli ha il diritto di scegliere l'Autorità giudiziaria avanti la quale introdurre il giudizio sulle azioni tutte. È questa una conseguenza del principio che la competenza è della Autorità giudiziaria adita preventivamente. Infatti, se l'attore può scegliere fra le varie azioni quella che crede opportuno di proporre per prima, e fatta la scelta deve introdurre il giudizio sull'altre azioni avanti quella Autorità giudiziaria che fu adita, il diritto di scelta della azione da esperire si risolve in un diritto di scelta della competenza.

La competenza per connessione di causa perdura finchè il giudizio su una delle azioni è pendente; esaurito questo giudizio per sentenza o per perenzione, il giudizio sulle azioni connesse a quelle fatte valere va portato alla competenza ordinaria (3).

161 *bis*. La competenza per connessione fu introdotta non tanto nel pubblico interesse quanto nell'interesse dei litiganti per evitare loro il danno che da diversi giudicati potessero risentire (4); di qui la conseguenza che le competenza per connessione di causa non è una competenza di ordine pubblico (5). E come una competenza che non è di ordine pubblico è considerata dalla legge. Infatti dall'articolo 187 del codice di procedura civile è dato indurre che nel concetto del legislatore solo la competenza per materia o valore è competenza di ordine pubblico; tutte le altre competenze sono di ordine privato: la competenza per connessione di causa non è una competenza nè per materia, nè per valore, dal momento che il legislatore fa della stessa una classe distinta da quella nella quale colloca la competenza per materia e la competenza per valore.

Capo II. — **Azione contro più persone.**

162. Generalità; a quali competenze è applicabile l'art. 98. — 163. Condizioni necessarie perchè ci sia la competenza. — 164. Autorità giudiziarie competenti; carattere di questa competenza.

162. Finchè una domanda è diretta contro una persona, od è diretta contro più persone le quali devono o possono esser convenute dinanzi allo stesso magistrato, non vi è difficoltà nella determinazione dell'Autorità giudiziaria competente a giudicare; ma, quando una domanda è diretta contro più persone le quali dovrebbero essere convenute in luoghi diversi, o è d'uopo costringere l'attore a scindere la sua azione in tante azioni distinte quanti sono i convenuti da citarsi, o è d'uopo autorizzarlo a citare tutti i convenuti avanti uno stesso giudice, anche se questi è incompetente relativamente ad uno o ad alcuno dei convenuti stessi. Il primo sistema sarebbe contrario alla economia dei giudizi e potrebbe dar luogo a contrarietà dei giudicati (6); è d'uopo dunque scegliere il secondo sistema. Ed il secondo sistema è stato scelto dal legislatore italiano coll'art. 98 del codice di procedura civile.

Parlando della competenza territoriale, si è veduto che la stessa, oltre che pel titolo di domicilio o residenza del convenuto si dà anche per altri titoli. Dal momento che l'articolo 98 del codice di procedura civile parla di « azione contro più persone che per domicilio o residenza dovrebbero essere convenute davanti a diverse Autorità giudiziarie », si è fatta questione se l'art. 98 riceva applicazione solo quando il titolo delle competenze diverse in confronto dei varii convenuti sia quello del domicilio o residenza di ciascuno di essi, oppure sia applicabile anche quando altri siano i titoli di competenza contro ciascuno dei convenuti (7). Ed è d'uopo riconoscere che, qualunque sia il titolo in base al quale le varie competenze territoriali esistono, l'art. 98 deve ricevere applicazione. Tutte le volte che l'azione è diretta contro più persone sarebbe contrario all'economia dei giudizii, vi sarebbe pericolo di contrarietà nei giudicati se l'attore fosse costretto ad adire tante magistrature diverse quanti sono i convenuti che dinanzi ai diversi magistrati dovrebbero essere citati; tutte le volte che l'azione è diretta contro più persone esistono i motivi che determinarono il legislatore ad inserire nel codice di procedura civile la disposizione dell'art. 98; questa disposizione deve dunque ricevere sempre applicazione (8). L'art. 98 non ha il carattere di una disposizione tassativa: il legislatore parla della competenza

(1) Art. 104, 1ª parte, c. p. c.

(2) Art. 104, capov., c. p. c.

Fu giudicato che nella separazione personale dei coniugi è a ritenersi quale atto iniziatore della causa per gli effetti della prevenzione, il ricorso chiesto al presidente del tribunale (Cass. Napoli, 10 dicembre 1868, *Nunziante* c. *Nunziante: Giurispr.*, Torino, 1868, pag. 368). Principio erroneo! Il vero atto iniziatore della causa per stabilire la prevenzione è la notifica del ricorso, essendo questo l'atto che corrisponde alla citazione della quale fa parola il capoverso dell'art. 104 della procedura.

(3) App. Perugia, 12 gennaio 1880, *Tamberlick* c. *Com. di Foligno* (*Ann.*, 1880, 2, 52); Cass. Roma, 9 marzo 1888, *Careddu* c. *Monne* (*Foro It.*, 1883, 1, 458).

(4) App. Bologna, 25 febbraio 1887, *Ditta de Morsier* c. *Soc. an. napoletana* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1887, 92).

(5) Cont. Trib. Napoli, 14 settembre 1894, *Magazzini gen.* c. *Casertano* (*Trib. Giud.*, 1894, 306). Confr. anche Appello Venezia, 26 ottobre 1872, *Malcolm* c. *Ferr. A. I.* (*Temi Ven.*, 1882, 697).

(6) App. Torino, 29 ottobre 1867, *Bolla* c. *Corsini* (*Giur.*, Torino, 1867, 44).

(7) App. Torino, 25 aprile 1870, *Pyton* c. *Magne* (*Ann.*, 1870, 2, 190); Cass. Firenze, 24 febbraio 1870, *Neri* c. *Demanio* (*Ann.*, 1870, 1, 91); App. Milano, 27 maggio 1887, *Min. LL. PP.* c. *D'Adda* (*Mon. Trib.*, 1887, 236); App. Milano, 14 ottobre 1890, *Stanga* c. *Min. della Guerra* (*Mon. Trib.*, 1890, 1008).

(8) In applicazione di questo principio fu giudicato che, se le varie tasse furono ingiunte da diversi uffici di registro per atti bensì fra loro distinti e connessi per l'oggetto od il fatto da cui derivano, l'azione relativa può essere spiegata innanzi l'Autorità giudiziaria del luogo ove risiede uno degli uffici stessi: App. Milano, 11 aprile 1867, *Scazza* c. *Demanio* (*Mon. Trib.*, 1867, 1005).

E anche che, quando due domande contro le finanze per restituzione di tassa sono fra loro connesse talchè si possano proporre

territoriale determinata in ragione di domicilio o residenza solo perchè questo è il caso che ordinariamente si verifica nella pratica, non per limitare l'applicabilità della disposizione soltanto al caso stesso.

163. Perchè si faccia luogo alla competenza della quale si sta discorrendo sono necessarie più condizioni.

È anzitutto necessario che l'azione sia diretta contro più persone. Quando è diretta l'azione contro più persone, l'art. 98 riceve sempre applicazione; ond'è che è applicabile quando l'azione è diretta contro più soci di una società per obbligazioni assunte dall'amministratore della società stessa (1), contro più persone interessate in una resa di conto (2), contro la società ed uno dei socii (3), contro ambedue i genitori per far dichiarare la filiazione legittima (4), contro l'institore ed il proponente (5), contro gli amministratori di una società (6), contro il cedente ed il debitore ceduto (7). Non importa vedere cosa si chieda a ciascuno dei convenuti (8), per quale ragione ognuno dei convenuti è citato, se sia citato in via principale o sussidiariamente (9), perchè debitore principale o perchè garante (10): l'art. 98 non fa alcuna restrizione relativamente alla sua applicabilità, è però applicabile tutte le volte che vi sieno più convenuti. E poi indifferente che la citazione dei convenuti avvenga simultaneamente, o che uno venga citato dopochè la causa contro l'altro convenuto è stata introdotta (11), che sia uno solo l'attore o che gli attori siano più (12), che i convenuti sieno tutti di domicilio o di residenza conosciuti o qualcuno di essi sia di domicilio o di residenza ignoti (13). Ma è necessario che i convenuti sieno seriamente convenuti, e non già che l'azione sia contro gli stessi diretta allo scopo di eludere le leggi relative alla competenza territoriale ai riguardi degli altri convenuti; chè in questo ultimo caso l'art. 98 della procedura civile non potrebbe ricevere applicazione (14).

È in secondo luogo necessario che il magistrato adito sia competente relativamente ad alcuno dei convenuti, al momento in cui viene fatta la citazione. Di qui la conseguenza che non potrebbe ricevere applicazione l'art. 98 pel solo fatto che, adito un magistrato che non è competente per nessuno dei convenuti, uno od alcuni di questi non sollevano l'eccezione di incompetenza (15); e che, adito un magistrato incompetente relativamente alla persona citata, il magistrato adito non diverrebbe competente se dopo sollevata l'eccezione di competenza l'attore citasse avanti il magistrato stesso altro convenuto pel quale ci sarebbe la competenza adita (16).

È in terzo luogo necessario che fra le domande dirette contro i varii convenuti vi sia connessione per l'oggetto della domanda o per il titolo o fatto da cui dipende (17).

164. Quando vi sono le condizioni dalla legge volute, spetta all'attore scegliere fra le diverse Autorità giudiziarie competenti quella avanti la quale portare la causa per tutti i convenuti. Può scegliere tanto quella del domicilio quanto quella della residenza di uno dei convenuti (18), come può scegliere quella che in confronto dei convenuti è competente a base dell'art. 91 (19) od a base di qualunque altro titolo, compreso quello di elezione di domicilio. Anche nel caso in cui nei rapporti con alcuno dei convenuti vi fosse elezione di domicilio fatta nell'interesse del convenuto stesso, l'attore non sarebbe punto tenuto a stare a quanto dal contratto è disposto, e potrebbe adire, anche pel convenuto nei cui rapporti avvenne la elezione di domicilio, l'Autorità giudiziaria competente per altro convenuto. Ma fatta la scelta, in forza dei principii esposti al n. 36, l'attore non può più rivenire sulla scelta fatta e deve proporre la causa per tutti i convenuti innanzi al giudice adito.

La competenza stabilita dall'art. 98 è facoltativa per l'attore, ond'è che l'attore può, scindendo la sua azione ed istituendo tanti giudizii distinti, citare ciascun convenuto

avanti l'autorità giudiziaria stessa, benchè le tasse sieno state pagate in ufficio diverso e sottoposte a diversa giurisdizione, può essere adita una sola delle più Autorità giudiziarie per la restituzione di tutte le tasse: App. Torino, 14 marzo 1871, *Ceriana* c. *Finanze* (*Giur.*, Torino, 1871, 307).

(1) App. Torino, 11 giugno 1870, *Tallachini* c. *Weill* (*Gazz. G.*, 1870, 559).

(2) Cass. Torino, 19 novembre 1873, *Pesaro* c. *Tachis* (*Giur. It.*, 1873, 1, 1, 779).

(3) App. Lucca, 25 maggio 1867, *Buonaparte* c. *Bastianelli* (*Ann.*, 1867, 2, 143).

(4) App. Genova, 1 febbraio 1887, *R.* c. *B.* (*Eco Gen.*, 1887, 65).

(5) Cass. Torino, 8 aprile 1892, *Travelli* c. *Petrania* (*Giur.*, Torino, 1892, 369).

(6) Trib. Genova, 28 luglio 1894, *Bo* c. *Banca Generale* (*Temi Gen.*, 1894, 506).

(7) App. Roma, 16 settembre 1893, *Hofer* c. *Cabibbe-Levi* (*Trib. Giud.*, 1894, 228).

(8) In contrario fu ritenuto che non ricorre l'ipotesi dell'art. 98 proc. civ. per statuire la competenza dell'Autorità giudiziaria adita quante volte niente si domanda da ciascuno dei convenuti: App. Napoli, 16 dicembre 1867, *D'Avales* c. *Rothschild* (*Gazz. G.*, 1868, 285).

(9) Cont. App. Napoli, 25 giugno 1868, *Demanio* c. *Capitolo di Matera* (*Gazz. N.*, 1868, 124).

(10) Confr.: App. Napoli, 25 novembre 1868, *Chiesa di S. Michelangelo in Monteroduni* c. *Dir. del Dem. e Tasse di Aquila* (*Gazz. Proc.*, IV, 45); Cass. Torino, 24 luglio 1869, *Soc. delle Miniere di Monteponi* c. *Garnier* (*Ann.*, 1869, 1, 187); App. Casale, 15 ottobre 1867, *Langella* c. *Bartolucci* (*Giur.*, Torino, 1868, 14); App. Genova, 4 giugno 1870, *Soc. delle Miniere di Monteponi* c. *Garnier* (*Giur. It.*, 1870, 2, 442); App. Torino, 6 dicembre 1869, *stessi* (*Gazz. G.*, 1870, 139); App. Messina, 6 agosto 1894, *Furfari* c. *Butà* (*Rif. Giur.*, Messina, 1894, 377); App. Torino, 23 marzo 1877, *Molfino* c. *Moda* (*Giur.*, Torino, 1877, 423); Cass. Napoli, 9 dicembre 1890, *Bocconi* c. *Freda* (*Giur.*, Torino, 1892, 488); App. Milano, 2 luglio 1883, *Piccone* c. *Gariglio* (*Mon. Trib.*, 1883, 866).

(11) Cass. Torino, 8 aprile 1892, *Travelli* c. *Petrania* (*Giur.*, Torino, 1892, 369).

(12) Cass. Napoli, 1 febb. 1870, *Scarabeo* (*Legge*, 1870, 1, 729).

(13) Trib. Roma, 10 marzo 1893, *Ferr. merid.* c. *Maniri* (*Circ. Giur.*, 1893, 143).

(14) App. Firenze, 24 maggio 1869, *Fondo Culto* c. *Neri* (*Ann.*, 1889, 2, 59).

(15) Cass. Napoli, 9 giugno 1894, *Accurio* c. *Scambia* (*Giur. It.*, 1894, 1, 1, 795).

(16) App. Roma, 28 aprile 1894, *Allocci* c. *Ferr. Mediterr.* (*Temi Rom.*, 1894, 129).

(17) Cass. Napoli, 6 novembre 1873, *Carriere* c. *Costa* (*Ann.*, 1873, 1, 159); Cass. Roma, 29 maggio 1885, *Fondo Culto* c. *Telesio* (*Corte S.*, Roma, 1885, 463); Cass. Napoli, 1 febbraio 1870, *Scarabeo* c. *Antonelli* (*Legge*, 1870, 1, 729); App. Palermo, 18 luglio 1882, *Banca di Torino* c. *Fallita Trinacria* (*Circ. Giur.*, 1882, 384); App. Genova, 27 luglio 1895, *Bo* c. *Banca Gen.* (*Temi Gen.*, 1895, 466).

(18) V. App. Torino, 11 giugno 1870, *Tallacchini* c. *Weill* (*Gazz. G.*, 1870, 559); App. Modena, 8 marzo 1886, *Engelmann* c. *Manuelli* (*Giur. It.*, 1886, 2, 356).

(19) V. App. Venezia, 16 giugno 1885, *Volpe* c. *Corsetto* (*Foro It.*, 1885, 1, 1149).

avanti l'Autorità giudiziaria competente relativamente al convenuto stesso, salvo al convenuto, se del caso, far valere la connessione generica di causa, allo scopo di far decidere la controversia da quella autorità che fosse stata preventivamente adita per altro convenuto.

Capo III. — Azione accessoria.

165. Rapporti fra la competenza di cui all'art. 98 e quella dell'articolo 99 della procedura. — 166. Nozione di azione accessoria. — 167. Competenza per l'azione accessoria. — 168. Condizioni necessarie perchè esista questa competenza.

165. Nel capo precedente si è studiato il caso dell'art. 98, la competenza cioè per l'azione diretta contro più persone; in questo capo si deve studiare il caso dell'art. 99, la competenza cioè per più azioni fra le quali esiste il rapporto da principale ad accessorio (1), indipendentemente dal numero delle persone contro le quali l'azione principale e l'azione accessoria, considerate come un tutto, vengono esperite. E si deve studiare l'art. 99 indipendentemente dall'art. 98, perchè quest'ultimo articolo non e punto pregiudicato dal disposto dall'art. 99, dal momento che quello occupandosi del caso in cui l'azione sia diretta contro più persone, questo del caso in cui siano esercitate più azioni, nella loro applicazione devono essere armonizzati, nessuna incompatibilità esistendo fra quanto da questi articoli è disposto. Ond'è che la competenza dell'art. 99 si applica tanto nel caso in cui l'azione principale e l'accessoria vengano spiegate contro una, quanto nel caso in cui vengano spiegate contro più persone, ed in quest'ultimo caso anche l'art. 98 deve essere applicato. E deve essere applicato senza far distinzione se l'azione principale competa contro una persona e l'accessoria contro una persona diversa (2); ond'è che in quest'ultimo caso l'attore ha diritto di scegliere l'Autorità giudiziaria avanti la quale portare la intiera causa, senza che sia costretto ad adire il fòro competente pel convenuto in via principale, anzichè il fòro competente pel convenuto in via accessoria. Per dirla in altri termini, l'articolo 99 considera l'azione principale e l'azione accessoria come un tutto da essere portato avanti lo stesso giudice, e quando questa azione complessiva è diretta contro più persone, l'attore ha quel diritto di scelta che dall'art. 98 della procedura gli è accordato.

166. Si ha azione accessoria tutte le volte che il diritto che colla azione si fa valere dipende da altro diritto, pur esso fatto valere in giudizio, in modo che in tanto il primo diritto esiste in quanto esiste il secondo. E però nel caso di rivendita di merce o di cessione delle azioni spettanti al compratore della medesima, e di esperimento delle azioni verso il primo venditore ed il rivenditore o cessionario, sarà principale l'azione diretta contro il primo venditore all'effetto di conseguire rispettivamente la consegna della merce o l'esecuzione del contratto, ed accessoria invece l'azione diretta contro il primo rivenditore o cedente perchè risponda della efficacia della vendita o cessione (3).

Nel caso di esperimento delle azioni per ottenere condanna al pagamentò di un credito e per sequestro per sicurezza del credito stesso, sarà principale l'azione diretta ad ottenere la condanna al pagamento della cosa dovuta, ed accessoria l'azione sulla conferma del sequestro (4).

Nel caso di azione diretta ad ottenere dichiarazione relativa ad un debito e di azione diretta ad ottenere dichiarazione di validità di offerta reale relativamente al debito stesso, sarà principale l'azione diretta alla dichiarazione relativa al debito, accessoria l'azione per dichiarazione di validità della eseguita offerta (5).

Nel caso di azione diretta a far dichiarare estinto un debito e ad ottenere la cancellazione della iscrizione ipotecaria relativa al debito stesso, sarà principale quella relativa alla estinzione, accessoria quella relativa alla cancellazione della ipoteca (6).

Nel caso di azione diretta ad ottenere la separazione fra coniugi e ad ottenere provvedimenti temporanei o lo sgombro dalla casa e dai beni della moglie, è principale la prima, sono accessorie le altre (7).

Nel caso di azione di rivendicazione e di azione personale per ottenere i frutti, i danni, ecc., sarà principale la prima, accessoria la seconda (8).

Nel caso di azione diretta ad ottenere dichiarazione di esistenza di un diritto e di azione diretta ad ottenere ciò che è conseguenza della esistenza del diritto affermato, è principale la prima, accessoria la seconda (9).

Nel caso di azione diretta ad ottenere la cancellazione della ipoteca e di azione diretta ad ottenere i danni risentiti in seguito alla avvenuta inscrizione, questa seconda è accessoria alla prima (10).

Nel caso di azione relativa ad un contratto e di azione di indebito conseguenziale al contratto stesso, la seconda è accessoria alla prima (11).

Nel caso di azione contro il debitore principale e di azione contro il fidejussore, anche solidale, la prima è principale, la seconda accessoria (12).

In base ai caratteri dati, l'azione accessoria si distingue dalla azione concorrente con altra azione, sia pure che que-

(1) Confr. Cass. Torino, 24 luglio 1869, *Brandi* c. *Garnier* (*Ann.*, 1869, 1, 187).

(2) Mortara, *Man.*, n. 173. — Contra Ricci, I, 200; Mariani, I, 534; Cuzzeri, sull'art. 98; Saredo, I, 340; Mattirolo, I, 940. — App. Casale, 15 ottobre 1867, *Lenzelli* c. *Bartolucci* (*Giur.*, Torino, 1868, 14); App. Brescia, 25 gennaio 1874, *Botteri* c. *Bontempi* (*Mon. Trib.*, 1874, 502); App. Milano, 30 giugno 1879, *Alasio* c. *Ferr. A. I.* (*Mon. Trib.*, 1879, 401); Cass. Roma, 11 aprile 1892, *Bianchi* c. *Soc. Molini del Tevere* (*Ann.*, 1892, 1, 437).

(3) Cass. Torino, 24 luglio 1869, *Soc. min. Monopoli* c. *Garnier* (*Ann.*, 1889, 1, 187).

(4) App. Torino, 24 luglio 1874, *Ghisoli* c. *Reynaud* (*Giur. It.*, 1874, 2, 309).

(5) App. Bologna, 30 giugno 1887, *Boriani* c. *Salvardi* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1887, 266).

(6) Cass. Firenze, 27 gennaio 1891, *Libon* c. *Baschiera* (*Ann.*, 1891, 1, 52).

(7) App. Brescia, 17 novembre 1891, *Chigi* c. *Guidi Di Bagno* (*Giur. It.*, 1891, 2, 676); App. Torino, 21 aprile 1893, *Di Ardito* c. *Forzano* (*Legge*, 1893, 1, 668).

(8) App. Casale, 27 marzo 1883, *Artom* c. *Serra* (*Giur. Cas.* 1883, 197).

(9) App. Venezia, 15 aprile 1884, *Del Rosso* c. *Moro* (*Temi Ven.*, 1884, 305), che applica il principio alle azioni di petizione di eredità ed alla conseguente azione di divisione.

(10) Cass. Firenze, 27 gennaio 1891, *Libon* c. *Baschiera* (*Ann.*, 1891, 1, 52).

(11) App. Casale, 30 ottobre 1891, *Ditta Colombo* c. *Ditta Schenoni* (*Giur. Cas.*, 1891, 362).

(12) Cass. Roma, 11 aprile 1892, *Bianchi* c. *Soc. Molini del Tevere* (*Ann.*, 1892, 1, 437).

sta dipenda dal medesimo titolo dal quale dipende la prima (1), ed in via generale dall'azione connessa con altra azione (2); ogni azione accessoria è connessa ad altra azione (3), ma non ogni azione connessa è azione accessoria. L'azione accessoria si distingue anche dalla continuazione dell'esperimento di una azione, e però non può affermarsi che siano azioni accessorie quelle dirette ad ottenere la liquidazione dei danni, il generico diritto al risarcimento dei quali fu dichiarato da una precedente sentenza (4), l'azione diretta a far dichiarare la perenzione di un giudizio (5).

Se la definizione data della azione accessoria è vera, il rapporto da principale ad accessoria di due azioni è indipendente dalla importanza giuridica ed economica delle due azioni e dalla importanza dello scopo a cui tendono (6). È indipendente anche dal fatto che una delle azioni competa contro una persona e l'altra contro altra persona; quando vi è la dipendenza del diritto che si fa valere contro una persona dal diritto che si fa valere contro altra persona, vi è sempre il rapporto da accessorio a principale.

167. Il principio posto nell'art. 99 del codice di procedura civile si è che l'azione accessoria va proposta avanti il magistrato competente per l'azione principale (7), siansi verificati i fatti che danno diritto all'esperimento della azione nella giurisdizione del magistrato competente per l'azione principale, o siansi verificati altrove (8).

Per ciò che concerne la competenza territoriale nella azione accessoria, non vi può esser dubbio che la competenza stessa è prorogata al magistrato competente per l'azione principale. Non vi è anche dubbio che, quando l'azione principale è di competenza del magistrato superiore, di competenza del magistrato stesso è l'azione accessoria, che, astrattamente guardata, sarebbe di competenza del giudice inferiore (9). Ma, quando l'azione principale è di competenza del magistrato inferiore, e la accessoria, astrattamente guardata, di competenza del magistrato superiore, si verifica per quest'ultimo la proroga della competenza del magistrato inferiore (10)? Anche in questo caso, come in quello di connessione generica di cui ci si è occupati al n. 160 di applicazione dello articolo 69 del codice di procedura civile non è il caso di discorrerne; l'art. 69 prevede il caso di proroga di competenza fatta dalle parti, e la proroga della competenza per la azione accessoria è fatta dalla legge: è con riferimento ad altri principi che deve essere risoluta la questione, e precisamente col principio che l'accessorio segue il principale, non però questo segue quello. La giurisprudenza ha avuto più volte occasione di esaminare la questione se il pretore competente per l'azione possessoria sia competente anche per l'azione di danno derivato dalla turbativa, dallo spoglio, dalla nuova opera, quando la somma domandata per indennizzo sia superiore alle lire 1500, ed in generale ha accolto il principio che il pretore a titolo di accessorio è competente a pronunciare anche sulla azione di danno (11). E questo principio è esatto: la disposizione dell'art. 99 è generale ed assoluta; i termini nei quali quest'articolo è redatto non consentono distinzione e restrizione; quando vi è la competenza a giudicare sulla azione principale, vi è la

(1) Fu statuito che la domanda di pagamento di canoni insoluti non può dirsi accessoria a quella di consolidamento dell'utile col diretto dominio: Cass. Firenze, 14 luglio 1879, *Gritti* c. *Rizzi* (*Temi Ven.*, 1879, 375).

(2) Cass. Torino, 7 maggio 1888, *Stanga* c. *Taverna* (*Mon. Trib.*, 1883, 425). Non sempre fu avvertita questa distinzione: così la Corte di App. di Torino, 3 giugno 1870, *Bernaschini* c. *Carlini* (*Gazz. G.*, 1870, 561) applicava i principii relativi alle azioni accessorie, alla azione di restituzione di beni mobili sottratti da più persone, *Rivara* c. *Banius* (*Gazz. G.*, 1868, la Pretura di Maddalena, 24 maggio 1868, 332) lo applicò alla domanda in esibizione di documento diretto contro un terzo, documento da servire in un giudizio pendente fra l'attore ed altre persone; la Cassazione di Firenze, 6 luglio 1874, *Chiesa di Cividale* c. *Finanze* (*Ann.*, 1874, 1, 284) lo applicò alle azioni che si connettono necessariamente ad altre azioni; la Pretura di Genova, 14 luglio 1893, *Adeock* c. *Balestrassi* (*Concil.*, 1893, 441) alla azione per scioglimento del contratto di locazione in rapporto alla azione per pagamento di canoni insoluti; la Cassazione di Napoli, 27 febbraio 1894, *Chianese* c. *Min. LL. PP.* (*Foro It.*, 1894, 1, 839) alla azione per risarcimento dei danni arrecati agli animali nei suoi rapporti colla azione di guasto e danno. In tutti questi casi sono i principi relativi alla connessione generica, non quelli relativi alle azioni accessorie che devono essere applicati.

(3) Nella Relazione Pisanelli, a pag. 38, parlandosi della competenza per l'azione accessoria, si legge: « La connessità della causa non può presentarsi sotto un aspetto più semplice e più manifesto ». Tale pure è l'avviso del Pescatore nel *Giornale delle leggi*, 1871, 78, e l'avviso del Cuzzeri, sull'art. 99.

(4) App. Venezia, 8 luglio 1887, *Mazza* c. *Ravanelli* (*Foro It.*, 1887, 1, 1292); 3 novembre 1887, *Bergamini* c. *Com. di Rovigo* (*Temi Ven.*, 1887, 580); Cass. Napoli, 1° dicembre 1888, *Comune di Trivigno* c. *Badula* (*Dir. e giur.*, IV, 271).

Cont. App. Milano, 6 ottobre 1884, *Dal Pozzo* c. *Giorgi* (*Mon. Trib.*, 1884, 1060).

(5) Confr.: Cass. Napoli, 15 marzo 1887, *Finanze* c. *Cassa Maritt.* (*Gazz. Proc.*, XXI, 544).

(6) In contrario fu giudicato che nel concorso di due azioni di natura diversa, per conoscere quale sia principale e quale accessoria, è duopo prendere per norma la maggiore o minore importanza dello scopo a cui tendono rispettivamente le due azioni: Cassazione Torino, 24 luglio 1169, *Soc. min. Monopoli* c. *Garnier* (*Annali*, 1869, 1, 187).

(7) Cass. Torino, 24 luglio 1869, *Brando* c. *Garnier* (*Annali* 1869, 1, 187).

(8) Fu giudicato che, se insieme alla domanda per riconoscimento di un diritto, si presenti l'altra per risarcimento dei danni, il giudice che si dichiara competente per la prima deve pure conoscere della seconda, ancorchè i fatti che impedirono l'esercizio di questo diritto si siano verificati in luoghi non soggetti alla sua giurisdizione: Cass. Torino, 3 giugno 1869, *Banfi* c. *Finanze* (*Legge*, 1869, 1, 604).

(9) App. Torino, 3 giugno 1870, *Bernaschini* c. *Carlini* (*Gazz. G.*, 1870, 564); Trib. Milano, 28 gennaio 1878, *Magno* c. *Peretti* (*Giorn. Trib.*, Milano, 1878, 510).

(10) V. Cass. Torino, 31 luglio 1868, *Viole* c. *Oliviero* (*Ann.*, 1868, 1, 240); Cass. Firenze, 14 luglio 1879, *Gritti* c. *Rizzi* (*Temi Ven.*, 1879, 395).

(11) Appello Torino, 18 settembre 1871, *Depetro* c. *Barone* (*Giur. It.*, 1871, 2, 702); 6 dicembre 1870, *Colaro* c. *Pasta* (*Giur.*, Torino, 1871, 138); 22 aprile 1870, *Ferrero* c. *Rodi* (*Ann.*, 1870, 2, 434); Cass. Torino, 12 febbraio 1880, *Pesenti* c. *Passerini* (*Legge*, 1880, 1, 731); Cass. Palermo, 2 dicembre 1879, *Abbate* c. *Speciale* (*Circ. Giur.*, 1880, 123); 5 maggio 1866, *Di Marco* c. *Castagna* (*Giur.*, Torino, 1866, 44); App. Parma, 14 maggio 1884, *Scotti* c. *Cagnoli* (*Mon. Trib.*, 1884, 643); App. Milano, 25 luglio 1887, *Delfinoni* c. *Moechi* (*Mon. Trib.*, 1887, 764); Cass. Torino, 23 settembre 1887, *Com. Mortara* c. *Travelli* (*Giur.*, Torino, 1887, 734); 14 aprile 1887, *Consorzio di Lonato* c. *Naviglio Grande Bresciano* (*Giur.*, Torino, 1890, 297); 9 aprile 1890, *Lagomarsino* c. *Bisso* (*Giur.*, Torino, 1890, 297).

Cont. Cass. Napoli, 17 marzo 1870, *Dal Plato* c. *Dino* (*Gazz. N.*, 1870, 72); App. Torino, 1 marzo 1867, *Serra* c. *Maggio* (*Giur.*, Torino, 1867, 295).

competenza a pronunciare sulla azione accessoria. La legge, compatibilmente alla possibilità di proporre nuove domande nel giudizio di appello, proroga la competenza a pronunziare sulla azione accessoria dal giudice di prima istanza al giudice di appello (1). Ma è d'uopo applicare il principio a qualunque competenza a decidere, che tutte le volte che havvi una azione accessoria, sia o no la stessa astrattamente provata di competenza del giudice inferiore competente per l'azione principale, la competenza per l'azione accessoria è prorogata (2). È questo il principio che giustifica il principio posto al n. 128, che quando si tratta di questione di pegno od ipoteca, accessoria alla questione relativa al credito, il valore della causa agli effetti della competenza non va determinato a base del valore della cosa ipotecata o pignorata, ma a base del valore del credito.

Da che tutte le volte che vi è una azione accessoria, sia o no la stessa di competenza del giudice inferiore competente per l'azione principale, la competenza per l'azione accessoria è prorogata, non ne deriva che in ogni e qualsiasi caso si debba aver riguardo esclusivamente alla competenza per la azione principale senza tenere in alcun conto l'azione accessoria. Il principio deve essere armonizzato col principio posto nell'art. 72, capov. 1°, del codice di procedura civile, il quale ordina in alcuni casi, per la determinazione della competenza, di cumulare il valore della azione accessoria col valore della azione principale: nei casi nei quali a termini dell'art. 72, capov. 1°, deve essere fatto il cumulo dei valori, ed il valore risultante è superiore alle lire 100 od alle lire 1500, la competenza a pronunciare non è del giudice inferiore, è del giudice superiore. Ma ciò avviene non già perchè la competenza per l'azione accessoria proroghi la competenza per l'azione principale, ma perchè il principale e l'accessorio sono dalla legge considerati come un tutto di competenza del giudice superiore. Che ciò sia vero risulta da che non è già quando il valore dello accessorio sia superiore al valore di competenza del magistrato inferiore che la competenza a pronunciare è del giudice superiore, ma anche quando essendo per valore di competenza del giudice inferiore, il cumulo dei due valori superi la somma infra la quale questo magistrato può pronunciare.

168. Perchè abbia luogo la proroga della competenza per l'azione accessoria, è d'uopo che l'azione come accessoria sia esperimentata; se viene esperimentata come azione a sè stante, la stessa segue la competenza propria (3). E l'azione viene esperita come azione accessoria tutte le volte che la azione principale è stata esperita, e il giudizio sull'azione stessa non è ultimato (4). Da qui ne viene che non importa che la azione principale sia esperita prima o contemporaneamente all'esperimento della azione accessoria (5), unitamente o separatamente da questa (6); anche se viene esperita posteriormente, ha la forza di attrarre al giudice competente per essa il giudizio sulla azione accessoria già introdotta: la competenza del giudice prima adito, a sensi dell'art. 104 della procedura, vi è nel caso di connessione generica di causa, non già per le connessioni speciali che la legge disciplina, ed una connessione speciale a termini dell'art. 99 è quella che esiste fra l'azione principale e l'azione accessoria.

Capo IV. — Azione in garantia.

169. Azione in garantia; competenza per questa azione. — 170. Condizioni necessarie acchè vi sia questa competenza. — 171. Introdotta l'azione in garantia, la stessa segue la competenza stabilita per l'azione principale. - 172. Effetti sulla competenza della domanda e delle eccezioni del garante.

169. In seguito ai rapporti giuridici esistenti fra due persone può avvenire che una di queste sia tenuta a sopportare le conseguenze alle quali l'altra sarà per sottostare nei suoi rapporti con terza persona. E questo il diritto di garantia, e di azione in garantia prende nome quella azione a mezzo della quale quel diritto vien fatto valere in giudizio (7).

Costringere taluno a dover sottostare agli effetti dello esperimento di una azione quando egli ha diritto di rivalersi degli effetti stessi verso altre persone, per poi istituire contro queste un secondo giudizio onde ottenere la rivalsa; costringere taluno ad incoare il giudizio solo con colui col quale ha rapporti diretti, per dover poi, se del caso, sostenere un giudizio contro colui che, avendo dovuto rivalere il convenuto nel primo giudizio degli effetti della prima sentenza, si dirigesse contro di lui, non solo renderebbe possibile la moltiplicazione dei giudizi, ma renderebbe possibili anche giudizi contraddittori. Per evitare la moltiplicazione dei giudizi ed i giudicati contraddittori e per rendere possibile che la sentenza che verrà emanata nel giudizio abbia effetto di cosa giudicata relativamente a tutte le persone interessate nel rapporto giuridico, non vi è che un mezzo: autorizzare la trattazione della causa in garantia insieme alla trattazione della causa principale, sia a richiesta dell'attore che a richiesta del convenuto. L'esercizio di questo diritto non offre difficoltà quando l'Autorità giudiziaria, che è competente a giudicare nei rapporti fra attore e convenuto, è competente a giudicare anche in rapporto al garante, ma, quando le due competenze non sono eguali, non si può ottenere lo scopo se non prorogando la competenza del magistrato per una delle azioni al magistrato competente per l'altra. Se è l'attore che intende esercitare la sua azione contro il convenuto e contro il garante, egli nell'articolo 98 del codice di procedura ha tracciata la via che deve seguire per la determinazione della competenza: può scegliere fra le più Autorità competenti quella avanti la quale portare la causa (8). Ma, se l'attore intenta la sua azione solo contro il garantito, non si può prorogare la competenza: in rapporto al convenuto al magistrato competente in rapporto al garante, perchè non si può costringere l'attore, il quale può essere ignaro dei rapporti giuridici in seguito ai quali

(1) Art. 490, capov. 1°, cod. proc. civ.

(2) Mattirolo I, 942. V. App. Torino, 27 febbraio 1893, *Massazza* c. *Tua* (*Giur.*, Torino, 1893, 285).

(3) V. App. Roma, 4 novembre 1884, *Bartoccini* c. *Faleni* (*Temi Rom.*, 1884, 740); App. Venezia, 15 settembre 1885, *Dal Fiol* c. *Mantese* (*Temi Ven.*, 1885, 528).

(4) V. App. Perugia, 12 gennaio 1880, *Tamberlick* c. *Com. di Foligno* (*Legge*, 1880, 1, 131); Cass. Napoli, 31 dicembre 1881, *Cordopatri* c. *Giffone* (*Foro It.*, 1882, 1, 655); App. Genova, 6 maggio 1887, *Cordone* c. *Ronco* (*Eco Gen.*, 1887, 281).

(5) App. Milano, 6 ottobre 1884, *Dal Pozzo* c. *Giorgi* (*Mon. Trib.*, 1884, 1060).

(6) Cass. Napoli, 10 luglio 1889, *Rivetti* c. *Capone* (*Gazz. Proc.* XXIII, 413).

(7) V. Cass. Roma, 6 novembre 1880, *Congr. carità di S. Pietro Avellana* c. *Patini* (*Legge*, 1881, 1, 73).

(8) Cont. App. Casale, 15 ottobre 1867, *Lanzilli* c. *Bertolucci* (*Giur.*, Torino, 1868, 14); App. Brescia, 28 gennaio 1874, *Bottari* c. *Bontempi* (*Mon. Trib.*, 1874, 502). V. App. Torino, 6 dicembre 1869, *Monteponi* c. *Garnier* (*Gazz. G.*, 1870, 139)

la garantia è dovuta, e che in ogni caso non ha interesse nei rapporti stessi e può non sapere se colui contro il quale egli ha diritto di dirigere la sua azione userà o non userà del diritto di garantia, non si può costringere, si ripete, l'attore ad abbandonare la competenza adita per portare la sua azione al magistrato competente in rapporto al garante; non può essere prorogata che la competenza in rapporto al garante al magistrato competente relativamente al convenuto. Questo principio fu accolto dall'art. 100, n. 1, del cod. di proc., pel quale l'Autorità giudiziaria davanti cui pende la causa principale è competente a conoscere della azione in garantia.

170. Perchè vi sia questa competenza, sono necessarie alcune condizioni.

È necessario anzitutto che la causa contro colui che pretende di dover essere garantito sia pendente (1); l'art. 100 della procedura civile dice la competenza vi è nella « Autorità giudiziaria davanti cui *pende* la causa principale. » Di qui ne viene che, se l'azione in garantia viene esercitata prima che il giudizio contro il convenuto sia iniziato, competente a conoscere della azione in garantia non è l'Autorità competente a conoscere della azione principale, ma havvi la competenza ordinaria. Ma se, successivamente all'inizio della causa in garantia, viene esercitata l'azione principale, l'istituzione di tale giudizio ha la forza di attrarre a sè anche la causa del garantito contro il garante: l'azione di garantia è un'azione accessoria, e siccome ciò avviene per l'azione accessoria, come si è veduto al n. 168, così deve avvenire anche per l'azione in garantia. Senza essere stata intentata la azione in garantia prima che sia stata intentata l'azione principale, può essere stata intentata una azione connessa con quella in garantia; in questo caso, in seguito all'esercizio della azione principale e della azione in garantia, non torna applicabile l'art. 104 della procedura, pel quale, come si è veduto al n. 161, nel caso di cause connesse la competenza è della Autorità previamente adita: attesa la connessità della azione in garantia colla azione principale e la nessuna potenza della prima a prorogare la competenza stabilita per la seconda, deve necessariamente riuscire prorogata la competenza per l'azione connessa alla azione in garantia, e però la prima cesserà di essere di competenza del giudice adito per divenire di competenza del giudice competente per la seconda.

Dal principio che, per esservi la competenza dell'art. 100, n. 1, della procedura la causa principale deve essere pendente, ne deriva anche che se l'azione in garantia viene introdotta dopochè il giudizio sulla azione principale è ultimato, la competenza è l'ordinaria. Ma, perchè ciò si verifichi, è necessario che l'azione in garantia sia introdotta dopo la ultimazione del giudizio principale; chè se il giudizio principale si ultimasse dopo che l'azione in garantia è stata introdotta, la competenza dell'art. 100, n. 1, della procedura esisterebbe sempre (2); l'ultimazione del giudizio principale, in tal caso, sarebbe un cangiamento allo stato di fatto esistente al momento della introduzione della causa in garantia, ed in applicazione del principio posto al n. 40 tale cangiamento non ha effetto di cangiare la competenza quale determinata in base allo stato di fatto esistente al momento della citazione.

A termini dell'art. 100, n. 1, della procedura è in secondo luogo necessario che l'Autorità giudiziaria davanti cui pende la causa principale non sia incompetente per materia o valore a conoscere della azione in garantia (3). Questa disposizione di legge è rettamente interpretata dalla giurisprudenza nel senso che il giudice inferiore, competente a pronunciare sulla azione principale ed incompetente a pronunciare per materia o valore sulla azione in garantia, non può pronunciare su quest'ultima, ma il giudice superiore competente a giudicare sulla azione principale è pure competente a pronunciare sulla azione in garantia che astrattamente guardata sarebbe di competenza del giudice inferiore (4). Quando il giudice inferiore è incompetente a pronunciare sull'azione in garantia non è che egli in seguito a ciò divenga incompetente a pronunciare sulla causa principale; la competenza a pronunciare in questa causa la mantiene sempre (5). Ond'è che, se il magistrato inferiore pronuncia competentemente sulla azione principale ed incompetentemente sulla azione in garantia, la sua sentenza deve essere annullata solo in questa seconda parte, chè per la prima parte è legalmente pronunciata (6).

Dacchè l'art. 100, n. 1, della procedura vieta al magistrato inferiore di pronunciare sulla azione in garantia quando questa, per materia o valore, non è di sua competenza, non ne viene che in ogni e qualsiasi caso in cui l'azione in garantia non sia di competenza del giudice inferiore competente a pronunciare sulla azione principale, alla competenza dell'art. 100, n. 1, della procedura non si faccia luogo. Non si fa luogo quando fra garantito e garante è questione sulla esistenza della obbligazione di garantire gli attori. Attesa la incompetenza del giudice inferiore a pronunciare sulla contestazione fra garantito e garante la domanda in garantia non è in istato da essere giudicata contemporaneamente alla domanda principale, e però non può ritardare la decisione di questa (7). Ma quando l'obbligo di garantire è incontroverso, le due cause sono in grado di essere giudicate contemporaneamente, e però non havvi ragione di scinderle (8).

(1) App. Milano, 6 febbraio 1894, *Dall'Acqua* c. *Navig. Gen. It.* (*Mon. Trib.*, 1894, 272).

(2) App. Genova, 23 dicembre 1882, *Sivelli* c. *Errico* (*Eco Gen.*, 1883, 72).

(3) Cass. Torino, 30 novembre 1870, *Pasquini* c. *Lagi* (*Giur.*, Torino, 1870, 39); e 24 luglio 1873, *Banca Naz.* c. *Finanze* (*Legge*, 1874, 1, 19); App. Genova, 8 maggio 1887, *Ferr. Ligure* c. *Repetto* (*Gazz. G.*, 1867, 668); App. Torino, 15 giugno 1881, *Guglielminetti* c. *Borgarello* (*Giur.*, Torino, 1881, 598); Cass. Torino, 13 febbraio 1883, *Civetta* c. *Rustichelli* (*Giur.*, Torino, 1883, 293); Cass. Firenze, 14 luglio 1887, *Prov. di Torino* c. *Prov. di Firenze* (*Temi Ven.*, 1887, 430).

(4) Cass. Torino, 29 agosto 1885, *Viola* c. *Pisani* (*Giur.* Torino, 1885, 589); App. Macerata, 4 settembre 1890, *Gentili* c. *Bernardoni* (*Legge*, 1880, 1, 161).

(5) Cass. Roma, 15 aprile 1878, *Subeconomo di Bovino* c. *Russomandi* (*Legge*, 1878, 1, 467); Cass. Napoli, 29 gennaio 1883, *Altera* c. *Tobia* (*Gazz. Proc.*, XVIII, 54.

(6) Cass. Torino, 13 settembre 1888, *Beccaria* c. *Cuttica* (*Giur.*, Torino, 1888, 645)

(7) Art. 199, capov., cod. proc. civ.

(8) Un argomento che suffraga questa interpretazione lo si trova nell'art. 102 del cod. di proc. civ., Per questo disposto di legge nel caso in cui venga opposta la compensazione si fa distinzione fra il caso in cui il credito opposto in compensazione sia incontrastato dal caso in cui sia controverso; nel primo caso anche se è di valore superiore a quello entro il quale il magistrato adito può pronunciare, il magistrato adito pronuncia; la incompetenza non havvi che nel secondo caso. Vedi Cass. Torino, 13 febbraio 1883, *Civetta* c. *Rustichelli* (*Giur.*, Torino, 1883, 293).

Del resto, purchè vi sia la competenza dell'art. 100, n. 1, sono indifferenti le qualità delle persone del garante e del garantito (1), le cause per le quali la garanzia è dovuta (2), il rapporto fra la causa principale e quella in garantia (3), le convenzioni intervenute relativamente alla competenza territoriale per le questioni fra garantito e garante (4), il fatto che il garante abbia domicilio in luogo non soggetto alla giurisdizione del magistrato territoriale competente per l'azione principale (5). È anche indifferente, tranne il caso di incompetenza, che fra garantito e garante si controverta sulla esistenza della obbligazione di prestare la garantia; questa è questione di merito non di competenza. Ma non è indifferente la reale esistenza del rapporto giuridico in seguito al quale l'attore chiama in giudizio il convenuto; perchè, se questo rapporto giuridico fosse stato simulato allo scopo di trarre al fôro del convenuto colui che deve prestare la garantia, ben potrebbe il garante, per impedire a suo danno l'elusione della legge, far valere la simulazione di tale rapporto giuridico, al fine di far dichiarare la incompetenza del giudice avanti il quale fu citato (6).

171. Una volta introdotta l'azione di garantia avanti il giudice competente per la causa principale nel mentre questa pende, la competenza per l'azione di garantia è determinata, ed il giudizio sulla azione stessa deve seguire presso il magistrato competente per la causa principale (7). Sicchè anche nel caso di annullamento di sentenza di magistrato di appello, sia pure per ragioni proprie alla causa principale, e di rinvio della causa ad altro magistrato di appello, l'azione di garantia dal magistrato di rinvio deve essere giudicata (8). Non cessa la competenza per l'azione in garantia del magistrato competente per la causa principale, nemmeno nel caso in cui la causa di garantia, per non essere in istato di essere contemporaneamente giudicata colla causa principale, fosse da questa separata: introdotta la causa avanti il magistrato competente, da questo deve essere decisa. Se dopo l'introduzione della azione di garantia il garante od il garantito istituiscono un giudizio connesso col pendente giudizio di garantia, l'art. 104 del codice di procedura civile dovrebbe essere applicato (9) e la causa connessa dovrebbe essere portata al magistrato competente per l'azione principale e per quella in garantia.

172. Il garante comparso può opporre delle eccezioni e spiegare delle domande le quali possono avere relazione colla obbligazione di garantire, e possono avere relazione colla azione principale. In questo secondo caso le domande e le eccezioni del garante devono essere considerate come se fossero domande od eccezioni fatte dal garantito contro l'attore principale, e però degli effetti relativamente alla competenza della domanda od eccezioni stesse, deve essere giudicato colle norme colle quali sarebbe deciso se la domanda ed eccezioni fossero proposte ed opposte dal convenuto principale contro l'attore (10). Ma nel primo caso, della domanda e delle eccezioni del garante relativamente alla competenza a giudicare sulla azione di garantia deve essere giudicato in relazione alla causa di garantia indipendentemente dalla causa principale, e però, se le domande ed eccezioni stesse sono tali da dimostrare la incompetenza per materia e valore del giudice competente per l'azione principale a giudicare della azione in garantia, questa deve essere separata dal giudizio sulla azione principale per essere portata innanzi alla competenza propria (11).

Capo V. — Compensazione.

173. Quando due sono debitori, l'uno verso l'altro, ha luogo tra essi una compensazione che estingue i due debiti (12) fino alla concorrenza del debito per somma minore. Tale estinzione può essere fatta valere in giudizio per via di azione, onde ottenere la dichiarazione che la stessa si è effettuata; può essere fatta valere in via di eccezione contro la domanda di pagamento. L'azione diretta ad ottenere la dichiarazione della accennata estinzione è soggetta alla regola generale di competenza; la legge in modo speciale all'art. 100, n. 2, della procedura non si occupa che della compensazione opposta dal convenuto alla domanda di pagamento proposta dall'attore, non si occupa, cioè, che della eccezione di compensazione.

174. Una volta che per la compensazione i due crediti sono estinti fino all'importare della somma minore, fra la azione colla quale l'attore chiede il pagamento del suo avere e la eccezione a mezzo della quale il convenuto afferma che nulla deve all'attore, o deve una somma minore della richiesta, perchè egli è a sua volta creditore dell'attore, havvi connessione. E se havvi connessione, il giudice competente a pronunciare sulla azione deve pure pronunciare sulla eccezione. Di qui il principio che l'Autorità giudiziaria avanti la quale pende la causa principale è competente a conoscere della compensazione (13).

Finchè l'Autorità giudiziaria competente sull'azione principale è pur competente per materia e valore a pronunciare sul credito opposto in compensazione, non vi sono difficoltà; la stessa pronuncia sulla azione e sulla eccezione (14), vi concorra o no l'unità del titolo (15), valutandola distintamente non nel cumulo dei due valori, dal momento che il

(1) Vedi App. Bologna, 10 giugno 1872, *Venturoli* c. *Fondo Culto* (*Legge*, 1872, 2, 882).

(2) Cont. App. Catanzaro, 18 gennaio 1881, *Macri* c. *Tucci* (*Foro Calabr.*, II, 97).

(3) Vedi App. Messina, 30 agosto 1882, *Cetera* c. *Platania* (*Foro Mess.*, II, 137).

(4) Vedi Cass. Torino, 9 febbraio 1882, *Richard* c. *Secco* (*Cass.*, Torino, 1882, 75).

(5) App. Roma, 10 maggio 1884, *Rampolla* c. *Piattelli* (*Temi Rom.*, 1884, 305).

(6) App. Roma, 21 aprile 1888, *Schachner* c. *Savoja* (*Mon. Trib.*, 1888, 614).

(7) Vedi Cass. Torino, 30 gennaio 1866, *Miraglia* c. *Sgarlata* (*Legge*, 1866, 1, 419).

(8) Cass. Torino, 27 luglio 1882, *Vitta* c. *Sforni* (*Cass.*, Torino, 1882, 394).

(9) Vedi App. Genova, 26 giugno 1893, *Piaggio* c. *Balzano* (*Temi Gen.*, 1892, 491).

(10) Vedi Cass. Napoli, 21 dicembre 1878, *Finiziani* c. *Giovanelli* (*Gazz. Proc.*, XIII, 580); App. Torino, 2 marzo 1872, *Antognini* c. *Albertone* (*Giur.*, Torino, 1872, 362).

(11) Vedi Cass. Roma, 8 aprile 1877, *Zanzi* c. *Rasponi* (*Giur. It.*, 1877, 1, 1, 982); Cass. Torino, 14 luglio 1882, *Cavallero* c. *Vismara* (*Cass.*, Torino, 1882, 231).

(12) Art. 1285, cod. civ.

(13) Art. 100, n. 2, cod. proc. civ.

(14) Art. 100, n. 2 e 102, 1ª parte, cod. proc. civ.

(15) Trib. Napoli, 9 agosto 1867, *Della Ragione* c. *De Felice* (*Gazz. Proc.*, II, 227). — Cont. App. Torino, 7 luglio, 1874, *Spinardi* c. *Momigliano* (*Ann.*, 1874, 2, 571).

diritto fatto valere colla azione e quello fatto valere colla eccezione appartenendo a persone diverse, le azioni per far valere i diritti stessi sono distinte. Ma quando l'Autorità giudiziaria adita per la azione principale non è competente per materia o valore per la eccezione di compensazione, non si può ammettere che l'Autorità inferiore pronunci in causa di competenza dell'Autorità superiore (1); nel tempo stesso che trattandosi di azione e di eccezione la continenza della causa non può essere scissa, autorizzando il giudice competente per l'azione principale a ritenere questa e rimandare le parti per il giudizio sulla eccezione al magistrato competente. Di qui il principio che il magistrato superiore è competente a conoscere della compensazione anche se il conoscere del credito opposto in compensazione fosse, astrattamente guardato, di competenza del giudice inferiore: il giudice inferiore incompetente per materia o valore a pronunciare sul credito opposto in compensazione deve rinviare le parti davanti l'Autorità giudiziaria competente per l'azione principale e per la compensazione (2), senza poter ritenere la causa principale, e rinviare alla Autorità competente quella relativa alla eccezione (3). Della competenza del giudice inferiore a pronunciare sulla eccezione di compensazione devesi giudicare secondo le norme ordinarie; ond'è che, se vengono opposti in compensazione crediti dipendenti da titoli distinti, è dal valore di ciascun credito che la competenza deve essere determinata (4).

Se, opposta la compensazione di un credito di valore superiore alla competenza del magistrato adito per l'azione principale, non si contende sul credito opposto in compensazione, ma solo se la compensazione si sia o no effettuata, la decisione del magistrato inferiore è necessariamente contenuta nei limiti della azione principale che innanzi a lui è proposta, non operando la compensazione che fino alla concorrenza del debito per somma minore: dal momento che è dagli effetti che sarà per produrre la cosa giudicata che si misura la competenza del magistrato, che nel caso in cui si contende non sul credito ma sulla avvenuta compensazione gli effetti della cosa giudicata non possono andare al di là della azione principale, evidentemente il magistrato inferiore è competente a pronunciare sulla compensazione (5), ammenochè il giudizio sulla compensazione, in sè stesso, come si avvera nel caso in cui si contenda sulla compensazione per un debito di imposta, non sia sottratto alla sua competenza. Di qui il principio dell'art. 102, pel quale i conciliatori ed i pretori conoscono della compensazione se questa si desume da credito non impugnato. Questo però vale pel caso in cui dal convenuto non sia domandato il pagamento del residuo suo avere, chè in questo caso non si tratterebbe di compensazione ma di riconvenzione, e però sarebbero applicabili le norme che alla riconvenzione sono proprie (6). Sicchè, tranne il caso di incompetenza per materia a pronunciare sulla compensazione, il giudice inferiore incompetente per materia e valore a pronunciare sul credito opposto in compensazione deve rinviare le parti avanti il giudice superiore, competente per l'azione principale e per la compensazione, solo quando il credito opposto in compensazione sia impugnato.

A questo principio l'art. 102, capov. 2°, della procedura fa una eccezione nel caso in cui l'azione principale sia fondata su atto pubblico o giudiziale, scrittura riconosciuta o confessione giudiziale: in questo caso, il conciliatore, od il pretore, e, se la sentenza del conciliatore o del pretore è portata in appello, il giudice di appello (7), può ritenere la causa principale e rimettere le parti davanti l'Autorità giudiziaria competente per la decisione della controversia sul credito opposto in compensazione, e può ordinare che la sentenza sia eseguita con cauzione (8). Questa però è una eccezione al principio che la connessione della causa non può essere scissa, e come eccezione ad una regola generale non può essere estesa al di là dei casi nella legge espressi (9). Di qui ne viene che i conciliatori ed i pretori possono usare della facoltà loro accordata dall'art. 102, capov. 2°, nel solo caso in cui essi non sieno competenti sul credito opposto in compensazione; chè, se fossero competenti a pronunciare su questo credito, non potrebbero scindere la contestazione sulla azione dalla contestazione sulla eccezione (10).

Capo VI. — Riconvenzione.

175. Chi viene citato in giudizio può opporre ragioni alle ragioni addotte dell'avversario a sostegno della propria domanda; può dedurre fatti diversi da quelli dedotti dall'attore e produttori di un diritto, che, contrapposto a quello fatto valere dall'attore, vale a neutralizzarlo in tutto ed in parte, nel merito o nella procedibilità nel giudizio introdotto; può infine domandare la dichiarazione di un suo diritto che non ha alcuna influenza sulla domanda spiegata dall'attore. Nel primo caso si ha la difesa, nel secondo la eccezione, nel terzo infine la riconvenzione (11), della quale ci si deve occupare in questo capo. Non sempre i fatti diversi da quelli dedotti dall'attore sono tali da dar diritto ad opporre solo eccezioni od a far valere solo la riconvenzione: uno stesso fatto dedotto dal convenuto può dar fondamento nello stesso tempo e ad una eccezione e ad una riconvenzione, tutte le volte che il diritto che in seguito al fatto stesso esi-

(1) L'art. 100 cod. proc. civ. dice espressamente che l'Autorità giudiziaria davanti la quale pende la causa principale è competente a conoscere della compensazione eccettuato il caso di incompetenza per materia o valore.

(2) Art. 502, capov. 2°, cod. proc. civ.

(3) Trib. Napoli, 9 agosto 1867, *Della Ragione* c. *De Felice* (*Gazz. Proc.*, II, 227).

(4) Cass. Torino, 12 aprile 1892, *Maino* c. *Cavagna* (*Giur.*, Torino, 1892, 340).

(5) Confr. Cass. Torino, 9 febbraio 1872, *Ferrari* c. *Giani* (*Giur.*, Tor., 1872, 211).

(6) App. Napoli, 11 marzo 1867, *Chiarando* c. *Palmirai* (*Ann.*, 1867, 2560).

(7) Cass. Firenze, 28 marzo 1892, *Orsini* c. *Orsini* (*Temi Ven.*, 1892, 392).

(8) Cass. Firenze, 22 giugno 1882, *Azzalin-Marinello* c. *Venturoli* (*Temi Ven.*, 1882, 365).

(9) Trib. Napoli, 9 agosto 1867, *Della Ragione* c. *De Felice* (*Gazz. Proc.*, II, 1867, 227).

(10) Cass. Firenze, 15 gennaio 1874, *Soldani* c. *Soldani* (*Legge*, 1874, 780).

(11) Vedi App. Genova, 30 dicembre 1880, « *La Nazione* » c. *Barabino* (*Mon. Trib.*, 1881, 136); Cass. Firenze, 21 novembre 1872, *Mercandino* c. *Bosone* (*Giur.*, Torino, 1873, 111).

ste sia tale da non rimanere esaurito coll'annientamento o colla diminuzione del diritto fatto valere dall'attore. Così, ad esempio, se la domanda dell'attore è pel pagamento di alcune rate di fitto, ed il convenuto chiede sia dichiarata la nullità del contratto, la domandata nullità è nello stesso tempo eccezione contro la domanda di pagamento delle rate di fitto richieste, e riconvenzione, perchè la dichiarazione di nullità fa sorgere nel convenuto il diritto non solo a non pagare le annualità richieste, ma anche quelle successive che a termini del contratto fossero dovute. Nei casi però nei quali un diritto dà luogo e ad una azione e ad una riconvenzione, perchè vi sia anche quest'ultima, è d'uopo sia richiesta con un apposito capo di domanda l'affermazione di quei diritti del convenuto che non rimasero esauriti coll'annientamento o colla diminuzione del diritto fatto valere dall'attore; chè, se il diritto del convenuto fosse fatto valere semplicemente come mezzo per annullare o diminuire il diritto fatto valere colla azione principale, si sarebbe in tema di eccezione e non già di riconvenzione (1).

176. Finchè l'azione fatta valere dal convenuto con la domanda riconvenzionale non ha alcuna connessione colla azione fatta valere dall'attore, le due azioni potranno, di comune consenso delle parti, essere trattate in uno stesso giudizio formale, ma allora si tratta di giudizii in realtà affatto distinti, che dalle norme relative ai giudizi distinti devono andar regolati (2). È solo quando havvi fra i due giudizi una connessione, che si può parlare di proroga legale della competenza pel giudizio su una delle azioni al giudice competente per l'altra azione.

Nel caso vi sia connessione fra l'azione principale e la azione riconvenzionale la legge dispone che la competenza per l'azione riconvenzionale sia prorogata al giudice competente per l'azione principale (3). Questa proroga è di natura speciale, diversa dalla proroga per connessione generica di causa, della quale si è parlato al capo I di questo titolo, dal momento che la legge in modo specifico si occupa dell'uno e dell'altro caso di connessione. Ond'è che l'essersi introdotto dapprima il giudizio sulla azione che può esser fatta valere come azione riconvenzionale, non fa ostacolo a che l'azione riconvenzionale possa essere fatta valere: in questo caso il giudizio incoato cessa, e sulla azione riconvenzionale pronuncia il magistrato adito per l'azione principale. Questa però è una semplice facoltà del convenuto; se egli non volesse usare della stessa, non proponendo la riconvenzionale, potrebbe nella lite incoata contro di lui far valere la connessione generica colla lite da lui incoata in precedenza, e chiedere che quella debba seguire la competenza di questa.

177. Perchè si faccia luogo alla competenza speciale per la domanda riconvenzionale non basta una qualunque connessione fra le due azioni, ma a termini dell'art. 100, n.° 3, del codice di procedura civile è necessario che l'azione in riconvenzione dipenda dal titolo dedotto in giudizio dall'attore o dal titolo che già appartiene alla causa principale come mezzo di eccezione (4), valga o no la domanda stessa di difesa contro la domanda principale (5). Sicchè per la competenza per la riconvenzione la legge esige molto di più di quanto esige per la competenza per la compensazione (6); per questa la competenza è prorogata qualunque sia il titolo del credito che viene opposto in compensazione, per quella si esige che la domanda trovi il suo fondamento nel titolo dedotto in giudizio dall'attore o dal titolo che già appartiene alla causa principale con mezzo di eccezione. Ma, quando vi è l'eccezione, non si guarda se la domanda riconvenzionale dipenda da uno o da più titoli. Ond'è che, se il convenuto chiede che il credito dedotto dall'attore sia dichiarato estinto per compensazione in seguito alla esistenza a suo favore di più crediti dipendenti da titoli distinti, sia pure che ciascuno di questi crediti presi separatamente superi il credito dedotto dall'attore, ed in via riconvenzionale chieda condanna dell'attore al pagamento del residuo importare dei crediti stessi, havvi la competenza per la domanda riconvenzionale del giudice adito per la domanda principale (7).

Dal momento che alla proroga della competenza per la domanda riconvenzionale si fa luogo solo allora che la domanda stessa dipenda dal titolo che pur appartiene alla causa principale come mezzo di eccezione; non basta, perchè si faccia luogo alla proroga, che il titolo possa dare diritto ad opporre una eccezione, è d'uopo anche che l'eccezione sia opposta e che successivamente di quel titolo si faccia uso per ottenere l'affermazione di quei diritti che a favore del convenuto residuano.

Una volta che l'azione di riconvenzione è fatta valere e dipende dal titolo dedotto in giudizio dall'attore, o dal titolo che pur appartiene alla causa principale come mezzo di eccezione, il giudizio sulla azione principale e quello sulla azione riconvenzionale divengono inscindibili (8); sulle due azioni si deve pronunciare nello stesso giudizio.

178. Fino a che l'Autorità giudiziaria adita per l'azione principale è per materia e valore competente anche per l'azione in riconvenzione, non vi sono difficoltà; l'Autorità stessa pronuncia sulle due azioni (9). Ma, quando una delle due azioni è di competenza di una Autorità giudiziaria, e l'altra di competenza di una Autorità diversa, è d'uopo determinare se la proroga della competenza possa avvenire da una ad altra Autorità.

---

(1) Vedi Cass. Roma, 28 gennaio 1879, *Petracci* c. *Quadroni* (*Giur. It.*, 1879, 1, 1, 202).

(2) Cass. Napoli, 18 novembre 1875, *Fermirano* c. *Calzarini* (*Foro It.*, 1876, I, 124); Cass. Torino, 28 ottobre 1884, *Delorenzi* c. *Delorenzi* (*Giur.*, Torino, 1884, 784); Pretore Morano Calabro, 5 ottobre 1893, *Rizzo* c. *Rizzo* (*Monit. Pretori*, 1894, 48).

(3) Art. 100, n. 3, cod. proc. civ.

(4) Cass. Firenze, 16 gennaio 1874, *Soldani* c. *Soldani* (*Ann.*, 1874, 1, 300); Cass. Torino, 8 maggio 1880, *Chiavero* c. *Battaglia* (*Giur.*, Torino, 1880, 429); Cass. Firenze, 30 aprile 1879, *Del Carlo* c. *De Valle* (*Temi Ven.*, 1879, 261); Cass. Torino, 3 luglio 1883, *Marelli* c. *Cais* (*Giur.*, Torino 1883, 946); Cass. Roma, 20 gennaio 1883, *Tanlongo* c. *Mancini* (*Legge*, 1883, 1, 325); App. Casale, 6 marzo 1888, *Obliti* c. *Bocca* (*Giur. Cas.*, 1888, 97); Cass. Roma, 18 settembre 1890, *Petrilli* c. *Petrilli* (*Legge*, 1890, 2, 757); Cass. Palermo, 1 giugno 1895, *Tripodo* c. *Galletti* e 27 giugno 1895, *Bonanno* c. *Pistorino* (*Foro Sic.*, 1895, 254 e 285); Cass. Firenze, 27 novembre 1890, *Canajeri* c. *Canajeri* (*Temi Ven.*, 1891, 81).

(5) App. Torino, 20 gennaio 1873, *P.* c. *M.* (*Giur.*, Torino, 1873, 359).

(6) Trib. Bari, 30 dicembre 1892, *De Caro* c. *Maracchini* (*Pisanelli*, 1893, 365).

(7) Vedi Cass. Napoli, 8 aprile 1885, *Rolumno* c. *Cicussi* (*Gazz. Proc.*, XX, 246).

(8) Trib. Napoli, 9 agosto 1867, *Della Ragione* c. *De Felice* (*Gazz. Proc.*, II, 229).

(9) Trib. Campobasso, 16 maggio 1870, *Sforgia* c. *Beccaria* (*Gazz. G.*, 1870, 601); Cass. Firenze, 29 dicembre 1884, *Cecconi* c. *Guidi* (*Temi Ven.*, 1885, 118); Cass. Palermo, 23 febbraio 1895, *Ruggeri* c. *Palanè* (*Circ. Giur.*, 1895, 186).

Quando l'azione in riconvenzione, astrattamente guardata, sarebbe di competenza dell'Autorità inferiore, e l'azione principale dell'Autorità superiore, questa ultima pronuncia e sulla azione principale e sulla azione in riconvenzione (1). Ma, quando l'Autorità inferiore competente per l'azione principale è incompetente per materia o valore per la riconvenzione, in allora non può ammettersi che l'Autorità stessa possa pronunciare sulla azione in riconvenzione, nel tempo stesso che il principio della inscindibilità del giudizio sulle due azioni non permette che sia autorizzato il magistrato inferiore a ritenere la causa principale e rinviare all'Autorità competente per la riconvenzione; l'Autorità inferiore è incompetente sia per l'azione principale che per quella in riconvenzione (2), senza badare se la competenza del pretore sulla azione principale sia competenza per materia o per valore (3). Ed è ciò che è disposto dal capoverso dell'art. 101: quando l'azione in riconvenzione eccede per materia o valore i limiti della competenza del conciliatore o del pretore, questi magistrati devono rinviare le parti davanti l'Autorità giudiziaria competente per l'azione principale e per quella in riconvenzione, quando, ben s'intende, la domanda riconvenzionale abbia i requisiti necessari perchè la proroga della competenza possa avvenire (4). Non è necessario, perchè ciò si verifichi, che il convenuto dimostri che la domanda riconvenzionale ha un qualche fondamento (5); la legge non fa restrizioni, e però restrizioni non possono esser fatte dall'interprete (6). Il conciliatore ed il pretore non sono sempre autorizzati a ritenere la domanda principale ed a rinviare quella riconvenzionale; loro obbligo è quello di rinviare e l'una e l'altra al giudice superiore (7). Pronunciato dal magistrato inferiore il rinvio, il giudizio sulle due domande dinanzi al giudice superiore diventa inscindibile (8); il giudice superiore mantiene la competenza per l'azione principale anche se respinge la domanda riconvenzionale (9).

Pel computo del valore della domanda riconvenzionale si applicano i principii generali relativi al computo del valore (10), e però il valore della azione in riconvenzione non va, per la determinazione della competenza, cumulato col valore della azione principale (11) se sia più o meno intima la connessione dei diritti dell'attore coi diritti del convenuto (12), dal momento che trattasi di azioni appartenenti a persone diverse. Nel caso che più sieno le domande riconvenzionali, si guarda se dipendono dallo stesso titolo o da titoli distinti: se dipendono da titoli distinti, ogni titolo deve essere valutato separatamente; se dipendono dallo stesso titolo, si deve far luogo al cumulo del valore.

Da che nel caso di domanda riconvenzionale di competenza del giudice superiore il giudice inferiore adito per l'azione principale deve rinviare l'intiera causa al giudice superiore, ne viene che, se, adito incompetentemente per materia o valore il giudice superiore sulla domanda principale, viene proposta una domanda riconvenzionale di competenza del giudice stesso, questi non si deve dichiarare incompetente perchè fu incompetentemente adito per l'azione principale, ma deve ritenere la intiera causa e deciderla (13); la dichiarazione di incompetenza moltiplicherebbe inutilmente i giudizî, dal momento che il giudice inferiore, avanti al quale la domanda principale venisse riproposta, una volta che viene fatta valere avanti a lui la domanda riconvenzionale, dovrebbe sempre ordinare il rinvio al giudice superiore.

179. Il convenuto può far valere contro l'attore un credito per maggior somma del credito fatto valere dall'attore e per somma maggiore di quella entro la quale il giudice adito per l'azione principale può pronunciare, può chiedere che fino alla concorrenza di due crediti sia dichiarata la estinzione degli stessi, e sia condannato l'attore al pagamento del dipiù. In questo caso si ha la concorrenza della riconvenzione colla compensazione.

Se il credito fatto valere dal convenuto è contestato, non vi sono difficoltà: si applichino i principii relativi alla compensazione o quelli relativi alla riconvenzione, havvi l'incom-

(1) Confr. art. 100, n. 3, 101 cod. proc. civ.
V. App. Venezia, 1 settembre 1874, *Assicurazioni* c. *Rosati* (*Monit. Giudiz.*, Venezia, 1874, 713); App. Torino, 7 luglio 1874, *Spinardi* c. *Momigliano* (*Ann.*, 1874, 2, 571); App. Genova, 11 aprile 1876, *Pieri-Nerli* c. *Talleponi* (*Giur. It.*, 1876, 2, 801); App. Milano, 8 novembre 1879, *Pandini* c. *Fabbr. di S. Angelo Lodigiano* (*Legge*, 1880, 138); App. Casale, 6 marzo 1888, *Obliti* c. *Bocca* (*Giur. Cas.*, 1888, 97); App. Brescia, 9 maggio 1888, *Aliprandi* c. *Zani* (*Mon. Trib.*, 1888, 457); Cass. Napoli, 16 maggio 1894, *Mannurone* c. *Conservatorio di San Gennaro* (*Gazz. Proc.*, XXVI, 263); Appello Napoli, 29 luglio 1895, *Majone* c. *Cozzolino* (*Movim. Giur.*, 1895, 361). Vedi anche Appello Firenze, 11 gennaio 1883, *Sonnermann* c. *Torrigiani* (*Annali*, 1883, 23).

(2) App. Messina, 16 aprile 1866, *Crisafulli* c. *Guccione* (*Giur. It.*, 1866, 2, 156); 25 gennaio 1870, *Grilli* c. *Amato* (*Temi Zanc.* 1870, 124); Cass. Torino, 16 giugno 1875, *Grano* c. *Bocca* (*Giorn. Trib.*, 1875, 797); App. Napoli, 13 luglio 1868, *Doria* c. *Bonghi* (*Gazz. Proc.*, III, 293); Cass. Torino, 7 agosto 1875, *Aprosio* c. *Viale* (*Giur.*, Torino, 1875, 90); Cass. Firenze, 11 dicembre 1876, *Spedale di Modena* c. *Brunetti* (*Temi Ven.*, 1876, 13); Cass. Napoli, 24 novembre 1872, *Gioja* c. *De Rosa* (*Gazz. Pret.*, 1882, 69); Cass. Firenze, 22 gennaio 1885, *Pirocca* c. *Bertani* (*Temi Ven.*, 1885, 83); Cass. Torino, 24 febbraio 1888, *Saccomano* c. *Bolla* (*Giur.*, Torino, 1888, 444); Cass. Napoli, 24 ottobre 1891, *Pesco* c. *Oliva* (*Dir. e Giur.*, VII, 332); Cass. Torino, 11 aprile 1892, *Quirici* c. *Mangiantì* (*Giur.*, Torino, 1892, 359).

(3) Cass. Roma, 20 gennaio 1883, *Tanlongo* c. *Mancini* (*Legge*, 1883, 1, 325).
Cont. Cass. Torino, 11 ottobre 1887, *Morra* c. *De Viry* (*Giur.*, Torino, 1887, 742).

(4) Cass. Firenze, 4 agosto 1874, *Salvetti* c. *Biagini* (*Giur. It.*, 1874, 1, 1, 906).

(5) Cass. Torino, 4 marzo 1881, *Roggiani* c. *Piroja* (*Giur.*, Torino, 1881, 377). — Cont. App. Casale, 29 novembre 1869, *Mezzana* c. *Glizii* (*Giur. It*, 1869, 2, 840).

(6) Confr. Cass. Firenze, 31 maggio 1878, *Colo* c. *Pierotti* (*Ann.*, 1878, 1, 322).

(7) Cass. Firenze, 22 giugno 1882, *Azzalin* c. *Venturoli* (*Temi Ven.*, 1882, 365). — Cont. Cass. Firenze, 16 gennaio 1874, *Soldani* c. *Soldani* (*Ann.*, 1874, 303); Cass. Napoli, 11 novembre 1875, *Formirani* c. *Calaccini* (*Foro It.*, 1876, 1, 124).

(8) Cont. Cass. Napoli, 16 novembre 1881, *Fortucci* c. *Bianchi* (*Gazz. Proc.*, XVI, 581).

(9) App. Torino, 12 aprile 1875, *Brudelli* c. *Sucazza* (*Giur.*, Torino, 1875, 320).

(10) Cass. Firenze, 4 aprile 1892, *Felletig* c. *Qualizza* (*Foro It.*, 1892, I, 904).

(11) Art. 101, 1ª parte, cod. proc. civ.

(12) Cont. Cass. Palermo, 10 aprile 1866, *Salvo* c. *Manetta* (*Gazz. Sic.*, 1866, I, 3).

(13) Cass. Roma, 12 marzo 1880, *Bolognesi* c. *Sampieri* (*Ann.* 1880, 24). — Cont. Pret. Cassino, 14 marzo 1867, *A.* c. *B.* (*Giur.*, Torino, 1867, 256).

petenza del giudice adito per l'azione principale. Solchè, in questo caso, anche se l'azione principale sia fondata su atto pubblico o giudiziale, scrittura riconosciuta o confessione giudiziale, il conciliatore ed il pretore non possono usare della facoltà di decidere la causa principale e rimettere le parti avanti l'Autorità giudiziaria competente sul credito fatto valere dal convenuto; essendovi la domanda riconvenzionale, la continenza della causa non può essere scissa (1). Ma, se il credito del convenuto non è contestato, in allora fino alla concorrenza dell'importare del credito preteso dall'attore si tratta di compensazione, che dalle norme relative alla compensazione deve essere regolata; la riconvenzione non vi è che per il dipiù (2). Ond'è che, per determinare se il conciliatore ed il pretore siano competenti, non si deve guardare all'importare totale del credito fatto valere dal convenuto, ma alla differenza fra i due crediti, ed il conciliatore ed il pretore sono incompetenti solo quando questa differenza sia superiore alla somma entro la quale essi sono competenti a giudicare (3).

Capo VII. — Spese giudiziali — Onorari a procuratori e periti — Diritti ai cancellieri ed uscieri — Salarii o mercedi ai tipografi e simili.

180. Per quali motivi esiste questa competenza; se esista anche per gli onorari di avvocato. — 181. Competenza speciale pei giudizi di merito. — 182. Pei giudizi di cassazione. — 183. Ragione della competenza; sua indole, ed eccezioni alla stessa. — 184. Varie questioni che possono sorgere su queste azioni; quando havvi questione di tassazione, havvi sempre la competenza speciale.

180. L'art. 103 del codice di procedura stabilisce una competenza speciale relativamente alle azioni per pagamento di spese giudiziali, di onorari a procuratori e periti (4), di diritti ai cancellieri ed agli uscieri, di salari o mercedi ai tipografi e simili; sia o no definita la causa alla quale i crediti per tali titoli si riferiscono (5). L'enumerazione contenuta nell'art. 103 della procedura indubbiamente non è tassativa; che non sia tale è dimostrato dalle parole *e simili* che si leggono in detta disposizione, parole colle quali si ammette la estensione della competenza speciale a tutti i casi che, con quelli enumerati dalla legge, presentano dei punti di somiglianza. E però quella disposizione sarà applicabile ai testimoni, ai notai, ecc.

Simili agli onorari dovuti ai procuratori sono gli onorari dovuti agli avvocati, sicchè, stando al letterale disposto dell'art. 103, sarebbe d'uopo concludere che anche per gli onorari degli avvocati havvi la competenza speciale, ed in questo senso vi sono numerose decisioni (6). Senonchè i lavori preparatori del codice di procedura civile escludono che la legge possa essere letteralmente interpretata. Il codice di procedura civile sardo del 1859, all'art. 27, comprendeva fra le azioni soggette alla competenza speciale quelle promosse dagli avvocati per il pagamento degli onorari. Il progetto del codice di procedura presentato dal Pisanelli, allo art. 104, riproduceva le disposizioni del codice sardo, e la maggioranza della Commissione di coordinamento aveva in questa parte approvate le disposizioni del progetto, « considerando di eguale natura le azioni per onorari agli avvocati e le altre, di cui è menzione nel detto articolo; sicchè valesse anche per quelle la ragione che l'Autorità giudiziaria, innanzi la quale fu promossa la causa, fosse quella che meglio potesse apprezzare così il lavoro degli avvocati, come il lavoro dei periti e degli ufficiali ministeriali » (7). Ma il Governo del re, nel fissare il testo definitivo del codice, corresse quanto dalla Commissione di coordinamento era stato fatto, escludendo le azioni per gli onorari degli avvocati dal novero di quelle menzionate nell'art. 103, perchè, come scriveva il guardasigilli Vacca nella sua Relazione sul codice, « accade ordinariamente che, nel mentre i procuratori, i periti e gli ufficiali ministeriali assistono e difendono la parte in un solo grado della causa, gli avvocati invece la assistono per tutto il corso della medesima, onde se (questi) dovessero agire colle norme del progetto, sarebbero costretti a promuovere tante cause davanti a magistrature differenti, quanti gradi ebbe a percorrere la causa nella quale prestarono il loro ufficio » (8). Da questi precedenti legislativi si dedusse che le azioni degli avvocati per il pagamento dei loro onorari fossero di competenza ordinaria (9).

Ciò però non è esatto. Sia pure, come non può seriamente disconoscersi, che l'art. 103 escluda dalla competenza speciale, dall'articolo stesso stabilita, le azioni degli avvocati per il pagamento dei loro onorari, l'ultimo capoverso dell'art. 379 della procedura civile autorizza gli avvocati, per il pagamento degli onorari a loro dovuti, a valersi di un procedimento per il quale il giudizio, sulla azione che loro compete, è portato, in definitivo, a quella stessa competenza speciale stabilita dall'art. 103. D'altra parte, la Relazione ministeriale dimostra che la esenzione dalla competenza speciale è stata stabilita per favore agli avvocati, e che però, trattandosi di favore a loro concesso, essi possono anche non trarne profitto. Da ciò è dato affermare che gli avvocati hanno la facoltà di adire la competenza speciale o la com-

(1) Contr. App. Napoli, 11 marzo 1867, *Chierando* c. *Palucci* (*Ann.*, 1867, 2, 560).

(2) Vedi Cass. Napoli, 4 ottobre 1880, *Pellicano* c. *Vollaro* (*Gazz. Proc.*, xv, 447).

(3) Vedi Cass. Napoli, 24 agosto 1869, *De Michele* c. *De Michele* (*Gazz. Trib.*, 1889, 258); Cass. Napoli, 2 dicembre 1876, *Campolisi* c. *Gargiulo* (*Legge*, 1876, 636); Cass. Torino, 13 aprile 1883, *Bettelli* c. *Cavalletti* (*Giur.*, Torino, 1883, 608); 12 dicembre 1883, *Pellegrino* c. *Demora* (*Giur.*, Torino, 1884, 3).

(4) Vedi App. Torino, 27 febbraio 1892, *Penzo* c. *Galliano* (*Giur.*, Torino, 1892, 429).

(5) Mattirolo, I, 943.

(6) App. Napoli, 4 dicembre 1867, *Jacovetti* c. *Nardelli* (*Gazz. Proc.*, III, 124; App. Catanzaro, 9 gennaio 1867, *Mancini* c. *Adamo* (*Giurista*, 1867, 185); App. Trani, 24 febbraio 1877, *Scura* c. *Regna* (*Filangeri*, 1877, 132); Cass. Napoli, 12 dicembre 1877, *Surdo* c. *Sorcina* (*Gazz. Proc.*, XIII, 17); App. Roma, 3 luglio 1877 *Petroni* c. *Primanti* (*Giur. It.*, 1877, 2, 807); Cass. Napoli, 6 marzo 1882, *Loforte* c. *Cuccola* (*Gazz. Proc.*, XVII, 378); App. Roma, 21 dicembre 1880, *Auletta* c. *Benedetti* (*Temi Rom.*, 1866, 735); Cass. Torino, 9 febbraio 1888, *Barbieri* c. *Buzzone*; 18 luglio 1888, *Pisoni* c. *Guani* (*Giur.*, Torino, 1888, 381, 515).

(7) Verbale n. 22, seduta del 18 maggio 1865.

(8) Relazione Vacca, p. 11.

(9) Cuzzeri e Gargiulo, sull'art. 103, Mattirolo, I, 947; App. Napoli, 16 marzo 1867, *Delli Franzi* c. *Meneghini* (*Gazz. Proc.*, 1867 124); Cass. Napoli, 16 novembre 1875, *Mazzinelli* c. *Scalfari* (*Gazz. Proc.*, VIII, 327); App. Trani, 11 luglio 1877, *Vita* c. *Con* (*Riv. di Giur.*, Trani, 1877, 929); Trib. Napoli, 14 dicembre 1877 *Perez* c. *Navarata* (*Gazz. Proc.*, XIII, 501); App. Torino, 5 febbraio 1886, *Poet e altri* c. *Lobetti* (*Giur.*, Torino, 1886, 218).

petenza ordinaria, a seconda che lo credano del loro interesse (1).

Nella enumerazione dei casi per i quali ha luogo la competenza speciale dell'art. 103 della procedura, non si trova fatto cenno dei crediti dello Stato per ciò che a questo fosse dovuto per tasse giudiziarie. La ragione di ciò è evidente: la legge, per ciò che concerne le tasse, fra le quali, si è veduto al n. 80, sono da considerarsi anche le tasse giudiziarie, ha stabilito una competenza speciale diversa da quella dall'articolo 103 stabilita; non poteva dunque la legge enumerare tali azioni insieme a quelle nell'art. 103 enumerate. A parte ciò, siccome, e si vedrà in seguito, la competenza dall'articolo 103 è stabilita per la tassazione di ciò che è dovuto, quando si tratta di crediti dello Stato per tasse giudiziarie di tassazione di quanto allo Stato è dovuto non è il caso di discorrere. Ond'è che per i crediti dello Stato per detti titoli l'articolo 103 della procedura non può ricevere applicazione (2).

Non basta però che vi sia un'azione di spese giudiziarie, di onorari, diritti, salari o mercedi alle persone menzionate nell'art. 103, perchè vi sia la competenza speciale da quell'articolo stabilita; è necessario anche che le spese, onorari, diritti, mercedi e salari, oggetto dell'azione, sieno relativi ad una lite, dal momento che la competenza dall'art. 103 stabilita, per espresso disposto dell'articolo stesso, è determinata in relazione alla causa che diede luogo alla detta azione: quando non vi è lite, non si può parlare di competenza speciale (3). E siccome lite non è l'affare trattato in sede di volontaria giurisdizione, così per gli affari di volontaria giurisdizione l'art. 103 non potrà ricevere applicazione (4).

181. Per le azioni delle quali si discorre è stabilita una competenza speciale diversa, a seconda che si tratta di causa promossa avanti i giudici di merito, o di causa promossa avanti la Corte di cassazione.

Per le cause promosse avanti i magistrati di merito, l'articolo 103 stabilisce la competenza speciale dell'Autorità giudiziaria davanti cui fu promossa la causa che diede occasione alle azioni delle quali si sta discorrendo (5). Non importa che si tratti di magistrato di merito esercitante la giurisdizione ordinaria o di magistrato di merito esercitante una giurisdizione speciale (6), di causa vertita avanti Autorità giudiziarie o di causa vertita avanti Autorità amministrative esercitanti funzioni giudiziarie, che si tratti di causa civile o di causa penale (7). E nemmeno importa che il valore della azione sia infra od oltre la competenza del magistrato adito, il quale sia o no territorialmente competente; alla competenza speciale si fa sempre luogo. Dal momento che la competenza è della Autorità giudiziaria davanti cui fu promossa la causa, se il magistrato di appello pronuncia su una questione incidentale, la competenza speciale a pronunciare sulle azioni delle quali si discorre è del magistrato di appello per gli atti davanti a lui compiuti, e del magistrato di prima istanza per gli atti che davanti a lui ebbero luogo (8).

Per ciò che concerne le spese giudiziali, quando siano richieste nello stesso giudizio al quale le spese stesse si riferiscono, la giurisdizione della Autorità giudiziaria adita può essere delegata ad uno dei membri della Autorità stessa (9); non già per quanto concerne l'attribuzione delle spese all'una od all'altra delle parti (10), ma per quanto concerne la loro tassazione; salvo al collegio di pronunciare sulla opposizione alla tassazione che dal magistrato delegato fu fatta (11) dopochè la giurisdizione del delegato stesso è esaurita (12). Questa è la sola delega della giurisdizione che può avvenire per la materia della quale ci si sta occupando; ond'è che non può essere dal magistrato di appello delegata la giurisdizione a pronunciare sulle spese ed a tassarle al magistrato di primo grado al quale la causa fosse rinviata (13).

182. Per quanto concerne i giudizi di Cassazione, è d'uopo distinguere l'azione per le spese giudiziali dei giudizi avanti la Corte di cassazione promossi, dalle azioni per gli altri crediti pei quali è stabilita dall'art. 103 la competenza speciale. Per quanto concerne questi ultimi, non trovandosi nella legge disposta alcuna deroga al principio generale stabilito nella prima parte dell'art. 103, la competenza è esclusiva nella Corte di cassazione avanti la quale la causa che diede occasione all'azione fu promossa. Per il capoverso dell'art. 103 per le cause di cassazione si osserva il disposto dell'art. 571 della procedura; e per questa disposizione, relativamente alle azioni delle quali si discorre, non è stabilita una deroga a ciò che dalla prima parte dell'art. 103 è disposto, che per le spese giudiziali.

La Corte di cassazione che pronuncia sul ricorso fa la tassazione delle spese giudiziali dovute dal soccombente (14). Se la tassazione non è fatta dalla Corte, se il giudizio di cassazione termina col rigetto del ricorso, competente a tassare le spese è il magistrato che pronunciò la sentenza contro la

(1) App. Napoli, 29 maggio 1868, *Rossi* c. *Direz. del Lotto* (*Ann.*, 1868, 2217).

(2) Cont. App. Venezia, 30 dicembre 1882, *De Barba* c. *Finanze* (*Temi Ven.*, 1883, 81).

(3) Vedi Trib. Firenze, 7 marzo 1871, *Landini* c. *Navasquez* (*Giur.*, Torino, 1871, 203).

(4) Cont. Mattirolo, I, 943; App. Torino, 28 aprile 1880, *Giudice* c. *Magliani* (*Giur.*, Torino, 1880, 421).

(5) Cass. Firenze, 15 novembre 1875, *Cecchi* c. *Banca Nazionale* (*Ann.*, 1875, I, 502); App. Catanzaro, 31 dicembre 1866, *Mancini* c. *Odoardo* (*Giurista*, 1867, 84); App. Torino, 30 aprile 1867, *Pelisseri* c. *Stabbia* (*Ann.*, 1867, 2, 78).

(6) Corte dei Conti, 9 dicembre 1869, *Bosolo* c. *Malambri* (*Legge*, 1870, 1, 199).

(7) App. Napoli, 4 dicembre 1867, *Jacovelli* c. *Nardelli* (*Gazz. Proc.*, III, 124); App. Torino, 2 luglio 1870, *Perla* c. *Faccio* (*Giur.*, Torino, 1870, 557); App. Venezia, 3 settembre 1874, *Trevisanato* c. *Bassano* (*Giorn.*, 1874, 1043); App. Casale, 7 marzo 1894, *Pettazzi* c. *Carlovaris* (*Giur. Cas.*, 1894, 142).

(8) App. Torino, 26 maggio 1868, *Noveggia* c. *Crudo* (*Giur.*, Torino, 1868, 450); App. Brescia, 30 dicembre 1867, *Ronon* c. *Caramatta* (*Giur. It.*, 1867, 2, 823); App. Napoli, 18 giugno 1873, *Cibulo* c. *Cappuccio* (*Gazz. Proc.*, VIII, 597); 22 gennaio 1869, *Murturri* c. *Siciliani* (*Gazz. G.*, 1869, 437); App. Torino, 5 febbraio 1886, *Poet* e altri c. *Lobetti* (*Giur.*, Torino 1886, 294).

Cont. App. Venezia, 20 febbraio 1893, *Renier* c. *Dal Pozzo* (*Temi Ven.*, 1893, 201); App. Genova, 25 giugno 1895, *Cantino* c *Sartorio* (*Giur. It.*, 1895, 2, 280).

(9) Art. 375 cod. proc. civ.

(10) Cass. Roma, 7 febbraio 1880, *Centola* c. *Moretti* (*Ann.*, 1880, 1, 214).

(11) Confr. art. 377 cod. prov. civ.

(12) App. Napoli, 6 dic. 1872, *Cavallaro* c. *Finanze* (*Gazz. Proc.*, VIII, 213.

(13) Cass. Torino, 2 aprile 1895, *Rogerini* c. *Columbetti* (*Giur.*, Torino, 1895, 514. — Cont. Cass. Torino, 31 marzo 1883 *Pizzorno* c. *Salvi* (*Giur.*, Torino, 1883, 581).

(14) Cass. Napoli, 12 dicembre 1877, *Surdo* c. *Sorcina* (*Gazz. Proc.*, XIII, 17).

quale il ricorso è stato prodotto (1): tal competenza vi è anche nel caso in cui il giudizio di cassazione sia terminato colla rinuncia al ricorso (2). Se il giudizio è terminato coll'accoglimento del ricorso, competente per la tassazione è il magistrato al quale la causa è stata rinviata (3), e se la cassazione ebbe luogo senza rinvio, l'Autorità giudiziaria che pronunciò la sentenza cassata (4). Se infine il ricorso fu accolto in parte ed in parte rigettato, al magistrato che pronunciò la sentenza denunciata spetta la tassazione delle spese relative alla parte della sentenza stessa il ricorso contro la quale fu rigettato, al magistrato di rinvio su quelle relativa alla parte cassata.

Se la Corte di cassazione tassò solo in parte le spese, al magistrato che pronunciò la sentenza denunciata ed al magistrato di rinvio, secondo la distinzione or ora fatta, spetta la piena giurisdizione per la tassazione di quella parte di spese che dalla Corte di cassazione non furono tassate, ma per quelle che la Corte di cassazione tassò, il magistrato di merito non può tornare sul giudizio dalla Corte stessa proferito (5).

183. La ragione della competenza speciale della quale si discorre, sta nella considerazione che l'Autorità giudiziaria, avanti la quale fu promossa la causa che diede origine alle azioni per le quali la competenza speciale è stabilita, è meglio di ogni altra in grado di apprezzare l'opera delle persone alle quali compete il diritto di esercitare le azioni di cui è parola. Non è dunque una competenza per la dichiarazione del diritto all'esercizio delle azioni, è una competenza per la tassazione di quanto è dovuto. Al numero seguente saranno esposte le conseguenze di questo principio; a questo luogo basta fermare il principio stesso.

La competenza della quale si discorre è una competenza per connessione di causa; l'art. 103 la dichiara tale ponendola nella categoria delle competenze per connessione o continenza di causa. Se tale è, non può essere classificata fra le competenze per materia, quantunque sia stabilita per ragione di cosa e non per ragione di persona; di qui la conseguenza che la competenza stessa è prorogabile (6), e la azione, invece di essere esperita al fôro speciale, può essere esperita al fôro ordinario (7), salvo alla controparte sollevare la eccezione di incompetenza. Se proposta al fôro ordinario invece che al fôro speciale, il convenuto può citare avanti al giudice stesso il suo garante (8).

Dal momento che la competenza è stabilita per ragione di cosa e non per ragione di persona, la competenza speciale esiste anche se il creditore abbia cessato dal suo ufficio (9); esiste anche per gli eredi ed aventi causa dell'originario creditore (10).

Alla competenza speciale della quale si discorre è fatta eccezione per gli onorari dovuti ai delegati erariali per le cause dello Stato e del Fondo per il culto; chè, per l'art. 14 del regolamento 16 gennaio 1876 ed il § 14 delle relative istruzioni 31 stesso mese, spetta esclusivamente all'avvocato generale erariale la liquidazione con effetto definitivo dei compensi dovuti ai delegati erariali (11). Nè è il caso di opporre che si tratti di disposizioni regolamentari che non possono alterare il disposto della legge, perchè la competenza dello avvocato erariale è una competenza contrattuale dal momento che il delegato erariale, che conosce l'art. 14 del citato regolamento ed il § 14 delle citate istruzioni, accetta di patrocinare gli interessi dello Stato e del Fondo per il culto alle condizioni da quelle disposizioni stabilite; è indicato, nel contratto che interviene fra Stato e Fondo per il culto, l'avvocato generale erariale come arbitro per le definizioni delle controversie che possono sorgere relativamente alla tassazione; è una vera e propria clausola compromissoria che fra le parti è stipulata, e come clausola compromissoria deve sortire i sui effetti.

184. Le azioni, che possono sorgere per le spese, onorari, diritti, salari e mercedi dei quali fa parola l'art. 103 della procedura, sono di due ordini: azioni indipendenti dalla tassazione di quanto è dovuto, azioni dirette a far tassare quanto deve essere corrisposto al creditore. Se, come si è veduto nel numero precedente, la ragione della competenza speciale si è che l'Autorità davanti cui la causa fu promossa, è quella che, meglio di ogni altra, può determinare quanto è dovuto, la competenza speciale non vi può essere che per le azioni dirette alla tassazione, non per le azioni indipendenti dalla tassazione stessa. Se però si contende e sul diritto e sulla tassazione, la competenza è quella stabilita dall'art. 103; qualunque Autorità è nelle stesse condizioni per l'affermazione del diritto, e però l'Autorità competente a tassare il dovuto è, come qualunque altra, in grado di esaminare e decidere se il diritto compete; ma non qualunque Autorità è in eguale condizione per determinare quanto dovuto e però l'Autorità competente a decidere sulla esistenza del diritto non è per ciò solo in grado di determinare il quanto in forza del diritto esistente deve essere pagato (12).

È solo quando havvi questione di tassazione, sussista o no

(1) Art. 571, cod. proc. civ. — V. App. Napoli, 29 maggio 1868, *Rossi* c. *Dir. del Lotto* (*Ann.*, 1868, 2, 217); Cass. Roma, 1 marzo 1880, *Finanze* c. *Gatagliotti* (*Giur. It.*, 1880, I, 1, 975); Cass. Napoli, 28 marzo 1893, *Spera* c. *Bartolo* (*Gazz. Proc.*, XXV, 534).

(2) Art. stesso. — Cass. Roma, dec. ultima citata.

(3) Confr. art. 571, 1° capov., cod. proc. civ.; — Cass. Napoli, 10 maggio 1877, *Comune di Canano* c. *Comune di Gorano* (*Foro It.*, 1877, 1, 785).

(4) Art. 571, 2° capov., cod. proc. civ. — Cass. Napoli, 4 maggio 1893, *Min. Guerra* c. *Ernander* (*Giur. It.*, 1893, I, 1, 791).

(5) Cass. Roma, 16 maggio 1877, *Pericoli* c. *Giunta liquid.* (*Foro It.*, 1877, 1, 644).

(6) Cont. Mattirolo, I, 945; App. Torino, 24 agosto 1870, *Perotti* c. *Leoi* (*Giur. It.*, 1870, 2, 607); App. Napoli, 19 maggio 1875, *Congr. di Rivisandoli* c. *Comune di Rionero* (*Legge*, 1875, 1, 822).

(7) App. Brescia, 30 dicembre 1867, *Rosconi* c. *Caramatti* (*Giur. It.*, 1867, 2, 823).

(8) Trib. Napoli, 15 novembre 1876, *Scognamiglio* c. *Giura* (*Filangeri*, 1876, 1116.

(9) Mattirolo, I, 945.

(10) App. Casale 23 gennaio 1867, *Vescovo* c. *Perazzi* (*Giur.*, Torino, 1867, 157); App. Torino, 30 aprile 1867, *Pelizzari* c. *Stobbia* (*Ann.*, 1867, 2, 781), 14 dicembre 1872, *Ellena* c. *Manfredi* (*Giur. It.*, 1872, 2, 859).

(11) App. Napoli, 11 maggio 1891, *Delfino* c. *Fondo Culto* (*Bollettino, di Giurispr.*, Firenze, 1891, 158).

(12) Vedi App. Torino, 11 gennaio 1875, *De Marchi* c. *De Bernardi* (*Ann.*, 1875, 2, 2119); 26 luglio 1867, *Gugliari* c. *Cov* (*Ann.*, 1867, 79); App. Roma, 18 febbraio 1876, *Raggi* c. *Cerselli* (*Foro It.*, 1876, I, 362); Cass. Torino, 14 aprile 1882, *Arcostanzo* c. *Amosso* (*Giur.*, Torino, 1882, 424) 31 marzo 1883, *Pizzorno* c. *Calvi* (*Giur.*, Torino, 1883, 581); Cass. Palermo, 20 maggio 1887, *Cancell. Corte App. Palermo* c. *Rosso* (*Circ. Giur.*, 1887, 354); App. Torino, 5 settembre 1877, *Manfredi* c. *Dardanelli* (*Giur.*, Torino, 1,887, 651); Cass. Torino, 9 febbraio 1888

la questione di esistenza di diritto, che della competenza speciale è il caso di discorrere, senza guardare se l'Autorità giudiziaria viene investita della cognizione della causa mediante citazione colla quale si domanda il pagamento, o con citazione diretta ad ottenere la conferma di sequestro operato a garanzia del credito (1), con citazione per conferma di offerta reale (2), con opposizione a precetto (3) o ad atto ingiuntivo (4), con citazione colla quale si chiede la restituzione di indebito pagamento (5): l'art. 103 non fa distinzioni, e però è in ogni e qualsiasi caso applicabile. E quando siavi questione di tassazione è indifferente che si tratti di azione della parte vincitrice contro la parte soccombente (6), e contro la parte che ha rinunciato agli atti del giudizio (7); o di azione di colui che ha pagato quanto da altri è dovuto (8); o di azione di colui che deve il pagamento o che ha pagato contro colui che è tenuto a garantirlo del pagamento fatto (9); o di azione di chi ha prestato l'opera propria per una lite contro la persona a favore della quale l'opera fu prestata (10), o contro la persona che ha dato l'incarico della difesa (11), o contro la persona contro della quale l'opera fu prestata (12); e di azione del creditore contro il fidejussore del debitore (13).

Sezione III. — Giudizio sulla competenza.

Titolo I. — Generalità.

185. Giudizio sulla competenza in generale. — 186. Durante il giudizio rimangono inalterati i rapporti fra le parti relativamente al fondo del diritto. — 187. Carattere del giudizio sulla competenza; pregiudizialità del giudizio sulla competenza a qualunque altro giudizio. — 188. Fra quali persone deve aver luogo il giudizio. — 189. Competenza a pronunziare sulle questioni di competenza.

185. Nella sezione precedente si è veduto come la trattazione degli affari giudiziari è distribuita fra le varie magistrature di primo grado, e come la competenza di una o più magistrature a giudicare di una lite escluda che il giudizio sulla lite stessa possa essere portato ad un magistrato diverso. Si è veduto che alle volte la competenza può, ed alle volte non può essere prorogata dalle parti. A rendere effettivo il diritto di essere giudicato dai propri giudici naturali, a rendere effettivo l'obbligo del magistrato di non pronunciare se non in quelle liti nelle quali è competente, a rendere effettivo il divieto di prorogare la competenza nei casi nei quali la proroga è vietata, si tratti di causa principale o di causa incidentale (14), vale il giudizio sulla competenza della Autorità giudiziaria adita dall'attore.

Tale giudizio può essere provocato dalle parti interessate nella lite, ed in tal caso l'Autorità giudiziaria viene investita della cognizione della questione relativa alla sua competenza, mediante deduzione della eccezione di incompetenza (15). A far sorgere il giudizio in tal caso, non basta che le parti diano alla loro eccezione la forma di eccezione di incompetenza, come non osta a che vi sia tal giudizio sulla competenza il fatto che le parti alla loro eccezione abbiano dato una forma diversa dalla forma della eccezione di incompetenza; tutte le volte che, guardato il fondo delle deduzioni delle parti, è dato scorgere che tutto si riduce a negare all'Autorità adita il potere di giudicare nella lite nella quali si fa questione di un diritto civile o politico, è promosso il giudizio sulla competenza (16).

Può avvenire che il magistrato, nel silenzio delle parti, o per la forma irrituale colla quale l'eccezione di incompetenza è stata proposta, istituisca di ufficio il giudizio sulla sua competenza, nei casi nei quali tale facoltà è data al magistrato.

186. L'esistenza del giudizio sulla competenza non altera i rapporti esistenti fra le parti, più di quanto i rapporti stessi potrebbero rimanere alterati da una qualunque questione incidentale che fra le stesse sorgesse. Ond'è che, in pendenza del giudizio sulla competenza, possono essere sollevate tutte le questioni incidentali che potrebbero essere sollevate se la competenza dell'Autorità giudiziaria adita fosse posta

---

Barlieri c. *Bozzone* (*Giur.*. Torino 1888, 381); App. Torino, 15 febbraio 1889, *Cervetti* c. *Demichelis* (*Giur.*, Torino, 1889, 426); Cass. Roma, 21 maggio 1890, *Goretti* c. *Fedeli* (*Giur. Cat.*; 1890, 180); Cass. Napoli, 28 agosto 1895, *Colonna* c. *Chimirri* (*Dir. e Giur.*, XI, 192); Cass. Torino, 10 novembre 1892, *Romani* c. *Strinchini* (*Foro It.*, 1893, 1, 254).

(1) Cass. Firenze, 15 novembre 1875, *Cecchi* c. *Banca Naz.* (*Foro It.*, 1876, I, 54).

(2) App. Genova, 31 agosto 1866, *Lertora* c. *Graffagni* (*Giur.*, Torino, 1866, 448).

(3) App. Torino, 17 luglio 1871, *Gianoli* c. *Gallo* (*Giur.*, Torino, 1871, 624); Cass. Roma, 14 gennaio 1889, *Cancelliere del Trib. di Cosenza* (*Foro It.*, 1889, 1, 321); 14 gennaio 1889, *Finanze* c. *Magi* (*Legge*, 1869, 1, 689).

(4) App. Genova, 12 luglio 1869, *Chiara* c. *Sampietro* (*Gazz. Trib.*, Genova, 1869, 451); Cass. Napoli, 9 gennaio 1877, *Ronchi* c. *Saitta* (*Giur. It.*, 1877, 1, 1, 237); Cass. Roma, 16 maggio 1881, *Finanze* c. *Assi* (*Corte Suprema*, 1881, 440).

(5) App. Torino, 30 aprile 1867, *Pelisieri* c. *Stobbi* (*Gazz. Trib.*, Genova, 1867, 690).

(6) App. Napoli, 19 maggio 1875, *Congr. di Rinandoli* c. *Comune di Rionero* (*Gazz. Proc.*, 1875, 365); App. Napoli, 29 maggio 1868, *Rossi* c. *Direz. del Lotto* (*Ann.*, 1868, 2, 217); App. Trani, 11 luglio 1877, *Viti* c. *Conti* (*Riv. Giur.*, Trani, 1877, 929); Cass. Roma, 7 febbraio 1880, *Centola* c. *Moretti* (*Ann.*, 1880, 1, 214); App. Roma, 8 agosto 1878, *Capelli* c. *Rompini* (*Mon. Trib.*, 1878, 963); Cass. Napoli, 16 gennaio 1877, *Talamo* c. *Speziante* (*Gazz. Trib.*, Napoli, 1877, 459).

Cont. App. Torino, 29 ottobre 1873, *Ferraris* c. *Dupont* (*Giur.*, Torino, 1874, 584); Trib. Napoli, 15 novembre 1876, *Scognamiglio* c. *Giura* (*Filangeri*, 1876, 1116).

(7) Cass. Napoli, 24 giugno 1875, *Scutari* c. *Viageri* (*Ann.*, 1875, 1, 406).

(8) App. Genova, 31 maggio 1872, *Gropallo* c. *Nurano* (*Gazz. Trib.*, Genova, 1872, 734).

(9) App. Catania, 24 gennaio 1871, *Nicotra* c. *Majorana* (*Giur. Cat.*, 1871, 547); App. Torino, 22 giugno 1877, *Fubini* c. *Ferraro* (*Giur.*, Torino, 1877, 507); App. Trani, 19 febbraio 1878, *Traversa* c. *Casavola* (*Riv. di Giur.*, Trani, 1878, 234); Cass. Torino, 13 giugno 1883, *Perotta* c. *Perotta* (*Giur.*, Torino, 1883, 690)

(10) App. Napoli, 29 maggio 1868, *Rossi* c. *Dir. del Lotto* (*Ann.*, 1868, 2, 217

(11) App. Torino, 30 maggio 1890, *Mergary* c. *Calodi* (*Giur.*, Torino, 1890, 627).

(12) App. Napoli, 14 settembre 1870, *De Lucia* c. *De Nicola* (*Giur. It.*, 1870, 2, 641); App. Trani, 19 dicembre 1876, *Com. di Grumo* c. *Com. di Cassano* (*Riv. di Giur.*, Trani, 1877, 162); App. Torino, 5 febb. 1886, *Poet* c. *Lobetti* (*Giur.*, Torino, 1886, 248).

(13) App. Torino, 25 novembre 1871, *Stabbia* c. *Pezza* (*Giur. It.*, 1871, 2, 714); Cass. Torino, 8 febbraio 1882, *Garibaldi* c. *Capella* (*Cass.*, Torino, 1882, 470).

(14) App. Venezia, 24 ottobre 1872, *Malcolm* c. *Ferr. A. I.* (*Ann.*, 1873, 2, 11).

(15) Confr. Cass. Torino, 14 aprile 1884, *De Filippi* c. *Cencò* (*Giur.*, Torino, 1884, 624).

(16) Confr. Cass. Firenze, 27 nov. 1884, *Rossi* c. *Com. di Bagno a Ripoli* (*Legge*, 1885, 1, 224).

fuori di discussione, salva l'influenza che sulla decisione delle questioni incidentali stesse viene esercitata dalla pregiudizialità del giudizio sulla competenza, influenza della quale verrà discorso in seguito. Di qui ne viene, per esempio, che anche se havvi questione sulla competenza dell'Autorità adita in giudizio petitorio, alla Autorità stessa, e non già a quella che in via ordinaria è competente per materia, devono essere portati i reclami per attentati al possesso durante il giudizio. Dal principio stesso risulta che, appellata per incompetenza una sentenza provvisoriamente esecutiva, non può essere davanti al giudice di appello richiesta la sospensione della sentenza stessa per il solo motivo che havvi questione sulla competenza della Autorità giudiziaria che la ha pronunciata (1).

187. Il giudizio sulla competenza ha alcuni caratteri che è d'uopo rilevare.

È anzitutto un giudizio affatto distinto da quello sul merito della lite (2), ed anzi non fa parte del merito stesso (3). Di qui ne viene che una questione di merito non diventa questione di competenza solo perchè alla domanda viene data la seconda piuttosto che la prima forma; ed una questione di competenza non diviene questione di merito perchè sotto forma di questione di merito venne presentata al magistrato; la questione è di merito o di competenza, a seconda della sua intima natura (4). Se il giudizio sulla competenza è affatto distinto dal giudizio sul merito, la questione di competenza può essere proposta anche senza prendere conclusioni in merito (5).

Perchè il magistrato possa pronunciare su qualunque questione avanti a lui sollevata, è d'uopo che sia competente a giudicare; di qui il principio che il giudizio sulla competenza è pregiudiziale a qualunque altro giudizio che si dovesse pronunciare (6), anche se l'eccezione di incompetenza viene dedotta con conclusione subordinata (7), quando ciò sia ritualmente regolare. E però il giudizio sulla competenza è pregiudiziale al giudizio sull'ammissibilità dell'azione (8), al giudizio sulla osservanza delle forme procedurali (9) anche di quelle relative alla citazione (10), al giudizio relativo alla legittimità di persona (11) anche se si tratta di decidere se siavi o no quella opposizione di interessi fra rappresentante dell'incapace ed incapace in presenza della quale l'incapace ha d'uopo di una speciale rappresentanza (12), al giudizio sulla litispendenza (13), al giudizio sulle eccezioni di merito, compreso il giudizio sulla eccezione di cosa giudicata in merito (14), al giudizio sulla eccezione di inesistenza della obbligazione (15), al giudizio sulle questioni pregiudiziali, comprese quelle relative alla sospensione del giudizio civile per la pendenza di un procedimento penale (16) o per qualsiasi altro motivo (17), al giudizio sulla ammissibilità di una prova (18) ed in via generale di incombenti relativi al merito (19), al giudizio sulle questioni relative all'intervento di un terzo, vista la questione stessa sul merito o sul rito (20).

Conseguenza necessaria del principio che il giudizio sulla competenza è pregiudiziale a qualunque altro giudizio si è, che il magistrato non può dare provvedimenti, sia pure preparatorii, riservandosi di pronunciare in seguito sulla sua competenza (21), nè il magistrato di appello può rinviare a quello di prima istanza il giudizio sulla competenza (22); sulla competenza si deve pronunciare prima di qualunque altra statuizione.

La competenza del magistrato suppone che il giudizio sulla contestazione al magistrato sottoposta entri nelle attribuzioni della Autorità giudiziaria. Per quanto dunque il giudizio sulla competenza sia pregiudiziale a qualunque altro giudizio, non è però pregiudiziale al giudizio sulla attribuzione della Autorità giudiziaria a pronunciare sulla contestazione stessa: questo giudizio è necessariamente pregiudiziale a quello sulla competenza (23).

188. Anche il giudizio sulla competenza, come tutti gli altri giudizi, deve essere pronunciato fra tutte le parti che

---

(1) Cont. App. Palermo, 3 maggio 1873, *Calvino* c. *Lavie* (*Gazz. Trib.*, Napoli, 1873, 245).

(2) Vedi App. Venezia, 11 dicembre 1874, *Amadi* c. *Pigazzi* *Monit. Giud.*, Venezia, 1875, 72); Cass. Firenze, 14 luglio 1873, *Nabucco* c. *Cap. di Sermoneta* (*Id.*, 1874, 5).

(3) App. Genova, 11 maggio 1866, *Mancini* c. *Sbarbaro* (*Gazz. Trib.*, Genova, 1866, 689).

(4) Vedi Cass. Firenze, 5 gennaio 1875, *Com. di Trebaseleghe* c. *Com. di Salzano* (*Gazz. Trib.*, Genova, 1875, 167).

(5) App. Torino, 31 marzo 1874, *Dallazoppe* c. *Clerico* (*Ann.*, 1874, 2, 414).

(6) App. Venezia, 6 aprile 1875, *Tessari* c. *Brodeno* (*Eco Trib.*, 1875, 826); App. Milano, 27 marzo 1876, *Pavesi* c. *Carli* (*Mon. Trib.*, 1876, 440); Cass. Napoli, 31 luglio 1880, *Finanze* c. *Guadalupi* (*Gazz. Pret.*, 1881, 347).

(7) App. Venezia, 14 aprile 1875, *Busetto* c. *Fabbrizi* (*Monit. Giud.*, Venezia, 1875, 522).

(8) Cass. Napoli, 18 giugno 1874, *Politi* c. *Barbero* (*Monit. Giud.*, Venezia, 1874, 531).

(9) App. Catanzaro, 31 settembre 1868, *Algaricci* c. *Casentini* (*Legge*, 1869, 1, 134).

(10) App. Firenze, 10 gennaio 1871, *Bronnier* c. *Testa* (*Ann.*, 1871, 2, 507); Cass. Torino, 17 febbraio 1897, *Pesce* c. *Maineri* (*Foro It.*, 1897, I, 605).

Vedi App. Genova, 11 maggio 1866, *N. N.* (*Gazz. Trib.*, Genova, 1866, 689).

(11) App. Lucca, 7 marzo 1872, *Ottolini* c. *Buldani* (*Ann.*, 1872, 2, 455); App. Firenze, 9 novembre 1870, *Dina* c. *Mortara* (*Ann.*, 1870, 2, 555); App. Cagliari, 1 settembre 1866, *Smiths* c. *Pinnati* (*Giur. It.*, 1866, 473); Cass. Napoli, 29 luglio 1885, *Vanzi* c. *Prefetto di Potenza* (*Gazz. Proc.*, XX, 214).

(12) App. Torino, 17 maggio 1870, *Clerico* c. *Ozino* (*Giur.*, Torino, 1870, 495).

(13) Pret. Padova, 11 giugno 1893, *Rigoni* c. *Bottino* (*Conciliatore*, 1893, 430).

(14) Cass. Napoli, 2 aprile 1882, *Sabatini* c. *Petroli* (*Gazz. Proc.*, XVII, 521).

(15) Cass. Torino, 8 maggio 1885, *Soc. Min. di Montevecchio* c. *Poggi* (*Giur.*, Torino, 1885, 331); Cass. Firenze, 20 febbraio 1890, *Ditta Cibini* c. *Ditta Tedeschi* (*Temi Ven.*, 1890, 145).

(16) App. Firenze, 18 marzo 1868, *Govery* c. *Foggia* (*Ann.*, 1868, 2, 650).

(17) App. Genova, 7 dicembre 1889, *Comp. « La Veloce »* c. *Soc. trasp. maritt.* (*Temi Gen.*, 1890, 26).

(18) App. Venezia, 22 giugno 1876, *Pellini* c. *Trerenzuoli* (*Temi Ven.*, 1876, 235) — Vedi Cass. Torino, 24 febbraio 1893, *Tosi* c. *Finanze* (*Giur.*, Torino, 1893, 376).

(19) Cass. Torino, 10 giugno 1880, *Damiano* c. *Valpreda* *Giur.*, Torino, 1880, 585).

(20) App. Bologna, 28 marzo 1881, *Congregazione Scoli* c. *Feletti* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1881, 273).

(21) Cass. Napoli, 2 agosto 1884, *Grossi* c. *De Filippis* (*Gazz. Proc.*, XIX, 402).

(22) Cass. Roma, 1 dicembre 1891, *Marchesani* c. *Dantino* (*Giur. It.*, 1892, 1, 1, 62).

(23) Cass. Palermo, 7 febbraio 1888, *Com. di Troina* c. *Comune di Capizzi* (*Circ. Giur.*, 1888, 105).

alla decisione sulla competenza hanno interesse (1). Ond'è che, se in un giudizio contro più persone, solo in rapporto ad alcune di queste si faccia questione sulla competenza della Autorità giudiziaria adita, non per questo basta che soltanto tali persone sieno parti nel giudizio sulla competenza; il giudizio deve aver luogo anche alla presenza delle altre parti in lite, essendo anche queste interessate nella decisione che l'Autorità giudiziaria sarà per pronunciare.

Da tale principio ne viene che, quantunque il giudizio sulla competenza sia pregiudiziale a qualunque altro giudizio, non è però pregiudiziale alla indagine se nel giudizio stesso vi sieno tutte le parti che sono interessate alla dichiarazione di competenza o di incompetenza dell'Autorità giudiziaria adita. E se il magistrato trova che il giudizio non è integro, prima di pronunciare sulla sua competenza deve mandare le parti a chiamare in causa quegli interessati che ancora non ci fossero.

189. A pronunziare sulla competenza è esclusivamente competente il magistrato che è stato adito per l'azione (2), salvo il regolamento di competenza, del quale fu detto alla voce **Conflitto di giurisdizione e di competenza (Materia civile)**, nei casi nei quali il regolamento ha luogo. È un luogo comune, sulla cui verità non può esser sollevato dubbio, il principio che *ogni magistrato è giudice della propria competenza*.

A questo principio però viene fatta dalla legge una eccezione per ciò che concerne la competenza per materia o valore del conciliatore, nelle cause di valore infra le lire 50; sulla propria competenza questo magistrato non emette che un semplice avviso qualora dalle parti sia sollevata la eccezione di incompetenza, od il conciliatore dubiti se egli sia o no competente (3); ma il giudizio definitivo spetta al pretore (4), il quale però di propria iniziativa non può conoscere di siffatta competenza (5) anche se una sentenza fosse stata dal conciliatore incompetentemente pronunciata.

Titolo II. — Varie specie di incompetenza e norme dalle quali ciascuna specie è regolata.

190. Varie specie di incompetenza. — 191. Categorie nelle quali le varie specie di incompetenza vanno distribuite. — 192. Incompetenza assoluta. — 193. L'incompetenza assoluta e le azioni mobiliari. — 194. Incompetenza relativa. — 195. Coesistenza di più ragioni di incompetenza.

190. Abbiamo precedentemente veduto che la competenza vi è per materia, per valore, per territorio e per connessione o continenza di causa. Siccome il nome competenza denota una esclusività di poteri di una Autorità giudiziaria a giudicare di una azione, così il concetto di competenza implica anche quello di incompetenza delle altre autorità giudiziarie alle quali non è riconosciuto il potere di conoscere di una azione. Di qui ne viene che anche la incompetenza, come la competenza, vi può essere per materia, valore, territorio, connessione o continenza di causa, a seconda che l'autorità giudiziaria adita manca, per l'uno o per l'altro di questi titoli, della competenza a giudicare nella proposta azione.

191. Agli effetti del giudizio sulla competenza, le varie specie di competenza vanno distinte in due categorie, presa come criterio di distinzione la improrogabilità della competenza o la sua prorogabilità per consenso espresso o presunto delle parti. E dal momento che, come si è visto nella sezione precedente, improrogabili sono le competenze per materia e per valore, e prorogabili quelle per territorio e per connessione o continenza di causa, così agli effetti del giudizio di competenza le incompetenze vanno distinte in due categorie; la prima, incompetenza assoluta, comprende la incompetenza per materia e quella per valore, la seconda incompetenza relativa, comprende le altre due specie.

192. L'incompetenza assoluta è d'ordine pubblico. La relativa eccezione può essere sollevata in qualunque giudizio (6); in qualunque stato della causa (7), e però anche nelle comparse conclusionali (8), anche alla udienza (9), anche dopo che si è accettata la discussione di merito (10), anche dopo la delazione, il riferimento e la prestazione di un giuramento decisorio (11). E non solo può essere sollevata in qualunque stato, ma anche in qualunque grado della causa (12), e però può essere sollevata anche in appello (13) (sia pure che solo in appello venga sollevata una contestazione sul titolo che se sollevata in prima istanza avrebbe importata la incompetenza del magistrato) (14), dallo stesso aspetto sotto il quale il magistrato di prima istanza ebbe ad esaminarla o da un aspetto differente (15); anche in cassa-

(1) Cass. Napoli, 20 gennaio 1880, *Mastromatteo* c. *Capecelatro* (*Gazz. Proc.*, xv, 17).

(2) Cass. Firenze, 24 febbraio 1870, *Neri* c. *Demanio* (*Ann.*, 1870, I, 91; App. Lucca, 12 luglio 1873, *Treves* c. *Milani* (*Ann.*, 1873, 2, 548); App. Genova, 3 aprile 1868, *Com. di Bordighera* c. *Novaro* (*Gazz. Trib.*, Genova, 1868, 659).

(3) Art. 456, 1ª parte, 458, 1ª parte, cod. proc. civ.

(4) Ibidem.

(5) Cass. Napoli, 3 settembre 1887, *Martello* c. *Mistico* (*Dir. e Giur.*, III, 271).

(6) Vedi Cass. Torino, 29 febbraio 1888, *Guastalla* c. *Sacerdoti* (*Giur.*, Torino, 1888, 479).

(7) Art. 187 cod. proc. civ.

(8) App. Brescia, 24 febb. 1869, *Dolci* c. *Dolci* (*Ann.*, 1869, 2 597).

(9) App. Casale, 11 aprile 1866, *M.* c. *V.* (*Giur. It.*, 1866, 2, 132); App. Venezia, 28 marzo 1877, *Canova* c. *Palazzolo* (*Temi Ven.*, 1877, 524); Cass. Napoli, 27 febbraio 1890, *De Masi* c. *Soc. Op. di Potenza* (*Critica for.*, 1891, 15).

(10) Cass. Torino, 13 marzo 1882, *Fantino* c. *Pessino* (*Mon. Trib.*, 1882, 456).

(11) Cass. Torino, 10 dicembre 1874, *Monti* c. *Barbini* (*Giur.*, Torino, 1875, 103).

(12) Art. 187, 1ª parte, cod. proc. civ.

(13) Cass. Palermo, 4 febbraio 1874, *Forno* c. *Valenza* (*Temi Zancl.*, 1874, 69); App. Torino, 29 ottobre 1866, *Saracco* c. *Zanzi* (*Gazz. Trib.*, Genova, 1867, 186); App. Genova, 8 febbraio 1867. *Ferrovia Ligure* c. *Ripetta* (*Id.*, 1867, 668); App. Torino, 22 febbraio 1867, *Levi* c. *Società Canavese* (*Giur.*, Torino, 1867, 246); Cass. Torino, 10 dicembre 1874, *Rovaglia* c. *Zaccareda* (*Ann.*, 1875, 1, 37); App. Milano, 11 febbraio 1873, *Prefetto di Como* c. *Galli* (*Ann.*, 1873, 2, 211); App. Lucca, 3 maggio 1873, *Faliani* c. *Spinagli* (*Ann.*, 1873, 2, 413); Cass. Napoli, 1 agosto 1879, *Parrillo* c. *Comune di Castel di Sasso* (*Gazz. N.*, 1879, 707); App. Palermo, 1 settembre 1879, *Cipolla* c. *Guccione* (*Circ. Giur.*, 1879, 60); Cassaz. Roma, 27 aprile 1882, *Società ponti sull'Arno* c. *Finanze* (*Legge*, 1882, 2, 111); Cass. Palermo, 27 novembre 1884, *Ruggeri* c. *Cammarata* (*Circ. Giur.*, 1885, 141); App. Venezia, 12 aprile 1889, *Comune di Occhiobello* c. *Vicini* (*Temi Veneta*, 1889, 309); Cassaz. Roma, 10 agosto 1888, *Com. di Idro* c. *Min. LL. PP.* (*Corte Suprema*, 1888, 450).

(14) Cass. Firenze, 7 dicembre 1874, *Com. di Manziana* c. *Castilli* (*Ann.*, 1875, 1, 79).

(15) Cass. Roma, 11 gennaio 1883, *Fiorani* c. *Azzolino* (*Legge*, 1883, 1, 440).

zione (1), dallo stesso aspetto sotto il quale fu presentata avanti il giudice di merito o da un aspetto differente (2), si sia o no fatta questione del valore della causa avanti il giudice di merito (3), sia anche sollevata a mezzo di ricorso presentato dopo il termine stabilito per ricorrere (4), ed anche avanti il giudice di rinvio (5) e di cassazione sulla sentenza del magistrato di rinvio (6).

E sul magistrato di appello, di cassazione o di rinvio non deve esercitare alcuna preoccupazione il fatto che la competenza è per la prima volta dedotta avanti di lui, anche se scorgesse nel fatto stesso una manovra della parte che ha opposto l'eccezione onde privare la controparte di gradi di giurisdizione (7); una volta che la eccezione può essere proposta in qualunque grado della causa, chi la propone ha diritto a che il magistrato pronunci sulla stessa, scevro da qualunque preoccupazione salvo, se del caso, a tener conto della tardiva opposizione nel giudizio sulle spese di lite.

Vano sarebbe il divieto fatto alle parti di prorogare la competenza per materia e valore, se solo quando dalle parti viene sollevata la questione di competenza potesse il magistrato pronunciare la sua incompetenza. Corollario necessario della improrogabilità della competenza per materia e valore è l'obbligo fatto al magistrato che riconosce la propria incompetenza per questo titolo di pronunciarla di ufficio. Ed è ciò che dalla prima parte dell'articolo 187 codice procedura civile è disposto.

Il magistrato, che riconosce la propria incompetenza per materia o valore, deve sollevarla di ufficio (8); sia egli investito della cognizione della causa principale o di una causa incidentale (9), sia egli magistrato di prima istanza (10), di appello (11), di cassazione (12), di rinvio, di cassazione della sentenza del magistrato di rinvio (13), abbiano o no le parti interesse acchè la incompetenza sia rilevata (14). Atteso il dovere che il magistrato di qualunque grado ha di sollevare di ufficio la questione di competenza, ne viene che, per quanto riguarda la incompetenza assoluta, non ha alcuna influenza la validità o nullità dell'atto delle parti col quale la incompetenza viene opposta, ond'è che il magistrato di appello può pronunciare la propria incompetenza anche se la relativa eccezione fu sollevata dalle parti nell'atto di appello incidentale nullamente proposto (15). Ne deriva anche che, se esiste l'incompetenza, sulla quale il magistrato di appello omise di pronunciare, quantunque dedotta per conclusione specifica, la Corte di cassazione non può annullare la sentenza di appello per mancata pronuncia, ma deve essa dichiarare la incompetenza del giudice adito. Però il magistrato di grado superiore deve essere legalmente investito della cognizione della causa; ond'è che all'esame della eccezione di incompe-

(1) Cass. Torino, 27 giugno 1867, *Ragnone* c. *Fontana* (*Giur. It.*, 1867, 1, 1, 455); Cass. Palermo, 22 novembre 1873, *N. N.* (*Giur. It.*, 1873, 1, 1, 780); Cass. Napoli, 24 giugno 1875, *Notari* c. *Vazieri* (*Ann.*, 1875, 1, 406); Cass. Firenze, 21 aprile 1873, *Ciotti* c. *Maciocchi* (*Ann.*, 1873, 1, 159); Cass. Palermo, 22 novembre 1873, *Archivafi* c. *Setajuolo* (*Giur. It.*, 1873, 1, 1, 780); Cass. Torino, 25 giugno 1879, *Cons. di Pertengo* c. *Consorz. di Stroppiana* (*Giur.*, Torino, 1879, 76); Cass. Torino, 25 maggio 1880, *Corradi* c. *Benza* (*Giur.*, Torino, 1880, 455); Cass. Roma, 5 gennaio 1880, *Pasqualetti* c. *Nelli* (*Gazz. leg.*, 1880, 341); Cass. Torino, 10 agosto 1881, *Caminada* c. *Oman* (*Mon. Trib.*, 1881, 695), Cass. Napoli, 10 gennaio 1882, *Serrati* c. *Solazzo* (*Gazz. Proc.*, XVII, 33); Cass. Firenze, 13 dicembre 1888, *Menegazzi* c. *Lupo* (*Temi Ven.*, 1889, 107); Cass. Roma, 14 dicembre 1891, *App. daz. cons. di Foligno* c. *Chiodi* (*Giur. It.*, 1892, 1, 1, 63); Cassaz. Roma, 17 dicembre 1892, *Banca Torino* c. *Finanze* (*Gazz. Proc.*, XXV, 412); Cass. Torino, 28 marzo 1893, *Pastore* c. *Scarella* (*Giur.*, Torino, 1893, 504); Cass. Roma, 18 gennaio 1893, *Marini* c. *Torelli* (*Corte Suprema*, 1893, 43); Cass. Torino, 21 dicembre 1892, *Musesti* c. *Com. di Spezia* (*Giur.*, Torino, 1893, 65); Cass. Roma, 13 novembre 1894, *Laurini* c. *Turi* (*Esatt. e Com.*, 1894, 331); e 30 aprile 1894, *Com. di Colle S. Magno* c. *Castrocchi* (*Legge*, 1894, 2, 482). — Cont. Cass. Torino, 30 maggio 1892, *Bruzzone* c. *Pescagna* (*Giur.*, Torino, 1892, 723); Cass. Firenze, 19 marzo 1894, *Cercignani* c. *Fossi* (*Temi Ven.*, 1894, 453).

(2) Cont. Cassaz. Roma, 24 giugno 1884, *Mattione* c. *Romitelli* (*Temi Rom.*, 1884, 466).

(3) Cont. Cass. Torino, 17 dicembre 1891, *Del Grano* c. *Chiapponi* (*Giur.*, Torino 1892, 79).

(4) Cass. Firenze, 13 dicembre 1888, *Menegazzi* c. *Lupo* (*Temi Ven.*, 1889, 107); 8 febbraio 1893, *Termini* c. *Chiesa di Cordovado* (*Temi Ven.*, 1893, 168).

(5) App. Catanzaro, 7 giugno 1879, *Ric. Mend. di Reggio* c. *Mantica* (*Foro Calabr.*, 1879, 535).

(6) Cass. Roma, 27 febbraio 1884, *Campione* c. *Desanctis* (*Temi Rom.*, 1884, 630).

(7) Vedi Cass. Torino, 13 marzo 1882, *Fratini* c. *Pescino* (*Mon. Trib.* 1882, 456). — Cont. App. Torino, 1 febbraio 1867, *Corsini* c. *Pezze* (*Giur.*, Torino 1867, 219).

(8) Cass. Torino, 13 maggio 1880, *Damiano* c. *Valpreda* (*Giur.*, Torino, 1880, 585); 12 novembre 1880, *Calamaria* c. *Calamaria* (*Giur.*, Torino, 1881, 205); 1 setttembre 1882, *Corsini* c. *Cuniberti* (*Cass.*, Torino, 1882, 334); App. Torino, 28 aprile 1868, *Andreota* c. *Righetti* (*Gazz. G.*, 1868, 505); 29 ottobre 1867, *Mazzoni* c. *Schwarzenbach* (*Giur.*, Torino, 1867, 684); 11 gennaio 1875, *Demarchi* c. *De Bernardi* (*Giur.*, Torino, 1875, 140); Cass. Torino, 7 marzo 1874, *Com. di Vestignè* c. *Cominetti* (*Giur. It.*, 1874, 1, 1, 69); Cass. Firenze, 2 dicembre 1889, *N. N.* (*Ann.*, 1869, 1, 240); Cass. Torino, 18 febbraio 1869, *Di Versone* c. *Finanze* (*Giur.*, Torino, 1869, 303); Cass. Firenze, 5 gennaio 1875, *Com. di Trebaseleghe* c. *Com. di Salzano* (*Gazz. G.*, 1875, 167); Cass. Torino, 2 febbraio 1871, *Fiorita* c. *Bergoglio* (*Ann.*, 1871, 1, 42,); 10 aprile 1889, *Finanze* c. *Mun. di Cremona* (*Gazz. G.*, 1869, 227); 9 novembre 1882, *Carasso* c. *Roberi* (*Cass.* Torino, 1882, 566); Cass. Firenze, 11 novembre 1889, *Pasqui* c. *Gandolfi* (*Temi Ven.*, 1890, 5); Cass. Roma, 2 maggio 1894, *Finanze* c. *Caracciolo* (*Cons. Amm.*, 1894, 140); Cass. Firenze, 30 luglio 1894, *Banca d'Italia* c. *Orvieto* (*Temi Ven.*, 1894, 441); App. Roma, 7 febbraio 1883, *Zaccheo* c. *Istituto Pacifici* (*Temi Rom.*, 1883, 53); Cass. Roma, 10 aprile 1889, *Com. di Tramonti* c. *Pisacane* (*Gazz. Proc.*, XXIII, 138); App. Roma, 17 dicembre 1894, *Volpicelli* c. *Pirovano* (*Temi Rom.*, 1895, 545).

(9) Cass. Roma, 29 maggio 1890, *Gloria* c. *Pio Istituto Esposti di Padova* (*Legge*, 1890, 290).

(10) Cass. Torino, 12 novembre 1880, *Colmarini* c. *Colmarini* (*Giur.*, Torino, 1880, 2, 205).

(11) Dec. ultim. citata.

(12) Cass. Torino, 31 luglio 1867, *Fyrao* c. *Com. di Moncalvo* (*Ann.*, 1867, I, 326); Cass. Torino, 9 gennaio 1867, *Carini* c *Caricciani* (*Giur.*, Torino, 1867, 50); Cass. Napoli, 4 dicembre 1873, *De Marsilio* c. *Cap. di Valle* (*Gazz. Proc.*, VIII, 568); Cass. Palermo, 22 novembre 1873, *Archifari* c. *Setajuolo* (*Giur. It.*, 1873. 780); Cass. Torino, 25 giugno 1879, *Consorzio di Partengo* c. *Consorzio di Stroppiana* (*Giur.*, Torino, 1879, 76); 25 maggio 1880, *Corradi* c. *Benza* (*Giur.*, Torino, 1880, 455); 10 dicembre 1878, *Calesco* c. *Conti* (*Ann.*, 1879, 175); Cass. Napoli, 10 gennaio 1882, *Serrati* c. *Solazzo* (*Gazz. Proc.*, XVII, 33).

(13) Confr. Cass. Roma, 27 febbr. 1884, *Campione* c. *De Santis* (*Temi Rom.*, 1884, 630).

(14) Cass. Torino, 19 gennaio 1870, *Oggero* c. *Oggero* (*Ann.*, 1870, 1, 42).

(15) App. Messina, 23 gennaio 1879, *Fedele* c. *Caccia* (*Giur. It.*, 1879, 2, 267).

tenza è pregiudiziale l'esame della ammissibilità dell'appello o del ricorso per cassazione.

193. Il principio che la incompetenza assoluta può essere sollevata in qualunque stato e grado della causa, e deve essere sollevata di ufficio dal magistrato, è vero anche per le azioni di cui all'articolo 81 del codice di procedura civile, delle quali ci si è occupati ai numeri 112 e seguenti. Il principio, che il valore di queste azioni non impugnato nella prima risposta non può essere impugnato in seguito, è riferibile soltanto al modo di accertare il valore della causa, non agli effetti dei quali in questo titolo si discorre. Il valore delle azioni mobiliari contemplate nell'articolo 81 del codice di procedura civile, non già quello delle azioni immobiliari (1), non è impugnabile quando non sia stato impugnato nella prima risposta (2), non perchè in queste azioni la incompetenza non possa essere sollevata in qualunque stato e grado della causa, ed anche sollevata di ufficio, ma perchè il valore è accertato colla non avvenuta impugnativa (3). Ond'è che di queste azioni non sarà impugnabile il valore accertato in seguito alla non impugnativa nella prima risposta (4); ma, se il valore accertato per la mancata impugnativa non è nei limiti della competenza del giudice adito, questo deve dichiarare la propria incompetenza, anche se la incompetenza non fu sollevata nella prima risposta (5).

194. L'incompetenza relativa, sia pure per connessione o continenza di causa (6), è d'interesse privato (7); di qui il principio che tale incompetenza può essere fatta valere solo con eccezione sollevata dalle parti (8), giammai essere sollevata di ufficio (9), nemmeno nel caso in cui, essendovi più ragioni di incompetenza relativa, la parte interessata si sia limitata a farne valere solo alcune (10), nemmeno nel caso di contumacia del convenuto (11). E dalle parti non può essere sollevata che quando la competenza non è stata ancora prorogata (12); prorogata la competenza (13), di eccezione di incompetenza relativa non è più il caso di far parola. Ond'è che non può venir proposta in appello od in cassazione se non nei casi nei quali la proroga della competenza non è ancora avvenuta (14), che anche, se sollevata dalle parti, la eccezione è come se non fosse stata sollevata se dalla parte interessata vi si è rinunziato (15). E siccome la competenza territoriale a pronunciare nei giudizi di interdizione e di inabilitazione è relativa, così anche la stessa non può essere fatta valere dopo chè è stata prorogata (16).

195. Un magistrato può essere incompetente a pronunciare sopra di una azione avanti a lui introdotta per più ragioni.

In questo caso, naturalmente, il magistrato non potrà rilevare d'ufficio che le ragioni di incompetenza assoluta, ma le parti potranno far valere e quelle di incompetenza assoluta e quelle di incompetenza relativa. Siccome tutte le eccezioni di incompetenza tendono allo stesso scopo, a far dichiarare che il magistrato adito non deve pronunciare sulla azione avanti a lui introdotta, così nessuna precedenza deve avere la decisione di una delle ragioni di incompetenza, sia la stessa assoluta o relativa, alla decisione di altra delle ragioni di incompetenza (17); essendo il risultato al quale deve riuscire il magistrato puramente negativo, è indifferente che alla negazione riesca per una piuttosto che per altra via.

---

(1) App. Casale, 12 marzo 1885, *Coralli* c. *Truffi* (*Giur. Cas.*, 1885, 239).

(2) Cont. App. Genova, 29 novembre 1892, *Hendriles* c. *Formica* (*Giurista*, 1893, 44).

(3) La giurisprudenza su questo proposito fa confusione, parlando di incompetenza che non può esser sollevata se il valore della causa non è impugnato. Confr. Cass. Firenze, 24 gennaio 1870, *Pompignoli* c. *Pompignoli* (*Ann.* 1870, 1, 1891), 18 gennaio 1873, *Binelli* c. *Binelli* (*Temi Ven.*, 1883, 215); Cass. Torino, 4 marzo 1887, *Toni* c. *Zanfa* (*Giur.*, Torino, 1887, 412); App. Genova, 6 dicembre 1888, *Nav. Gen.* c. *Mangini* (*Temi Gen.*, 1889, 23).

(4) Cass. Roma, 11 giugno 1877, *Torroni* c. *Jelli* (*Giur. It.*, 1878, 1, 1, 381). Vedi anche Cass. Napoli, 6 agosto 1889, *Miniera* c. *Palumbo* (*Gazz. Proc.*, XXIII, 366).

(5) Vedi App. Brescia, 18 agosto 1879, *Grassi* c. *Grassi* (*Mon. Trib.*, 1879, 944).

(6) Pisanelli, *Comm. al cod. sardo*, I, 859; Saredo, *Ist.*, I, 371; Pescatore, *Spos. comp.*, I, pag. 303; Borsari, Gargiulo, Cuzzeri, sull'art. 188; Mortara, *Man.*, n. 171; — Cass. Roma, 16 maggio 1881, *Finanze* c. *D'Assi* (*Legge*, 1882, 1, 43); App. Milano, 3 novembre 1882, *Smarese* c. *Greppi* (*Mon. Trib.*, 1883, 294). — Vedi App. Venezia, 24 ottobre 1872, *Malcolm* c. *Ferrovie Alta Italia* (*Giur. It.*, 1872, 2, 697).

(7) Cass. Torino, 8 marzo 1872, *Colapinto* c. *Com. di Ferriere* (*Ann.*, 1872, 1, 162).

(8) Cass. Firenze, 2 dicembre 1869, *N. N.* (*Ann.*, 1869, 1, 240); Cass. Napoli, 28 ottobre 1874, *Cassa invalidi* c. *Pisani* (*Giur.*, Torino, 1875, 128).

(9) App. Modena, 19 settembre 1876, *P. M.* c. *Ec. ben. vac.* (*Giur. It.*, 1876, 2, 848); App. Genova, 4 maggio 1880, *Cassa marit.* c. *Comp. Anconetana* (*Eco Giur.*, 1880, 273); App. Roma, 7 febbraio 1883, *Zaccheo* c. *Ist. Pacifici* (*Temi Rom.*, 1884, 53).

(10) Cass. Firenze, 2 dicembre 1869, *Benciolini* c. *Demanio* (*Ann.*, 1883, 1, 239).

(11) App. Casale, 30 marzo 1883, *Orsi* c. *Cannetta* (*Giur. Cas.*, 1883, 239); Cass. Torino, 3 luglio 1885, *Civetta* c. *Terranino* (*Giur.*, Torino, 1885, 657).

(12) App. Genova, 4 giugno 1870, *Fontana* c. *Molfino* (*Gazz. G.*, 1870, 178); App. Firenze, 31 gennaio 1868, *Pardo* c. *Forgiona* (*Ann.*, 1888, 2, 238); Cass. Napoli, 21 novembre 1870, *Fondo Culto* c. *Min. osserv.* (*Ann.*, 1871, 1, 52); App. Perugia, 14 luglio 1870, *Impr. costrutt. delle ferr. umbro-aretine* c. *Luzi* (*Ann.*, 1870, 2, 243); Cass. Torino, 7 febbraio 1867, *Cillario* c. *Greborio* (*Ann.*, 1867, 217); App. Casale, 24 novembre 1866, *Berlocchio* c. *Pasquali* (*Gazz. G.*, 1866, 76); App. Genova, 27 maggio 1867, *Franco* c. *Dal Valle* (*Gazz. Trib.*, Genova, 1867, 775); Cass. Firenze, 27 marzo 1867, *Cavalensi* c. *Dini* (*Ann.*, 1867, 1, 118); App. Venezia, 10 luglio 1889, *Brusconi* c. *Soc. Savigliano* (*Temi Ven.*, 1889, 472); App. Roma, 2 maggio 1888, *Weil* c. *Di Lucinto* (*Temi Rom.*, 1889, 72); App. Torino, 22 aprile 1890, *Pohl* c. *Mendes* (*Giur.*, Torino, 1890 469); Cass. Roma, 10 settembre 1884, *Finanze* c. *Sasso* (*Legge*, 1884, 2, 721); App. Napoli, 31 ottobre 1888, *Gargiulo* c. *Min. LL. PP.* (*Gazz. Proc.*, XXIII, 150); Cass. Napoli, 9 giugno, 1894, *Accurso* c. *Scambia* (*Giur. It.*, 1894, 2, 795).

Vedi anche App. Milano, 27 maggio 1887, *Min. LL. PP.* c. *D'Adda* (*Mon. Trib.*, 1887, 976); Cass. Torino, 7 maggio 1888, *Stanga* c. *Taverna* (*Monit. Tribun.*, 1888, 425); Trib. Lecco, 8 febbraio 1894, *Valassi* c. *Mazucconi* (*Monit. Tribun.*, 1894, 375).

(13) Quando la competenza è prorogata fu esaminato al n. 35.

(14) Confr. Cass. Torino, 11 gennaio 1867, *Petrucci* c. *Petrucci* (*Mon. Trib.*, 1867, 152).

(15) Cass. Napoli, 10 settembre 1879, *La Rocca* c. *Ferr. Mer.* (*Gazz. Proc.*, XVI, 319).

(16) Cont. App. Milano, 20 ottobre 1891, *Melzi* c. *Melzi* (*Foro It.*, 1892, 1, 465).

(17) Cont. App. Milano, 14 ottozre 1890, *Stanga* c. *Minist. guerra* (*Mon. Trib.*, 1895, 1008).

Confr. App. Torino, 21 luglio 1885, *Berardi* c. *Min. Guerra* (*Giur. It.*, 1885, 2, 451).

TITOLO III. — DA CHI E FINO A QUANDO SI POSSA SOLLEVARE L'ECCEZIONE DI INCOMPETENZA.

196. Come per tutte le questioni, anche per quelle relative all'incompetenza dell'Autorità giudiziaria adita, l'Autorità stessa per pronunciare deve esserne legittimamente investita dalla richiesta di colui che ha diritto di ciò fare. Quale delle parti può far valere la eccezione di incompetenza dobbiamo ora determinare.

Relativamente alle persone che possono opporre l'incompetenza della Autorità giudiziaria adita, è d'uopo distinguere la incompetenza assoluta dalla relativa. Se l'incompetenza assoluta è d'ordine pubblico, e può essere elevata d'ufficio dal magistrato, per tale incompetenza è affatto indifferente la persona che solleva siffatta eccezione; tutte le parti in causa possono sollevare la eccezione, qualunque siano le eccezioni fatte valere anteriormente (1). E però può essere fatta valere non solo dal convenuto e dall'interveniente, ma anche dall'attore (2), sebbene si sia nel giudizio di cassazione e sia scorso il termine per ricorrere (3), anche dalla parte che non avrebbe interesse ad impugnare la sentenza (4) e dalla parte in confronto della quale la incompetenza non esiste (5).

Principii diversi devono essere applicati per ciò che concerne la incompetenza relativa. Essendo la stessa di interesse privato, la relativa eccezione non può essere sollevata che da quella delle parti nel cui interesse la competenza stabilita (6), e da colui che deve seguire a competenza di questa persona. Ma non può essere sollevata dall'attore, il quale, coll'aver adito un magistrato diverso da quello dalla legge designato, ha dimostrato la sua volontà di prorogare la competenza di questo magistrato; come pure non potrebbe essere sollevata dall'opponente di terzo (7). E dalla parte nel cui interesse la competenza è stabilita, può essere sollevata la eccezione di incompetenza, anche se dalle altre parti, per le quali il giudice adito sarebbe anche incompetente, la eccezione non venisse sollevata (8).

197. A parte il caso della avvenuta proroga della competenza, del quale ci si è occupati al n. 194, la questione di competenza può essere sollevata fino a quando sulla questione stessa non havvi la cosa giudicata. La indagine da istituirsi è diretta a determinare quando siavi cosa giudicata in tema di competenza.

Non vi può essere dubbio che nessuna influenza in tema di competenza può essere esercitata dalle sentenze preparatorie: queste sentenze non contengono alcuna dichiarazione di esistenza a favore di una delle parti di un diritto; null'altro fanno che disporre i mezzi necessari acchè tale dichiarazione possa in seguito esser data; queste sentenze lasciano tutto impregiudicato, anche il giudizio sulla competenza. Ond'è che non può fare ostacolo acchè la questione di competenza sia discussa, l'esistenza di una sentenza colla quale le parti furono rimesse a regolarizzare gli atti (9), e registrare documenti (10), o si impartisce provvedimenti che il magistrato crede necessari prima di procedere a qualunque altra statuizione (11).

198. Ma quel dubbio, che non può sorgere per le sentenze preparatorie, può sorgere in quella vece per le interlocutorie; siccome tali sentenze dichiarano dei diritti, presuppongono la competenza ad emettere tale dichiarazione da parte del magistrato. Se la presuppongono, queste sentenze implicitamente la riconoscono, ond'è che le stesse dovrebbero formare stato di cosa giudicata relativamente alla competenza. Havvi qualche decisione in questo senso (12). Nella sua grande maggioranza, però, la giurisprudenza è contraria al principio del giudicato implicito sulla

---

(1) App. Modena, 13 maggio 1885, *Savorelli* c. *Finanze* (*Foro It.*, 1885, 1, 689).

(2) Cass. Torino, 13 settembre 1873, *Biantilla* c. *Bosco* (*Legge*, 1873, 1, 316; 10 agosto 1881, *Caminada* c. *Oman* (*Mon. Trib.*, 1881, 695); 14 settembre 1885, *Lucchini* c. *Basilio* (*Giur.*, Torino, 1885, 690); 31 dicembre 1889, *Soltini* c. *Balestra* (*Giur.*, Torino, 1890, 112); 28 marzo 1893, *Pastore* c. *Scarella* (*Giur.*, Torino, 1893, 348). — Cont. Cass. Firenze, 27 aprile 1885, *Munoz* c. *Deodati* (*Ann.*, 1885, 1, 240.

(3) Cass. Napoli, 31 gennaio 1883, *Vita* c. *Com. di Reggio* (*Foro It.*, 1883, 1, 380).

(4) Cass. Torino, 19 gennaio 1870, *Sticca* c. *Oggero* (*Ann.*, 1870, 1, 42).

(5) Cont. Cass. Torino, 13 settembre 1870, *Curiè* c. *Mayer* (*Giur.*, Torino, 1870, 495).

(6) Cass. Firenze, 27 aprile 1885, *Munoz* c. *Deodati* (*Ann.*, 1885, 1, 240).

(7) Cass. Napoli, 19 luglio 1883, *De Nobile* c. *Di Meo* (*Foro It.*, 1883, 1, 1085).

La quale così considerava:

« Attesochè l'opposizione di terzo è un rimedio facoltativo e non obbligatorio. Chi si stima leso da una sentenza qualunque alla quale non fu chiamato, può arrestarne l'esecuzione come *res inter alios*, e può istituire *ex integro* un novello giudizio. Però, quando non vuol fare l'una cosa nè l'altra e si attiene al mezzo del rimedio straordinario dell'opposizione di terzo, il quale ha molta affinità coll'intervento volontario in causa, è forza che l'oppositore segua le sorti del giudizio esistente e prenda le cose nello stato in cui si trovano, in quanto sono dalla legge consentite.

« Se trova che le parti intervenute nella sentenza a lui straniera han voluto essere giudicate da un magistrato incompetente per ragion di territorio, cosa certamente non vietata dalla legge, egli vi deve sottostare e non può sollevarsi contro il giudicato già reso, tenuto a rispettare il fatto compiuto e la giurisdizione già voluta dalle parti, ed accettare egli stesso la lite *in statu et terminis*. Sarebbe cosa del tutto erronea ed assurda accettare la lite e proporre insiememente la declinatoria relativa per territorio.

« D'altronde è principio scolpito nell'articolo 511 codice procedura civile che l'opposizione di terzo venga proponendosi « davanti la stessa Autorità giudiziaria » che ha pronunciato la sentenza impugnata, e bene a ragione, perchè niuno intervento può farsi in un tribunale diverso da quello in cui pende la causa principale ».

(8) Cass. Napoli, 12 maggio 1894, *Accurso* c. *Scambia* (*Dir. e Giur.*, x, 54).

(9) Cass. Torino, 25 aprile 1866, *Fasola* c. *Ranaschi* (*Gazz. Trib.*, Genova, 1866, 926).

(10) App. Catania, 30 marzo 1881, *Silvestri* c. *Finanze* (*Giur. Cat.*, 1881, 85).

(11) Cass. Roma, 29 maggio 1890, *Gloria* c. *Pio Ist. Esposti di Padova* (*Legge*, 1890, 2, 290).

(12) App. Catania, 13 aprile 1883, *Sindaco di Ragusa* c. *Loffredo* (*Giur. Cat.*, 1883, 106); App. Palermo, 13 aprile 1883, *Fiandaca* c. *Educ. Castelnuovo di Santa Caterina Villarmosa* (*Circ. Giur.*, 1883, 156).

competenza in una sentenza interlocutoria che nulla statuisce in modo esplicito relativamente alla competenza: la giurisprudenza ammette che, ad onta di una sentenza interlocutoria passata in giudicato, la competenza del magistrato adito possa essere ancora discussa (1), a meno che la eccezione di incompetenza non sia stata elevata ed il magistrato non si sia della stessa occupato (2). E con ragione dalla maggioranza della giurisprudenza è data una tale decisione. La portata di una sentenza interlocutoria è sempre parziale relativamente alla controversia che si dibatte; seè parziale, anche la dichiarazione implicita non può essere che parziale, e coestensiva alla estensione di ciò su cui la sentenza interlocutoria forma cosa giudicata.

199. Ma, esaurita la giurisdizione dell'Autorità giudiziaria adita, non può più farsi questione di competenza (3), e però il passaggio in giudicato della sentenza definitiva di merito, si sia o no la stessa occupata della competenza, impedisce che della competenza dell'Autorità giudiziaria che la emise possa essere ulteriormente discusso (4); la decisione nel merito è assorbente di qualunque giudizio incidentale che si potesse promuovere sulla azione dedotta in giudizio, e di conseguenza impedisce un nuovo giudizio sulla competenza dell'Autorità giudiziaria che l'ha pronunciata. Ma, perchè un tale effetto sia prodotto, è d'uopo che non sia pendente un giudizio sulla competenza regolarmente introdotto avanti il magistrato superiore; ond'è che, essendo impugnata una sentenza che dichiarò la competenza del magistrato adito, la sentenza di merito che venisse emanata in pendenza del giudizio di impugnativa, anche se per non essere stata impugnata avesse fatto passaggio in cosa giudicata, non impedirebbe che il giudizio sulla competenza venisse pronunciato (5).

Se la sentenza di merito ha più capi e per alcuni di essi la sentenza abbia fatto passaggio in cosa giudicata, pei capi pei quali ciò si è verificato, della competenza non può più essere discusso, ma per gli altri, pei quali sia introdotto il giudizio di impugnativa, anche se tale giudizio ha per oggetto soltanto il capo relativo alle spese del giudizio, la competenza può essere posta in discussione (6). E siccome le sentenze interlocutorie, per quelle decisioni che sulle stesse sono state date, sono pari alle sentenze definitive, così anche per queste, limitatamente alla decisione data, della competenza non può essere più discusso tostochè la sentenza abbia fatto passaggio in cosa giudicata.

200. Della decisione esplicata sulla competenza ci si occuperà nel titolo ultimo di questa sezione.

---

(1) Cass. Torino, 28 gennaio 1869, *Beltrame* c. *Viana* (*Giur.*, Torino, 1869, 290); App. Genova, 18 settembre 1875, *Giuffrè* c. *Carbone* (*Gazz. Trib.*, Gen., 1875, 669); Cass. Napoli, 21 gennaio 1869, *Guadagno* c. *Rea* (*Ann.*, 1869, 1, 208); App. Brescia, 9 aprile 1867, *Margheritello* c. *Clerici* (*Mon. Trib.*, 1886, 530); App. Torino, 5 giugno 1871, *Berzetti* c. *Berzetti* (*Giur.*, Torino, 1871, 506); App. Genova, 31 ottobre 1878, *Mascola* c. *Casalegno* (*Eco Giur.*, 1878, 746); Cass. Roma, 16 maggio 1881, *Medici* c. *Gallucci* (*Corte Suprema*, 1888, 660); Cass. Torino, 21 aprile 1881, *Pittaluga* c. *Pardi* (*Mon. Trib.*, 1882, 753); App. Roma, 28 marzo 1885, *Mazzetti* c. *Dall'Ongaro* (*Temi Rom.*, 1885, 294); Cass. Roma, 17 maggio 1888, *Com. di Alliste Felline* c. *Finanze* (*Legge*, 1888, 2, 362); Cassazione Roma, 14 dicembre 1891, *Appalt. dazio consumo di Foligno* c. *Chiodi* (*Giur. It.*, 1892, 63); Tribunale Sarzana, 6 ottobre 1888, *Toso* c. *Isetta* (*Legge*, 1, 1. 1889, 1, 609).

(2) Cass. Palermo, 19 settembre 1874, *Mumme* c. *Aragona* (*Giorn.*, 1874, 1173).

(3) App. Roma, 28 marzo 1885, *Mazzetti* c. *Dall'Ongaro* (*Temi Rom.*, 1885, 294).

(4) Cass. Firenze, 2 marzo 1874, *Basevi* c. *Mittarello* (*Monit. Giud.*, Venezia, 1874, 259); App. Casale, 2 marzo 1889, *Cantarella* c. *Tosi* (*Giur. Cas.*, 1889, 151).

(5) Cass. Roma, 11 dicembre 1880, *Finanze* c. *Bonnet* (*Legge*, 1881, 1, 3).

(6) Cass. Roma, 21 gennaio 1880, *Manni* c. *Basili* (*Foro It.*, 1880, 203).

La quale così considerava:

« Attesochè il pretore, nell'omologare l'operato dei periti, i quali ritrovarono e segnalarono la parte di alveo abbandonato, che l'articolo 461 cod. civ. aveva di già attribuito a ciascuno dei rivieraschi sulle due sponde, dichiarò espressamente la propria competenza, così per ragione di territorio che per valore, e tuttavia da codesta sentenza non fu appellato se non per il solo ed unico capo che concerneva le spese. Ora l'art. 486 della procedura civile dispone che, quando la sentenza contenga più capi, e ne sieno impugnati alcuni soltanto, si abbia ad intendere che l'appellante accetti tutti gli altri, sui quali per conseguenza nasce la cosa giudicata. Ma è certo che, sebbene la competenza per ragione di valore sia d'ordine pubblico, pure quando intorno alla medesima sia nata la cosa giudicata per ogni verso e con qualsiasi mezzo inattaccabile, la non si può altrimenti recare in controversia. Logicamente, si dovrebbe giungere al medesimo risultato, anche quando la cosa giudicata nasce per acquiescenza esplicita o tacita delle parti, come nella specie sarebbe accaduto;

« Che in questo concetto confermerebbero sempre più le circostanze della specie, imperocchè i periti procedettero a rilevare le linee provvisorie dello parti di fiume abbandonate che la legge aveva attribuite a ciascun rivierasco, e vi apposero i confini; onde la sentenza del pretore che si limitò ad omologare l'operato dei periti, restò senz'altro eseguita. Quindi le parti che accettarono la sentenza, quanto al giudizio di merito, trovarono ancor buona la esecuzione, che diede subito a ciascuno il possesso della parte che gli spettava. Avendone dunque ciascuno conseguito ciò che desiderava e trovandosene ora legittimamente in possesso, si potrebbe mai trovare una ragione al mondo per instaurare di nuovo il giudizio di merito? Evidentemente no. Restava pertanto di appellare soltanto per le spese del giudizio della perizia e dell'apposizione dei termini, e codesta situazione di cose s'impose per modo alle parti contendenti col Basili, che appunto alle spese restrinsero la materia del contendere in grado di appello. Ora, siccome la sentenza di appello su cotesto punto diede loro pienamente ragione, forse anco al di là del convenevole, mal si concepisce negli odierni ricorrenti un motivo plausibile e pratico per rivolgersi alla Corte Suprema e dimandarle di annullare la sentenza denunziata;

« Che nonpertanto si può anche ammettere che, trattandosi di incompetenza per ragione di valore che è materia d'ordine ed interesse pubblico, l'appello per le sole spese aprisse l'adito a dedurla, anzichè la si potesse rilevare eziandio d'ufficio. Non si tenga conto neppure che l'alveo dal fiume abbandonato evidentemente apparisce di tenuissimo valore da non lasciare nell'animo alcun dubbio in proposito. Si lasci pure da banda la questione, se per i fondi incolti e non ancora iscritti in catasto, la norma della loro valutazione abbia ad essere non il tributo che effettivamente si paga, perchè non esiste, ma quello invece che si dovrebbe pagare quando s'iscrivessero, guardando meno alla parola e più allo spirito della legge. E infine si dica ancora, se così piace, che le attestazioni degli ufficiali del censo, malgrado la loro conosciuta competenza a nulla approdino per la desiderata prova del valore. Ma tanto e tanto, senza decidere alcuna di siffatte questioni già più volte agitate e risolute dalla giurisprudenza, nella specie si hanno elementi più che sufficienti per concludere che il pretore adito era veramente il magistrato competente a conoscere della presente causa ».

TITOLO IV. — FORME DEL GIUDIZIO ED ELEMENTI DI FATTO A BASE DEI QUALI GIUDICARE.

201. Giudizio di ufficio; giudizio sulla eccezione sollevata dalle parti; giudizio incidentale e giudizio unitamente al merito; giudizio sulla competenza del conciliatore. — 202. Elementi di fatto a base dei quali giudicare sulla competenza. — 203. A chi spetta provare che il magistrato adito è competente. Discussione sulla competenza.

201. Si è veduto che il giudizio sulla competenza può sorgere in seguito alla eccezione di incompetenza dedotta dalle parti, ed in seguito ad un esame che istituisce di ufficio il magistrato. Di forme speciali non è a discorrere in questo secondo caso; il magistrato investito della cognizione della causa esamina se egli è o no competente a deciderla. Di forme speciali non è a discorrere che pel primo caso.

Le parti sollevano la eccezione di incompetenza con conclusione specifica; tale conclusione specifica è facoltativa per la incompetenza assoluta, incompetenza, che, come si è fatto notare più in su, può essere sollevata di ufficio dal magistrato; è obbligatoria per la incompetenza relativa, incompetenza sulla quale il magistrato deve essere chiamato in modo specifico a pronunciare. Non importa che per la incompetenza si concluda con una piuttostochè con altra formola; basta che dalle parole usate nella conclusione risulti che della competenza del magistrato si intende discutere, e che sulla stessa si intende provocare la decisione. Ond'è che non osterebbe a che si avesse un giudizio sulla competenza il fatto di avere chiesta la nullità della citazione per incompetenza del magistrato adito (1), di aver chiesto pel medesimo motivo la inammissibilità della domanda.

Per l'articolo 189 del codice di procedura civile le questioni di incompetenza e di declinatoria del fôro sono proposte e giudicate secondo le norme stabilite per gli incidenti, anche traendo profitto dall'incidente di prova sollevato dall'avversario (2). Questo principio vale quando la eccezione di incompetenza viene sollevata per la prima volta sia in prima istanza che in appello; ma, quando in quella vece si impugna la decisione del magistrato per incompetenza, allora la questione di competenza forma causa principale; è domanda principale, non incidentale, quella diretta a che sia dichiarata la incompetenza del magistrato che ebbe a pronunciare la sentenza impugnata (3). Ma anche quando l'eccezione di incompetenza è un incidente del giudizio, la proposizione della stessa in forma incidentale è facoltativa; colui che eleva l'eccezione può omettere tale forma, si tratti di incompetenza assoluta o di incompetenza relativa, e presentarla alla cognizione del magistrato in un al merito (4). Forme speciali sono stabilite per il giudizio sulla competenza del conciliatore per le cause inferiori alle lire 50, chè per le cause di valore superiore a tale somma valgono le regole ordinarie (5). Nelle cause di valore infra le lire 50, il conciliatore deve spiegare i motivi del suo avviso sulla competenza con semplice atto, e non già con sentenza (6), e trasmetterne copia al pretore del mandamento che pronuncia sull'incidente (7). Se il conciliatore non crede fondata la eccezione di incompetenza: pronuncia sul merito, ma la sentenza non può eseguirsi finchè il pretore non abbia pronunciato sulla competenza (8); se la crede fondata, il corso del giudizio resta sospeso fino alla pronuncia del pretore (9). Le parti possono far pervenire al pretore le loro memorie ed i loro documenti (10). Quando l'incidente sulla competenza elevata dalle parti non sia stato sottoposto al pretore, o il conciliatore non abbia di ufficio elevato l'incidente sulla competenza per materia e valore, le parti possono appellare dalla sentenza, e l'appello ha effetto sospensivo. La parte che intende proporre appello ne fa dichiarazione al cancelliere del conciliatore nel termine di giorni 30 dalla notificazione della sentenza. Il cancelliere scrive la dichiarazione e ne consegna copia da notificarsi all'altra parte nel termine di giorni tre successivi. Il tutto sotto pena di nullità. Il cancelliere trasmette immediatamente copia della dichiarazione di appello e della sentenza al pretore, osservato del resto il disposto dell'articolo 417 (11).

202. Come per tutte le questioni che vengono presentate al magistrato, anche per la questione di competenza deve essere giudicato a base degli atti della causa (12). Esclusivamente a base dello stato attuale degli atti il magistrato è tenuto a giudicare in due casi. Il primo caso è quello di azione mobiliare nella quale venga impugnato il valore dichiarato o presunto (13): l'art. 81 della procedura fa espresso obbligo al magistrato di giudicare in tal caso della sua competenza a base dello stato attuale degli atti. Su questo proposito ci si è occupati ai n. 102 e 112, e dopo quanto ivi si è detto non è il caso di tornare sull'argomento. Il secondo caso è quello di giudizio sulla competenza avanti la Corte di cassazione quando il giudizio ha luogo per la prima volta in tale sede. Attesa l'indole speciale del procedimento che si svolge avanti la Corte di cassazione non può esservi dubbio che avanti questo magistrato non è ammissibile una istruzione per determinare se l'Autorità che ha pronunciato la sentenza denunciata era o no competente: i fatti dai quali si vuole dedurre la incompetenza devono essere provati dagli atti della causa che si sottomettono alla Corte (14). La

(1) App. Milano, 5 settembre 1868, *Amm. finanziaria di Venezia* c. *Alinari* (*Mon. Trib.*, 1869, 185).

(2) App. Venezia, 22 giugno 1876, *Pellini* c. *Trevenzuoli* (*Temi Ven.*, 1876, 235).

(3) App. Messina, 19 febbraio 1867, *Giusti* c. *Schirò* (*Ann.*, 1868, 2, 585); 19 febbraio 1868, *Greci orientali di Messina* c. *Camarda* (*Giur. It.*, 1868, 2, 134).

(4) Cass. Torino, 20 gennaio 1875, *Luzzi* c. *Ottolenghi* (*Mon. Trib.*, 1875, 238); Cass. Firenze, 27 dicembre 1869, *N. N.* (*Mon. Trib.*, 1874, 502); App. Casale, 9 agosto 1890, *De Benedetti* c. *Onesti* (*Giur. Cas.*, 1890, 226).

(5) Pret. Scarperia, 29 aprile 1893, *Messeri* c. *Dreoni* (*Mon. Pret.*, 1893, 184); Pret. Modica, 27 febbraio 1895, *Pellegrini* c. *Michelotti* (*Conc.*, 1895, 300).

(6) Pret. Roccasecca, 23 settembre 1895, *Principe* c. *Cenci* (*Conc.*, 1895, 610).

(7) Art. 456, 1ª parte, 458, 1ª parte cod. proc. civ.

(8) Art. 456, capov. 1°, cod. proc. civ.

(9) Art. 458, capov°., cod. proc. civ.

(10) Art. 459 cod. proc. civ.

(11) Art. 459 cod. proc. civ.

(12) Confr., Cass. Torino, 4 marzo 1887, *Toni* c. *Zanfa* (*Giur.*, Torino, 1887, 412).

(13) App. Napoli, 13 luglio 1877, *Ferrara* c. *Pannuti* (*Giur. It.*, 1877, 2, 894).

(14) Cass. Torino, 4 agosto 1867, *Boerio* (*Mon. Trib.*, 1867, 892); Cass. Firenze, 26 maggio 1874, *De Vecchis* c. *Blasi* (*Legge*, 1874, 1, 773); Cass. Torino, 6 marzo 1879, *Gilardi* c. *Gilardi* (*Giur.*, Torino, 1879, 357); 2 luglio 1883, *Sabolo* c. *Sabolo* (*Giur.*, Torino 1883, 895); 25 settembre 1883, *Buffa* c. *Mezzano* (*Giur.*, Torino, 1883, 895); 13 settembre 1884, *Ricca* c. *Pastorello* (*Giur.*, Torino, 1884, 744); 29 aprile 1882, *Fresco*

giurisprudenza ritiene che dagli atti prodotti avanti i giudici di merito si deve determinare se la Autorità adita abbia o no competentemente pronunciato (1); non mancano però decisioni che ammettono che nuovi documenti possono essere presentati onde provare la incompetenza del magistrato che pronunciò la sentenza denunciata (2). Ed è questa l'opinione adottabile, come quella che è più in corrispondenza collo spirito della legge. Una volta che la legge, allo scopo di mantenere l'ordine delle giurisdizioni, fa obbligo alla Corte di cassazione di pronunciare la incompetenza della Autorità giudiziaria di merito, se tale incompetenza è riconosciuta, anche se della competenza non si è discusso nel giudizio di merito, non si può ammettere una restrizione dei poteri della Corte di cassazione se non nel caso che o la legge restringa questi poteri, o sia contraria all'indole del procedimento che avanti la Corte di cassazione si svolge una restrizione dei poteri stessi. Ora restrizioni relativamente ai documenti che devono essere dalla Corte di cassazione esaminati non vengono fatte dalla legge; non è contrario all'indole del procedimento che si svolge avanti la Corte di cassazione che questa, come i documenti presentati ai giudici di merito, esamini anche quegli altri documenti che dalle parti fossero prodotti.

Ad eccezione dei due casi or ora menzionati, nulla osta a che il magistrato, il quale non trovi negli atti gli elementi necessari per decidere sulla competenza, ordini alle parti di esibire quei documenti che crede necessari per venire alla decisione (3).

E così il magistrato, chiamato a giudicare sopra una azione reale immobiliare, il quale non trova negli atti della causa il certificato catastale può dello stesso ordinare la produzione onde accertare il valore della lite. E non solo il magistrato può ordinare la produzione di documenti, ma può disporre anche tutti quegli altri incombenti che fossero opportuni per stabilire se egli è o no competente (4), salvo quelle restrizioni che furono esposte discorrendo delle varie competenze. Qualunque mezzo di prova è ammissibile (5), anche se si tratta di azione relativa ad atto giuridicamente inesistente per l'inosservanza delle forme dalla legge stabilite, perchè, per giudicare siffatta inesistenza, deve il magistrato essere anzitutto competente a giudicare. Se del caso può ammettere il giuramento (6), l'interrogatorio (7), ordinare l'esibizione del titolo (8). Che se più fossero i capi di domanda fra loro indipendenti, e per alcuno degli stessi il magistrato avesse in atti gli elementi per dichiarare la propria competenza, e gli elementi mancassero per gli altri, il magistrato può decidere in merito per quei capi pei quali la competenza è certa, ed ordinare incombenti per determinare se egli sia o no competente per gli altri capi (9).

203. Dal momento che nessuna presunzione è dalla legge stabilita per ritenere la competenza dell'Autorità adita, e che l'attore deve provare i fatti fondamento del suo diritto, è l'attore che deve provare i fatti in base ai quali risulta la competenza della autorità giudiziaria da lui adita (10), anche se si tratta di impugnativa di valore fatta dal convenuto (11), anche se si tratta di azioni mobiliari sulle quali il convenuto abbia impugnato il valore dichiarato o presunto (12). Ma se l'incompetenza havvi in seguito alla eccezione di merito dal convenuto sollevata, è il convenuto il quale solleva la eccezione di incompetenza del giudice adito, che deve provare che il giudice adito è incompetente a giudicare in seguito alla eccezione di merito da loro opposta (13). Se l'incompetenza viene sollevata per la prima volta in cassazione, è il proponente che deve provare che l'incompetenza stessa esiste.

La questione di competenza è come qualunque altra questione che si agita fra le parti in causa: solo in contraddittorio o legittima contumacia delle parti stesse può essere decisa. Ond'è che sulla eccezione di incompetenza può essere provveduto solo dopo regolare discussione della causa (14).

---

c. *Barberotti* (*Cass.*, Torino, 1882, 349); Cass. Roma, 13 aprile 1893, *Ceccarelli* c. *Bruni* (*Giur. It.*, 1893, 1, 1, 684); Cass. Torino, 13 agosto 1895, *Foppiani* c. *Cap. cattedr. di Bobbio* (*Giur.*, Torino, 1895, 623); 13 novembre 1895, *Piceni* c. *Morroni* (*Giur.*, Torino, 1895, 761); Cass. Firenze, 23 marzo 1895, *Frediani* c. *Bracci* (*Temi Ven.*, 1895, 306).

(1) Cass. Torino, 17 novembre 1880, *Appendino* c. *Casale* (*Giur.*, Torino, 1880, 214); 28 aprile 1881, *Muttoni* c. *Selva* (*Mon. Trib.*, 1881, 563); 20 agosto 1881, *Mattardo* c. *Mattardo* (*Giur.*, Torino, 1881, 652); 2 luglio 1881, *Macchetto* c. *Palladio* (*Mon. Trib.*, 1881, 776); 24 agosto 1884, *Ratti* c. *Vallanga* (*Giur.*, Torino, 1884, 640); 25 febbraio 1887, *Gili* c. *Golzio* (*Giur.*, Torino, 1887, 217); 11 ottobre 1887, *Canepa* c. *Brandelli* (*Giur.*, Torino, 1887, 641); Cass. Firenze, 13 dicembre 1888, *Menegazzi* c. *Lugo* (*Temi Ven.*, 1889, 107); Cass. Torino, 10 dicembre 1889, *Solaro* c. *Tallone* (*Giur.*, Torino, 1890, 43); Cass. Firenze, 1 dicembre 1890, *Com. di Ertocasso* c. *Filippin* (*Temi Ven.*, 1891, 27); Cass. Torino, 5 febb. 1891, *Orsero* c. *Orsero* (*Giur.*, Torino, 1891, 165). — Nello stesso senso, Mattirolo, I, 988, nota.

(2) Cass. Firenze, 24 gennaio 1870, *Pompignoli* c. *Pompignoli* (*Ann.*, 1870, 1, 109).

(3) Pret. di Naso, 17 marzo 1879, *Finanze* c. *Calamai* (*Mon. Pret.*, 1879, 352).

(4) Cass. Torino, 28 febbraio 1872, *Caviglia* c. *Cogo* (*Legge*, 1872, 1, 439); App. Lucca, 12 luglio 1873, *Treves* c. *Milani* (*Ann.*, 1873, 2, 548); App. Torino, 14 ottobre 1868, *Martini* c. *Berlina* (*Giur.*, Torino, 1869, 107); App. Catania, 4 settembre 1880, *Scuderi* c. *Gatto* (*Foro Cat.*, 1880, 10); App. Torino, 14 novembre 1890, *Astengo* c. *Dal Maino* (*Giur.*, Torino, 1891, 15). Confr. App. Roma, 30 luglio 1877, *Schisa* c. *Adler* (*Giur.*, Torino, 1877, 895).

Contra: Cass. Napoli, 1 luglio 1891, *Perrotti* c. *Casabona* (*Dir. e Giur.*, VII, 65).

(5) Cass. Torino, 28 febbraio 1872, *Caviglia* c. *Cogo*, (*Legge*, 1872, 439); App. Venezia, 27 novembre 1874, *Breda* c. *Bonafede* (*Eco Trib.*, 1874 479).

(6) Contra: App. Catania, 28 febbraio 1871, *Mancini* c. *Alemagna* (*Temi Zancl.*, 1871, 14); Cass. Torino, 13 settembre 1873, *Mereghetti* c. *Tirindelli* (*Ann.*, 1874, 1, 20).

(7) App. Casale, 3 novembre 1872, *Laschi* c. *Pozzone* (*Legge*, 1872, 1, 362). — Confr., App. Torino, 17 giugno 1873, *Peluffo* c. *Giovanetti* (*Giur.*, Torino, 1873, 601).

(8) Cass. Napoli, 7 febbraio 1878, *Sorrentino* c. *Parascandalo* (*Gazz. Proc.*, XIII, 79).

(9) Cass. Torino, 8 marzo 1876, *Re* c. *Re* (*Giur.*, Torino, 1876, 369).

(10) App. Genova, 13 luglio 1894, *Nossardi* c. *Arata* (*Giurista*, 1893, 397).

(11) Contra: Cass. Torino, 31 luglio 1882, *Poggi* c. *Fornari* (*Cass.*, Torino, 1882, 460); 29 gennaio 1875, *Raverta* c. *Zerli* (*Giur.*, Torino, 1875, 164).

(12) Contra: App. Brescia, 18 agosto 1879, *Grassi* c. *Grassi* (*Mon. Trib.*, 1879, 994).

(13) Cass. Firenze, 9 febbraio 1880, *Ercolani* c. *Abelli* (*Giur It.*, 1880, 1, 1, 573).

(14) Cass. Palermo, 22 gennaio 1874, *Maurigi* c. *P. M.* (*Mon. Pret.*, 1874, 399).

Titolo V. — Decisione sulla competenza e conseguenze della stessa.

204. Ultimazione del giudizio sulla competenza; giudizio incidentale nel quale interviene l'accordo delle parti avanti il presidente. — **205.** Delle sentenze sulla competenza in generale. — **206.** Caso in cui il magistrato di prima istanza si dichiara competente; impugnativa della decisione in appello. — **206-*bis*.** Caso in cui il magistrato di prima istanza si dichiara incompetente; impugnativa della decisione in appello. — **206-*ter*.** Caso in cui il magistrato ordini incombenti per accertare fatti influenti sulla decisione della competenza. — **207.** Giudizi di cassazione e di rinvio. — **208.** Cosa giudicata in materia di competenza; effetti della decisione.

204. Una volta istituito un giudizio, lo stesso, in uno od in altro modo, deve ultimarsi, e però anche il giudizio sulla competenza deve ricevere ultimazione. Finchè si tratta di incompetenza relativa, il giudizio può aver termine mediante rinunzia alla eccezione da parte di colui che l'ha fatta valere, se si tratta di incompetenza relativa o di incompetenza assoluta, può aver termine mediante recesso da parte dell'attore, al quale sia stata opposta l'eccezione di incompetenza, dal giudizio principale istituito avanti il giudice incompetente; recesso che non ha bisogno di accettazione da parte del convenuto per produrre l'effetto di far cessare la lite (1). Ma, se nessuno di questi fatti interviene, il giudizio non può terminare che con una decisione.

Già si è veduto che il giudizio sulla competenza può essere iniziato colle forme di un giudizio incidentale, e può la questione di competenza essere proposta al magistrato nell'atto stesso col quale al magistrato viene presentata la causa principale per la decisione. Nel caso in cui il giudizio venisse iniziato colle forme di un giudizio incidentale, tornando applicabile l'art. 181 del codice di procedura civile, la decisione sulla competenza può risultare dalla ordinanza del presidente colla quale, preso atto dell'accordo delle parti, viene disposto che l'accordo stesso abbia esecuzione, o che, in presenza dell'accordo, riconoscendo la incompetenza della Autorità adita, dichiari tale incompetenza di ufficio. In questo secondo caso, se l'ordinanza non è reclamata entro i tre giorni di cui all'art. 183 della procedura, la stessa sorte gli effetti della cosa giudicata; se è reclamata, sorge uno di quei giudizii contenziosi della decisione dei quali ci si occuperà in seguito. Nel primo caso, la ordinanza del presidente ha gli effetti della cosa giudicata se si tratta di incompetenza relativa, o se, trattandosi di incompetenza assoluta, le parti si sono accordate sulla incompetenza della Autorità giudiziaria adita; ma, se si fossero accordate sulla competenza per materia e valore, il loro accordo porrà termine al giudizio incidentale, ma non impedisce che la eccezione di incompetenza sia fatta in seguito valere dalle parti stesse o sia rilevata d'ufficio dal magistrato; se la competenza per materia e valore è improrogabile per consenso delle parti, il consenso da esse prestato avanti il presidente non può sortire quegli effetti che per legge il consenso non può produrre. Nel giudizio avanti il magistrato singolo non è possibile il vero e proprio giudizio incidentale: ciò non osta però a che, quando le parti siano di accordo, possa la decisione sulla competenza avvenire con ordinanza (2).

205. Se sulla competenza non è stato promosso giudizio incidentale, o se, essendo stato promosso tale giudizio, le parti non si accordarono, o se, accordate, il presidente ha elevato d'ufficio la incompetenza e la sua ordinanza sia reclamata, o se l'accordo delle parti non può sortire effetto, la pronuncia sulla competenza, anche se la pronuncia è stata data dal pretore per la competenza del conciliatore, non può essere data che mediante sentenza (3).

Quando un magistrato prende in esame una causa per deciderla, suo obbligo è quello, abbiano o no le parti elevato dubbii sulla sua competenza, di accertarsi se egli sia o no competente per materia e valore a giudicare della causa sottoposta al suo esame (4). Da questo però non ne viene che il magistrato abbia obbligo di far constare in ogni sentenza che egli ha esaminato se era o no competente a giudicare (5): è questo un esame che si presume essere stato fatto

(1) App. Torino, 9 giugno 1894, *Comp. La Paterna* c. *Cerutti* (*Giur.*, Torino, 1894, 725); Cass. Torino, 5 marzo 1890, *Canavese* c. *Ghiglio* (*Giur.*, Torino, 1890, 281).

(2) App. Casale, 16 marzo 1885, *Com. di Asti* c. *Negro* (*Giur. Cas.*, 1885, 208).

(3) Cass. Roma, 17 dicembre 1892, *Petrella* c. *Del Re* (*Foro It.*, 1892, 1, 71).

La quale così ragionava:

« Considerando che, secondo il sistema del vigente codice di procedura civile, esistono tre specie di provvedimenti che il giudice nell'esercizio della sua giurisdizione emette: decreti, ordinanze, sentenze. I primi, giusta l'art. 50 di detto codice, si emettono su ricorso di una parte, altera *inaudita*; le seconde si emettono in corso di causa, con citazione della parte contraria, dai presidenti o dai giudici delegati dal Collegio, ovvero se si versi in materia di competenza pretoriale dai pretori. Non si dice quali provvedimenti sieno sentenze, ma ben s'intende che, se i provvedimenti emessi dai presidenti o dai giudici delegati costituiscono le ordinanze, sieno sentenze i provvedimenti che il Collegio emette in contraddizione di tutte le parti. Cotesto criterio formale però non basta nel caso del giudice unico, pretore o conciliatore. È mestieri far capo a criterio che sia sostanziale. Ora siffatto criterio non può essere se non questo: il provvedimento è ordinanza, quando il pretore o conciliatore lo emette per risolvere tutta la controversia od un rapporto giuridico qualunque controverso. Se, prescindendo da ragioni storiche, non corresse fra le ordinanze e le sentenze l'enunciato divario, non si comprenderebbe perchè nel surriferito articolo 50 il legislatore abbia ritenuto potersi, non che sentenze, emanare ordinanze dai pretori e conciliatori.

« Per maggior conforto al principio stabilito, torna opportuno qui notare, come nella scuola ed in giurisprudenza fu notato, che la commissione legislativa rilevò nel coordinare il codice di procedura civile, dover costituire sentenza il provvedimento emanato su punti controversi ed ordinare il provvedimento emanato per punto d'istruttoria non contestato. Il difetto di forma in provvedimento che sia sostanzialmente sentenza non ha l'efficacia di mutarne la natura, dovendo, per virtù di logica, prevalere alla forma la sostanza. Ove la natura dei provvedimenti dipendesse dalla forma di cui piacesse rivestirsi, sarebbe addirittura in balìa del giudice ferire i diritti che alle parti litiganti derivano dal costituire ordinanze anzichè sentenze, taluni provvedimenti.

« Sicchè nella specie il provvedimento con cui il pretore di San Buono, nell'inizio delle operazioni sopra luogo, respinse la controversa eccezione d'incompetenza dell'Autorità giudiziaria, ha la natura giuridica di sentenza, e la mantiene non ostante la mancanza delle forme processuali stabilite per le sentenze. »

(4) Cass. Torino, 30 luglio 1868, *Gatti* c. *Com. di Monteleone* (*Gazz. Trib.*, Genova, 1868, 2, 441); 5 marzo 1869, *Mosca* c. *Mosca* (*Id.*, 1869, 154); 19 nov. 1878, *Borgese* c. *Soc. Operaia di Fossano* (*Giur.*, Torino, 1879, 34).

(5) Cass. Firenze, 1 giugno 1874, *Comune di Mestre* contro *Fabris* (*Monitore Giudiziario*, Venezia, 1874, 435); Cassazione Torino, 12 maggio 1870, *Bernardi* c. *Lapetti* (*Giurisprudenza*, Torino, 1870, 390).

dal magistrato prima di entrare nel merito della controversia. Si presume fatto però se non havvi la prova contraria; ond'è che, se il magistrato dichiarasse nella sua sentenza di astenersi dall'osservare se egli è competente per materia e valore a pronunciare nella causa avanti a lui promossa, la sentenza sarebbe impugnabile (1). E se il magistrato deve sempre esaminare se egli è o no competente per materia e valore, in tema di questa specie di competenza non può discorrersi di nullità della decisione per aver pronunciato su cosa non domandata (2).

Una volta che la questione di competenza sia stata sollevata, sia stata sollevata anche sotto la forma di una impugnativa del valore (3), il magistrato, prima di entrare nello esame del merito (4), deve esaminarla, anche se a tutta prima apparisse priva di fondamento (5); e non può ritenersi per implicitamente rigettata per non avere il magistrato della stessa fatto parola (6), o per avere adoperata la generica espressione: *rigettata ogni altra* domanda o difesa (7). Se in una causa formale la eccezione di incompetenza fu dedotta nella comparsa, nè mai fu riprodotta nella conclusionale, salvo l'obbligo del magistrato di esaminare di ufficio la propria competenza per materia e valore, il magistrato non è punto tenuto ad occuparsi della elevata eccezione (8).

Esaminando la eccezione, il magistrato deve dare alla sentenza una sufficente motivazione, affermando tutti quei fatti dei quali deve essere tenuto conto per determinare la competenza, il principio giuridico che egli crede di applicare, e la conseguenza che dal principio giuridico e dai fatti affermati ne viene relativamente alla competenza. Se più sono le azioni che vengono esercitate, la ricerca della competenza deve esser portata su ogni singola azione, e la decisione sulla competenza relativamente ad una delle azioni non ha alcuna influenza sulla decisione relativa alle altre. Nel decidere della competenza il magistrato deve astenersi dal far valere motivi relativi al merito della controversia (9); anche quando, attesa l'intima connessione fra la questione di competenza e la questione di merito, non è possibile procedere ad una assoluta separazione dei motivi che influiscono sull'una dai motivi che influiscono sull'altra, il giudice sulla competenza deve limitarsi a una semplice delibazione dei motivi di merito che sono influenti relativamente alla competenza (10). In difetto di motivazione la sentenza è nulla. Se però si tratta di competenza assoluta, ed il magistrato non si è occupato della stessa, la sentenza non è nulla, dal momento che la mancata motivazione non osta a che la Cassazione possa di ufficio esaminare ciò che concerne la incompetenza stessa (11).

Dal momento che dalla legge non è stabilita una formola per la statuizione sulla competenza, il magistrato è libero di adoperare quelle parole che crede le più opportune (12); ciò che è necessario si è che dalla combinazione dei motivi col dispositivo risulti che sulla competenza si è pronunciato (13), e che dalle parole usate, poste in confronto colle deduzioni delle parti, a mezzo della interpretazione delle parole stesse, emerga che sulla competenza, e su quella determinata specie di competenza, il magistrato intese pronunciare.

Ond'è che, salvo se del caso per difetto di motivazione, non sarebbe censurabile la sentenza, se, elevata la eccezione di incompetenza per una ragione, il magistrato si pronunciasse sulla competenza, senza rilevare il perchè egli si dichiari competente od incompetente, dovendo in tal caso il dispositivo della sentenza interpretarsi nel senso che la pronuncia sulla competenza sia avvenuta in relazione alla ragione fatta valere dalla parte (14).

Anche la sentenza sulla competenza pronuncia sulle spese del giudizio, e ad eccezione del divieto di condannare nelle spese quella delle parti che fu vincente, l'addossare le spese in tutto o per porzione alla parte perdente, od il compensarle, è rimesso alla equità del magistrato (15).

La pronuncia sulla competenza territoriale fatta da sentenza penale ai fini penali, non è la pronuncia di competenza ai fini civili della quale ci si sta occupando (16).

206. Detto ciò in generale, è d'uopo esaminare in modo speciale le singole decisioni che in materia di competenza possono esser date.

Il magistrato, che riconosce la propria competenza, la pronuncia, decidendo anche nel merito, se è investito dell'esame dello stesso, abbia o no chi oppose l'incompetenza

---

(1) Cass. Torino, 15 maggio 1870, *N. N.* (*Giur.*, Torino, 1870, 112).

(2) Trib. Avellino, 24 giugno 1887, *Francione* c. *Giovanniello* (*Gazz. Proc.*, XXI, 586).

(3) App. Genova, 8 febbraio 1867, *Comp. di commercio Occelli* c. *Comp. dei vapori Zucchi* (*Gazz. Trib.*, Genova, 1867, 671).

(4) App. Milano, 24 ottobre 1871, *Ditta Fermo, Conto e C.* c. *Ditta Evesque e C.* (*Legge*, 1872, 1, 9); App. Casale, 9 gennaio 1866, *Gatti* c. *Maino* (*Giur.*, Torino, 1866, 61).

(5) Cass. Roma, 4 aprile 1876, *Arditi* c. *Rosacca* (*Giur.*, Torino, 1876, 371).

(6) Cass. Firenze, 17 giugno 1872, *Agonigi* c. *Giurlani* (*Legge*, 1872, 1, 985).

(7) Vedi Cass. Torino, 10 dicembre 1874, *Monti* c. *Zucarello* (*Mon. Trib.*, 1875, 34).

Cont. Cass. Firenze, 31 gennaio 1867, *Sbolci* c. *Carlini* (*Giur.*, Torino, 1867, 117).

(8) Cass. Napoli, 24 giugno 1875, *Notari* c. *Vazieri* (*Ann.*, 1875, 1, 406).

(9) Cass. Roma, 30 aprile 1868, *Castelli* c. *Terribili* (*Ann.*, 1868, 1, 262).

(10) Cass. Torino, 29 dicembre 1870, *Pavaluppi* c. *Pavaluppi* (*Ann.*, 1871, 1, 375); Cass. Roma, 6 novembre 1894, *Mattei* c. *Lucattini* (*Concil.*, 1894, 757); Cass. Firenze, 9 aprile 1885, *Dell'Oro* c. *Vannucci* (*Temi Ven.*, 1885, 290); Cassaz. Napoli, 28 aprile 1887, *Giurianna* c. *Com. Pallogario* (*Dir. e giur.*, III, 41); Cass. Roma, 19 dicembre 1892, *Gregori* c. *Com. di Alviano* (*Corte Suprema*, 1892, 229); Cass. Torino, 7 giugno 1884, *Fallita Soc. Unione Generale* c. *Soc. Generale* (*Giur.*, Torino, 1884, 642).

(11) Cass. Roma, 29 aprile 1880, *Annibaldi* c. *Pacifici* (*Foro It.*, 1880, I, 467); Cass. Roma, 9 settembre 1889, *Com. di Calatabiano* c. *Ganguzza* (*Corte Suprema*, 1889, 598).

(12) Cass. Firenze, 25 novembre 1878, *Cittadella* c. *Zacco* (*Temi Ven.*, 1878, 601).

(13) Cass. Roma, 7 giugno 1890, *Com. di Terranova* c. *Finanze* (*Legge*, 1890, 2, 147).

(14) App. Bologna, 4 dicembre 1869, *Min. pubbl. istruz.* c. *Ranenghi* (*Gazz. Trib.*, Genova, 1870, 130).

(15) Vedi App. Catanzaro, 9 ott. 1871, *Vilardi* c. *Colica* (*Legge*, 1871, 1, 449); App. Lucca, 12 dicembre 1866, *Provenzali* c. *Balestrini* (*Ann.*, 1866, 2, 242); App. Firenze, 6 maggio 1873, *Rezzi* c. *Com. di Empoli* (*Ann.*, 1873, 2, 509); App. Milano, 17 giugno 1876, *Trümpy* c. *Caddum* (*Ann.*, 1876, 2, 514); App. Bologna, 5 marzo 1883, *Gnuoli* c. *Bagnoli* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1883, 98).

(16) Cass. Napoli, 5 agosto 1889, *Cumbatella* c. *Arcieri* (*Legge*, 1890, 1, 450).

prese nel merito conclusioni (1). Tale sentenza è appellabile come qualunque altra, sia con appello principale che incidentale (2), salvo che si tratti di sentenza del pretore che pronuncia sulla competenza del conciliatore (3). Avanti il giudice di appello la decisione sulla competenza è pregiudiciale a qualsiasi questione di rito e di merito quando la questione sia relativa alla competenza del magistrato a giudicare in appello della sentenza appellata, ma se è relativa alla competenza del magistrato di appello come conseguenziale alla competenza del magistrato di prima istanza, alla questione sulla competenza è pregiudiziale quella di rigetto dell'appello senza esame, sia perchè l'appello è stato proposto fuori termine, sia per mancanza di deposito della sentenza di appello e degli atti del primo giudizio (4). Nel giudizio di appello le parti possono dimettere nuovi documenti, per provare la competenza o l'incompetenza del giudice di primo grado (5). Se il magistrato di primo grado ha pronunziato solo sulla competenza, al giudizio sulla competenza deve limitarsi il magistrato in appello (6), anche se si trattasse soltanto di ammissione di prove (7), abbiano o no le parti estesa la discussione anche al merito (8); se il magistrato di primo grado ha pronunciato sulla competenza e sul merito, il magistrato di appello, che riconosce la incompetenza del primo giudice, deve limitarsi a dichiararla, e non può conoscere del merito (9).

Se il conciliatore, ritenendo non fondata la eccezione di

(1) App. Torino, 10 maggio 1869, *Ferr. A. I. c. Spinetto* (*Giur. It.*, 1869, 2, 320); App. Genova, 21 giugno 1867, *Cassa Depositi e Prest.* c. *Costa* (*Ann.*, 1867, 2, 579.

Cont. App. Torino, 1 marzo 1875, *Vanni* c. *Galloppi* (*Giur.*, Torino, 1875, 341).

(2) App. Venezia, 18 luglio 1889, *Brusoni* c. *Soc. Savigliano* (*Temi Ven.*, 1889, 472).

(3) Cass. di Firenze, 19 novembre 1883, *Celoni* c. *Finanze* (*Foro It.*, 1884, I, 20).

La quale così considerava:

« Attesochè dalle combinate disposizioni degli articoli 456, 458 e 459 del codice di procedura civile si raccoglie che, quando nei giudizi davanti ai conciliatori, le di cui sentenze sono di regola inappellabili, vi ha una questione d'incompetenza, cotesta questione deve essere risoluta dal pretore; che, quando la detta eccezione venga proposta dalle parti, il conciliatore, sia che la creda sia che non la creda fondata, ed anche senza eccezione di parte, quando egli stesso si reputi incompetente per materia e valore, deve con semplice atto esprimere i motivi del suo avviso e trasmetterne copia al pretore per la risoluzione dell'incidente; che, infine, quando l'incidente sulla incompetenza elevato dalle parti non sia stato come sopra sottoposto al pretore, ovvero, trattandosi d'incompetenza per materia o valore, il conciliatore non abbia di ufficio elevato tale incidente, le parti possono appellare dalla di lui sentenza davanti al pretore.

« Attesochè in tutte le anzidette ipotesi la pronuncia del pretore non può altrimenti riguardarsi che come in una sentenza emanata in grado d'appello, e quindi non soggetta ad essere impugnata con altro appello. Ed invero: se nella ipotesi preveduta dall'articolo 459, che l'incidente sulla incompetenza elevato dalle parti non sia stato sottoposto al pretore, o il conciliatore non abbia d'ufficio elevato l'incidente della incompetenza per materia o valore, ossia se nella ipotesi il conciliatore non abbia espresso alcun avviso, per le parole stesse dell'articolo anzidetto, non può dubitarsi che dinanzi al pretore si tratti di un vero e proprio giudizio in appello; per la medesima ragione, ed anzi a maggior ragione, deve ciò ritenersi quando il conciliatore abbia fatto precedere il suo avviso.

« Attesochè la esattezza e verità di cotesto corollario si fa poi anche più manifesta quando si consideri che, sebbene per l'indole della istituzione del conciliatore, e per non togliere alla stessa il principale suo pregio di una giustizia facile e non dispendiosa, la legge disponga che il conciliatore deve esprimere il suo avviso con semplice atto, pure cotesto avviso, nella sua sostanza, non cessa di essere una specie di sentenza, la quale deve essere, necessariamente, confermata o riprovata dal giudice superiore che è il pretore. E che anche nel concetto della legge, l'avviso, che il conciliatore deve emettere nei casi contemplati dagli articoli 456 e 458 sia una specie di prima cognizione, si argomenta chiaramente dal primo capoverso dello stesso articolo 456, il quale chiama sentenza definitiva la successiva risoluzione emanata dal conciliatore sul merito della causa.

« Attesochè, del resto, ad eliminare qualunque dubbio sul proposito, concorre mirabilmente l'art. 84 del codice di procedura civile, il quale testualmente dispone che « i pretori pronunciano in grado « di appello dalle sentenze dei conciliatori nei casi degli articoli « 456, 458 e 459 ». E pronunciando il pretore in grado di appello in tutti cotesti casi, è ovvio che non possa contro la di lui sentenza sperimentarsi un altro appello (art. 481 del codice di procedura civile) ».

(4) Cass. Roma, 25 luglio 1882, *Rezzesi* c. *Polidori* (*Foro It.*, 1883, 1, 511).

La quale così considerava:

« La legge che regola le competenze per materia o per valore, essendo d'ordine pubblico impone, certamente, al magistrato d'astenersi anche d'ufficio dal conoscere in una controversia che sia di altrui competenza. Ma quando, prima di essere portata alla sua cognizione la causa, si propone una tale irregolarità di procedura, sussistendo la quale si venga a rendere impossibile ogni esame sulla causa stessa, come è quella del difetto del deposito degli atti del primo giudizio, in tal caso ognun vede che il còmpito del magistrato, essendo limitato alla materiale indagine sull'essersi o non essersi fatto il dovuto deposito, ed a rigettare o non rigettare senza esame l'appello, non avrebbe ragione nè scopo, e mancandogli gli atti, neppure modo di estendersi alla ricerca sulla natura della controversia, per vedere se sia di sua competenza il conoscerne, una volta che non deve conoscerne.

« L'eccezione d'incompetenza è pregiudiziale, è vero, a tutte le eccezioni di merito o che possano avere influenza sul merito: quando non si parla di eccezioni, si accenna a questioni che si propongono, dopo che è introitato il giudizio e che tendono a far cancellare gli atti o respingere le istanze. Invece il rigetto dell'appello senza esame presuppone che esista la sola dichiarazione e notificazione d'appello spoglia di tutte le altre forme che la legge richiede perchè il giudizio d'appello si possa dire formalmente introdotto avanti il magistrato superiore, e che consistono nel deposito degli atti del primo giudizio, del mandato e della sentenza appellata.

« In cotesto stato di cose nessuna altra pronuncia è possibile al magistrato, non ancora investito della cognizione dell'appello fuorchè il dichiarare non essere luogo a giudizio in appello; ciò che nel comune linguaggio del fòro si traduce in rigetto d'appello senza esame ».

(5) Cass. Roma, 19 maggio 1876, *Orsi* c. *Capossi* (*Ann.*, 1876, 1, 462).

(6) Art. 493, 1ª parte, cod. proc. civ.; Mattirolo, IV, 818; App. Napoli, 21 luglio 1868, *Municipio del Colle di Anchiso* c. *Barone* (*Ann.*, 1868, 2, 268); Cass. Torino, 1 febbraio 1867, *Piondini* c. *Cottafava* (*Ann.*, 1867, 1, 158).

(7) Cass. Firenze, 7 giugno 1875, *Gleggia* c. *Togni* (*Mon. Giud.*, Venezia, 1875, 636).

(8) Cass. Torino, 30 novembre 1882, *Bosonotto* c. *Com. di Piane Sesia* (*Cass.*, Torino, 1882, 606).

(9) Cass. Torino, 21 dicembre 1892, *Misesti* c. *Com. di Spezia* (*Giur.*, Torino, 1893, 65); Cass. Roma, 31 gennaio 1894, *Albini* c. *Chiarelli* (*Corte Suprema*, 1894, 4).

Cont. Cass. Torino, 6 ottobre 1871, *Rossi* c. *Consoli* (*Giur* Torino, 1871, 655).

incompetenza, ha conosciuto del merito, quando il pretore dichiara la incompetenza, il giudizio avanti il conciliatore si ha come non avvenuto (1).

Il magistrato di appello che riforma la sentenza di primo grado, se è competente a giudicare in primo grado della causa, può, se richiesto da una delle parti, conoscere della causa quale magistrato di primo grado e pronunciare nella stessa sentenza con la quale pronuncia la incompetenza del giudice primo adito (2). In tal caso la sentenza è sentenza di appello per ciò che concerne la incompetenza del giudice adito, e sentenza di primo grado per ciò che concerne la pronunzia in merito, e però la sentenza nella parte che riforma la sentenza del giudice di primo grado non è che denunciabile in Cassazione (3).

La sentenza annullata per incompetenza non è titolo per ottenere nel giudizio istituito avanti il giudice competente la provvisoria esecuzione della sentenza (4).

206-*bis*. Il magistrato che riconosce la propria incompetenza la dichiara, senza occuparsi di determinare quale sia l'Autorità giudiziaria competente a decidere la lite (5): se, oltre che dichiarare la propria incompetenza, il magistrato designa anche l'Autorità, a suo giudizio, competente a giudicare, questa designazione non ha alcun effetto giuridico (6), e le parti, adito il giudice designato dalla sentenza, possono sempre opporre la incompetenza del giudice stesso, e tale incompetenza può, se del caso, essere dichiarata di ufficio. Una volta che il magistrato adito riconosce la propria incompetenza, non può restringere la pronuncia entro i limiti della competenza sua (7), deve senz'altro spogliarsi della cognizione della controversia, e la sentenza pone fine alla lite (8). L'effetto della dichiarazione di incompetenza sulla domanda riconvenzionale si estende alla domanda principale (9).

La decisione con la quale il magistrato dichiara la propria incompetenza, tranne il caso di sentenza del pretore che pronunci sulla competenza del conciliatore, è appellabile come qualunque altra. Se il magistrato di appello riconosce la incompetenza del primo giudice, conferma la sentenza; in caso contrario, la riforma; ma, salvo il caso in cui vi sia richiesta delle parti acciò pronunci come giudice in prima istanza, nel qual caso sono applicabili i principii stabiliti nel numero precedente (10), non può giudicare del merito (11), deve rinviare le parti al giudice di primo grado per la pronuncia (12). Se però il magistrato di primo grado, essendosi

(1) Art. 456, capov. 2°, cod. proc. civ.

(2) Mattirolo, IV, 8 13; Gargiulo e Cuzzeri, sull'art. 493; Mortara, *Man.*, n. 916. — Cass. Torino, 30 dicembre 1875, *Martini* c. *Conti* (*Foro It.*, 1876, I, 517); 13 settembre 1870, *Liberati* c. *Giordano* (*Legge*, 1871, 1, 118); 30 novembre 1870, *Pasquini* c. *Lajo* (*Giur.*, Torino, 1871, 39); 12 febbraio 1875, *Com. di Canelli* c. *Castini* (*Giur.*, Torino, 1875, 199); 11 marzo 1874, *Finanze* c. *Wagner* (*Giur. It.*, 1874, 1, 1, 425); 2 maggio 1866, *Odina* c. *Roveri* (*Giur.*, Torino, 1866, 249); App. Bologna, 31 gennaio 1874, *Turri* c. *Podetti* (*Giur.*, Torino, 1874, 568); 3 dicembre 1880, *Formignani* c. *Pieri* (*Giur. It.*, 1881, 2, 149); Trib. Roma, 16 maggio 1881, *Arioli* c. *Com. di Roma* (*Temi Rom.*, 1881, 282); Cass. Roma, 28 luglio 1881, *Sperling* c. *Marini* (*Legge*, 1881, 2, 579); App. Torino, 16 settembre 1887, *Nava* c. *Mariani* (*Giur. It.*, 1887, 2, 592); Cass. Torino, 14 luglio 1888, *Pontelli* c. *Ospedale di Carrara* (*Giur.*, Torino, 1888, 498); 14 luglio 1888, *Paris* c. *Bianco* (*Foro It.*, 1888, I, 717); App. Torino, 20 febbraio 1891, *Roberto* c. *Srylanski* (*Giur.*, Torino, 1891, 555); App. Venezia, 26 dicembre 1890, *Banca pop. di Conegliano* c. *Protti* (*Temi Ven.*, 1891, 225); Cass. Torino, 7 sett. 1892, *Bertini* c. *Battaglieri* (*Giur.*, Torino, 1892, 705); Cass. Roma, 22 giugno 1893, *Secchi* c. *Basigheddu* (*Foro It.*, 1893, I, 887); App. Milano, 13 ottobre 1884, *Porro* c. *Rossi* (*Mon. Trib.*, 1884, 1110).

Cont. Ricci, *Proc. civ.*, II 559; Pistoni, nella *Legge*, 1882, 679; Lessona, nella *Giur. It.*, 1889, IV, 228-240. — Cass. Firenze, 13 novembre 1882, *Masiero* c. *Gemma e Sacchiero* (*Foro It.*, 1883, 1, 24); App. Cagliari, 20 giugno 1893, *Falchi* c. *Finano* (*Mon. Trib.*, 1893, 748); Cass. Napoli, 18 maggio 1895, *Savarese* c. *Catrini* (*Foro It.*, 1895, 1, 828).

Vi sono decisioni le quali ritengono che ciò non possa avvenire se non quando vi sia richiesta concorde delle parti: Cassaz. Roma, 16 agosto 1894, *Del Bagno* c. *De Mauro* (*Legge*, 1894, 2, 506); Cass. Roma, 1 maggio 1895, *Falcone* c. *Guglielmi* (*Giur.*, Torino, 1895, 525).

(3) Cass. Roma, 4 settembre 1877, *Fiorentini* c. *Pellacchi* (*Giur. It.*, 1877, 1, 1, 824).

(4) App. Casale, 17 novembre 1869, *Dario* c. *Barberis* (*Temi Cas.*, 1889, 364).

(5) Cass. Firenze, 24 febbraio 1870, *Neri* c. *Demanio* (*Ann.*, 1870, 1, 91); App. Lucca, 11 marzo 1887, *Harrispolin* c. *Bey di Tunisi* (*Foro It.*, 1887, 1, 474). — Confr. Cass. Firenze, 25 novembre 1878, *Cittadella* c. *Zacco* (*Temi Ven.*, 1876, 686).

(6) App. Firenze, 11 marzo 1878, *Guerrini* c. *Clementi* (*Ann.* 1878, 2, 131).

La quale così considerava:

« Attesochè anche meno fondato del precedente si presenti il secondo degli avvertiti appunti mossi dall'appellante ai giudici di primo grado. E di vero, la sentenza ha unicamente nella sua parte motiva e perfuntoriamente esternato il parere che la competenza a conoscere della controversia sollevata dal cav. Clementi spetti al tribunale di Roma, ma si è rigorosamente astenuta dal farne proposito nel dispositivo. Ora, se è certo in diritto il principio, che ciascun magistrato (come ottimamente osserva il Ricci, *Comm. al codice di proc. civ.*, vol. 1°) è chiamato a conoscere della propria competenza e non di quella degli altri; se è certo eziandio che il magistrato, il quale, dopo essersi dichiarato incompetente, pronunziasse sulla competenza di altro giudice innanzi al quale rimettesse le parti, commetterebbe evidentemente eccesso di potere, ed il suo pronunziato non potrebbe sfuggire alla meritata censura; è del pari vero che il magistrato ha fatto ossequio all'avvertito principio, e sfugge a qualunque rimprovero, ognorachè nella parte dispositiva della sentenza, che è quella che determina la condizione giuridica delle parti, e in cui si rivela e si sostanzia l'*imperium* del giudice, egli si è astenuto dall'emettere disposizioni o dichiarazioni esorbitanti la sfera delle sue facoltà ».

(7) Cass. Roma, 14 giugno 1894, *Sbarretti* c. *Valentini* (*Foro It.*, 1894, 1, 650).

(8) Cass. Torino, 20 luglio 1883, *Lanza* c. *Pittaluga* (*Giur.*, Torino, 1883, 938).

(9) Cass. Roma, 26 giugno 1893, *La Stella* c. *Cinello* (*Giur. It.*, 1893, 1, 1, 1022).

(10) Cass. Roma, 4 settembre 1877, *Fiorentini* c. *Pellacchi* (*Giur. It.*, 1877, 1, 1, 824).

(11) Art. 493, 1ª p., cod. proc. civ.; Mattirolo, IV, 811. — Cass Torino, 12 novembre 1879, *Levi* c. *Aimini* (*Giur.*, Torino, 1880, 111).

(12) App. Napoli, 21 luglio 1868, *Municipio del Colle di Anchiso* c. *Barone* (*Ann.* 1868, 2, 268); 14 ottobre 1868, *Bitetti* c. *Paradisi* (*Ann.*, 1888, 2, 577); App. Casale, 11 settembre 1869, *Fantini* c. *Musso* (*Temi Cas.*, 1869, 239); Cass. Napoli, 1 febbraio 1868, *Mazzei* c. *Spadafora* (*Giur. It.*, 1868, 1, 1, 132); App. Firenze, 27 aprile 1868, *Rovelli* c. *Ercolai* (*Ann.*, 1868,, 2, 621); Cass. Napoli 30 aprile 1870, *Ruguer* c. *Andreazzi* (*Gazz. Trib.*, Napoli, 1870, 75); 20 aprile 1875, *Panarelli* c. *Tito* (*Gazz. Trib.*, Napoli, 1875, 291); 12 gennaio 1869, *Comuni diversi* c. *Nastrilli* (*Giur.*, Torino, 1869, 472); Cassaz. Roma, 15 gennaio 1883, *Alfieri* c. *Binelli* (*Temi Rom.*, 1883, 517); Cass. Torino, 12 dicembre 1887, *Durio* c. *Città di Tortona* (*Giur.*, Torino, 1888, 33); Cass. Palermo, 16

dichiarato in parte incompetente ed in parte competente, decise del merito per quella parte per la quale dichiarò la propria competenza, il magistrato di appello può pronunciare sul merito intiero (1). Se la parte ha rinunciato in appello alla eccezione di competenza, il magistrato non può pronunciare sul merito (2); la ragione dell'articolo 493 sta nella mancanza di un giudicato di prima istanza sul merito del quale il magistrato di appello possa conoscere, e la rinuncia della parte alle eccezioni sulle quali riuscì vittoriosa in prima istanza non fa sì che il giudicato vi sia.

Può avvenire che il magistrato di prima istanza, al quale sia stata rinviata la causa in seguito alla riforma della decisione di incompetenza, si dichiari nuovamente incompetente. In questo caso non havvi una sentenza che pronuncia sulla competenza, perchè la questione di competenza fu risoluta dal magistrato d'appello (3), havvi un vero e proprio rifiuto di pronunciare, e però non una decisione di competenza, ma una decisione di merito; di conseguenza, impugnata in appello tale decisione, l'art. 493 della procedura non torna applicabile, ma il magistrato di appello può pronunciare sul merito (4).

206-*ter*. Si è veduto come possano essere ordinati incombenti allo scopo di accertare fatti influenti sulla competenza. Anche in questo caso la sentenza è appellabile, ed il magistrato di appello, riformando la sentenza, può pronunciare sulla competenza. Sulla competenza però soltanto, ma non anche sul merito, dal momento che la pronuncia su incombenti relativi alla competenza è pronuncia sulla competenza, e però la stessa va soggetta alla regola dell'articolo 493 della procedura (5). Se il magistrato di appello conferma la sentenza, od è esso che ordina gli incombenti per accertare la competenza, può rinviare la causa al primo giudice per gli atti d'istruzione (6).

207. Contro la sentenza del magistrato di appello che pronuncia sulla competenza od incompetenza del giudice adito, è ammesso il ricorso in cassazione (7), anche se in appello è avvenuta la difesa in merito (8), e non già l'impugnativa al magistrato di merito di grado superiore a quello che ha pronunciato sulla competenza (9), anche se si tratta di sentenza del pretore che pronuncia sulla competenza del conciliatore (10). Il ricorso in cassazione è ammesso in quanto vi sia violazione di legge, non in quanto vi sia solo apprezzamento sui fatti in presenza dei quali si decise la competenza o l'incompetenza (11). Se però si tratta di competenza per materia o valore, siccome di questa competenza la Corte di cassazione deve occuparsi anche d'ufficio, la Cassazione è giudice di merito (12), ha facoltà di riconoscere e mettere in essere i fatti (13), anche se l'incompetenza sia stata sollevata dalle parti avanti i giudici del merito (14); può sommare più capi di domanda per vedere se dal cumulo dei valori risulta o no l'incompetenza del giudice adito (15). In Cassazione al giudizio sulla competenza del giudice di merito è pregiudiziale il giudizio sulla ammissibilità del ricorso (16); in tanto la Cassazione può pronunciare in quanto sia legalmente investita della causa, e non è legalmente investita della cognizione della causa, se non è ammissibile il ricorso.

Perchè la decisione del magistrato del merito possa essere annullata in cassazione, è d'uopo che il magistrato stesso abbia violato le norme di legge sulla competenza relativamente alla azione esperita. Ond'è che, se il magistrato di merito avesse definito erroneamente l'azione esperita, sulla quale come da lui definita sarebbe stato incompetente, e si fosse dichiarato competente, non per questo la decisione può essere annullata, ma la Corte di cassazione, ben inteso sempre limitatamente al giudizio sulla competenza, correggendo la definizione data dal magistrato di merito, deve rigettare il ricorso (17). Se la sentenza denunciata contiene più capi, e

maggio 1889, *Bonanno* c. *Collegio di Centuripe* (*Legge*, 1889, 2, 779); App. Casale, 19 settembre 1892, *Milanesi* c. *Banca pop. di Alessandria* (*Giur. Cas.*, 1892, 544); App. Perugia, 10 novembre 1892, *Santicchi* c. *Blasi* (*Gazz. Proc.*, XXV, 489); Cass. Napoli, 2 settembre 1892, *Tranquillo* c. *Dos Vapos* (*Dir. e Giur.*, VIII, 317); 23 giugno 1893, *Giannetti* c. *La Vacca* (*Gazz. Proc.*, XXV, 590); App. Catania, 24 luglio 1893, *Beneventano* c. *Prefetto di Siracusa* (*Giur. Cat.*, 1893, 169).

(1) Cass. Roma, 23 febbraio 1888, *Pellerano* c. *Navigaz. Gen.* (*Ann.*, 1888, 1, 200).

(2) Cont. Cass. Firenze, 29 marzo 1883, *Com. di Bucine* c. *Fabbri* (*Temi Ven.*, 1883, 346).

(3) Trib. Messina, 26 gennaio 1894, *Finanze* c. *Messina* (*Rif. Giur.*, Messina, 1894, 113).

(4) Dec. citata alla nota precedente.

(5) App. Palermo, 17 marzo 1873, *Banca Naz.* c. *De Simone* (*Circ. Giur.*, 1873, 95); App. Bologna, 28 marzo 1881, *Congr. Scoli* c. *Feletti* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1881, 273); Cass. Torino, 19 giugno 1895, *Cadirola* c. *Spiotta* (*Giur.*, Torino, 1895, 703).

(6) Cass. Torino, 5 luglio 1894, *Chiarotti Scarpellini* c. *Pallaci* (*Giur.*, Torino, 1894, 449).

(7) Art. 507, n°. 3, cod. proc. civ.

(8) Cass. Firenze, 17 novembre 1874, *Fantozzi* c. *Girobuzzi* (*Monit. Giud.*, Venezia, 1875, 54).

(9) App. Torino, 4 luglio 1870, *Moltini* c. *Gualzatto* (*Mon. Trib.*, 1870, 496).

(10) Cass. Roma, 25 giugno 1877, *Antonacci* c. *Capitolo della Collegiata di Force* (*Foro It.*, 1877, 1037); 21 dicembre 1877, *Papa* c. *Modesti* (*Legge*, 1879, 81); Cass. Torino, 14 agosto 1884, *De Filippi* c. *Conio* (*Giur.*, Torino, 1884, 626).

(11) Cass. Torino, 28 giugno 1880, *Oratorio di S. Bernardino* e *Fabbric. di S. Pietro di Novi Ligure* c. *Remotti* (*Giur.*, Torino, 1880, 588); Cass. Roma, 15 ottobre 1878, *Malvasia* c. *Ranuzzi* (*Ann.*, 1878, 2, 638); Cass. Napoli, 26 febbraio 1881, *Lavagna* c. *Foti* (*Gazz. Proc*, XVI, 8); Cass. Torino, 15 maggio 1882, *Amm. forestale dello Stato* c. *Com. di Milano* (*Mon. Trib.*, 1882, 1030); Cass. Firenze, 27 maggio 1892, *Cichero* c. *Eliopoli* (*Temi Ven.*, 1892, 444).

(12) Cass. Napoli, 12 gennaio 1892, *Giordano* c. *Dal Pozzo* (*Mov. giur.*, 1892, 81); Cass. Roma, 23 aprile 1890, *Com. di Torre del Greco* c. *Palomba* (*Corte Suprema*, 1890, 151); 12 gennaio 1890, *Campa* c. *Cavallini* (*Foro It.*, 1890, 175); 21 marzo 1895, *Petti* c. *Com. di Termoli* (*Corte Suprema* 1895, 43); 15 giugno 1895, *Congr. carità di Fano* c. *Rossi* (*Ann.*, 1895, 1, 96).

(13) Mattirolo, IV, 1192, nota. Cass. Roma, 8 febbraio 1883, *Finanze* c. *Peyrani* (*Foro It.*, 1883, 1, 1113); App. Roma, 16 gennaio 1883, *Pref. ed Intend. di Genova* c. *Peyrano* (*Legge*, 1883, 1, 327); Cass. Roma, 20 gennaio 1894, *Congr. Carità di Fano* c. *Jacovacci* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1894, 149); 1 giugno 1894, *Devitto* c. *Binelli* (*Temi Gen.*, 1894, 483) — Vedi anche Cass. Roma, 11 dicembre 1880, *Finanze* c. *Ditta Bonnet* (*Legge*, 1881, 1, 3).

(14) Cont. Cass. Firenze, 14 luglio 1874, *Tellari* c. *Cannocchini* (*Ann.*, 1874, 1, 386).

(15) Cass. Firenze, 14 luglio 1879, *Gritti* c. *Mori* (*Temi Ven.*, 1879, 395).

(16) Cont Cass. Torino, 12 agosto 1867, *Invernizzi* c. *Leri* (*Giur.*, Torino, 1867, 383).

(17) Cass. Torino, 23 luglio 1883, *Giocosa* c. *Guglielmada* (*Giur.*, Torino, 1883, 991).

l'incompetenza esiste solo per alcuni, la sentenza non può essere annullata che per questi capi (1). La dichiarazione di incompetenza del giudice di appello importa necessariamente annullamento della sentenza del giudice in primo grado (2), ammenochè l'annullamento non fosse esclusivamente relativo alla competenza del magistrato di appello.

Se la Corte di cassazione annulla la sentenza per violazione delle norme di competenza, non rinvia la causa ad altra Autorità giudiziaria acciò questa pronunci nuovamente sulla dedotta eccezione (3), ma statuisce essa stessa quale sia l'Autorità competente (4), anche se la incompetenza fu dalla Cassazione rilevata d'ufficio (5), rimettendo le parti all'Autorità giudiziaria di prima istanza da essa designata. Se però l'Autorità che sarebbe la competente è quella stessa che pronunziò la sentenza cassata, la Cassazione rinvia ad altra Autorità giudiziaria (6), o alla stessa ma perchè pronunci con giudici diversi (7). L'Autorità di merito, che dalla Cassazione fu designata come competente, non può tornare sulla questione di competenza dalla Cassazione risoluta (8) se la Corte che ha annullato la sentenza era competente a pronunciare sul regolamento della competenza fra l'Autorità giudiziaria che pronunciò la sentenza annullata e quella designata dalla Corte di cassazione; che se altra Corte di cassazione fosse stata competente a pronunciare sul regolamento di competenza, l'Autorità designata come competente dalla Cassazione, ben potrebbe dichiarare la sua incompetenza a giudicare (9).

208. Anche la decisione che pronuncia sulla competenza forma cosa giudicata, sia la decisione stessa definitiva od interlocutoria (10). Gli effetti della cosa giudicata sulla competenza, però, non sono sempre gli effetti che in genere si producono in forza della cosa giudicata. Tutte le volte che dopo il passaggio in giudicato di una decisione sulla competenza, la questione di competenza viene riproposta avanti l'Autorità giudiziaria che ha pronunciato la sentenza nei diversi gradi della Autorità stessa, o sia riproposta avanti una Autorità giudiziaria relativamente alla quale l'Autorità che pronunciò la sentenza sarebbe stata competente a giudicare sul regolamento di competenza (11), la sentenza produce tutti gli effetti della cosa giudicata (12), anche se si tratti di incompetenza per materia o valore (13) e la pronuncia sia stata emessa da magistrato di prima istanza (14), o di appello (15), sia pure stata la sentenza impugnata, non però relativamente alla competenza (16), sia passata in cosa giudicata in seguito al decorso del termine per appellare e per ricorrere, o per acquiescenza tacita delle parti (17), o per

---

(1) App. Firenze, 28 febbraio 1874, *Innocenti* c. *Baldini* (*Giur.*, Torino, 1874, 206).

(2) Cass. Firenze, 11 novembre 1889, *Pasqui* c. *Gandolfi* (*Temi Ven.*, 1890, 5).

(3) Contra: Cass. Torino, 3 luglio 1883, *Marelli* c. *Cays* (*Giur.*, Torino, 1883, 946).

(4) Art. 544, 1ª parte, cod. proc. civ.

(5) Cass. Firenze, 11 dicembre 1871, *Mitterdorfer* c. *Trugoli* (*Ann.*, 1872, 1, 35).

(6) Cass. Torino, 27 giugno 1867, *Brugnone* c. *Fontana* (*Giur. It.*, 1867, 1, 1, 455); 14 giugno 1883, *Canova* c. *Cevasco* (*Mon. Trib.*, 1883, 607): 23 maggio 1883, *Salvotti* c. *Guerra* (*Giur.*, Torino, 1883, 724); 6 maggio 1884, *Ronco* c. *Ferraris* (*Giur.*, Torino, 1884, 489). — Contra: Cass. Torino, 21 dicembre 1892, *Mesesti* c. *Com. di Spezia* (*Giur.*, Torino, 1893, 65).

(7) Cass. Firenze, 11 novembre 1889, *Pasqui* c. *Gandolfi* (*Temi Ven.*, 1890, 5).

(8) Mattirolo, IV, 1192. — App. Casale, 3 settembre 1869, *Torriani* c. *Raffo* (*Gazz. G.*, 1870, 31); Cass. Napoli, 3 marzo 1879, *De Sanctis* c. *Fall. Sica* (*Gazz. Proc.*, XIV, 198).

(9) Confr. art. 109 cod. proc. civ.

(10) Cass. Firenze, 22 marzo 1876, *Ottoboni* c. *Prevedin* (*Ann.*, 1876, 1, 275); App. Milano, 12 giugno 1882, *Benasedo* c. *Comune Lecco* (*Mon. Trib.*, 1882, 760); Cass. Torino, 10 dicembre 1883, *Martinelli* c. *Roselli* (*Giur.*, Torino 1884, 147); Appello Roma, 8 aprile 1884, *Giganti* c. *Sciotti* (*Temi Rom.*, 1884, 514).

(11) Confr. art. 109 cod. proc. civ.

(12) App. Torino, 11 giugno 1875, *Richiardi* c. *Marchisio* (*Gazz. Trib.*, Genova, 1875, 830); Cass. Napoli, 31 luglio 1880, *Finanze* c. *Guadalupi* (*Gazz. Pret.*, 1881, 111); Cass. Torino, 16 giugno 1869 *Antonelli* c. *Antonelli* (*Ann.*, 1869, 1, 333); Cass. Roma, 22 maggio 1882, *Com. di Chiaravalle* c. *Rossi* (*Foro It.*, 1882, 1, 1023). 26 marzo 1885, *Gini* c. *Marinelli* (*Temi Rom.*, 1885, 93).

(13) App. Catanzaro, 19 giugno 1868, *Angi* c. *Prezii* (*Gazz. G.*, 1868, 602); Cass. Roma, 22 gennaio 1881, *Finanze* c. *Falese* (*Legge*, 1881, 1, 256); App. Catania, 7 marzo 1881, *Rapisardi* c. *Toscano* (*Giur. Cat.*, 1881, 51); App. Catania, 3 luglio 1880, *Condorelli* c. *Licciardelli* (*Giur. Cat.*, 1880, 171); Cass. Napoli, 31 luglio 1880, *Finanze* c. *Guadalupi* (*Gazz. Pret.*, 1881. 111); Cass. Torino, 2 marzo 1882, *Maschio* c. *Curotto* (*Giur.*, Torino, 1882, 297); 15 novembre 1883, *Arrigo* c. *Pisani* (*Ann.*, 1884, 1, 42); Cass. Roma, 13 ottobre 1885, *Franchetti* c. *Finanze* (*Temi Ven.*, 1885, 575); Cass. Roma, 12 giugno 1885, *Com. di Ugento* c. *Rizzo* (*Foro It.*, 1885, 1, 960); Cass. Torino, 12 dicembre 1884, *Mari* c. *Consorzio dell'Olona* (*Giur.*, Torino 1885, 17); Cass. Torino, 26 aprile 1889, *Seccatore* c. *Marcenaro* (*Foro It.*, 1889, 1, 1132); Cass. Roma, 7 giugno 1890, *Com. di Terranova* c. *Finanze* (*Legge*, 1890, 2, 147); App. Brescia, 17 novem. 1890, *Lonati* c. *Pavan* (*Giur. It.*, 1891, 2, 234); Cass. Roma, 18 agosto 1892, *Barone* c. *De Gonna* (*Corte Suprema* 1892, 225); Cass. Firenze, 20 luglio 1893, *Santini* c. *Nicolini* (*Temi Ven.*, 1893. 494); Cass. Torino, 22 novembre 1893, *Cerrati* c. *Com. di Castelponzone* (*Giur.*, Torino, 1893, 799); Cass. Roma, 9 febbraio 1893, *Colantonio* c. *Comune Colle S. Magno* (*Giur. It.*, 1893, 305); Cassazione di Roma, 17 giugno 1895, *Devaux* c. *Bellini* (*Corte Suprema*, 1895, 1, 257).

(14) App. Torino, 10 luglio 1873, *Arciconfraternita della SS, Trinità* c. *Maffei* (*Legge*, 1873, 1, 805); Cass. Roma, 18 novem 1880, *Prov. di Benevento* c. *Finanze* (*Foro It.*, 1881, 1, 72); 9 febbraio 1881, *Barisonzo* c. *Finanze* (*Legge*, 1881, 1, 293); 2 maggio 1881, *Prefetto di Palermo* c. *Pizzuto* (*Corte Suprema*, 1881, 922); 16 maggio 1881, *Amm. ll. pp.* c. *Com. Reggio-Calabria* (*Ann.*, 1881, 1, 153); 15 giugno 1881, *Comune di Belgioioso* c. *Min. Tesoro* (*Ann.*, 1882, 62); 16 dicembre 1881, *Comune di Enemonzo* c. *Zuliani* (*Corte Suprema*, 1881, 951). App. Catania, 23 novembre 1885, *Catania* c. *Bonelli* (*Giur. Cat.*, 1885, 224); Cass. Roma, 10 agosto 1888, *Prosperi* c. *Petrucci* (*Ann.* 1889, 1, 36); Cass. Napoli, 28 luglio 1894, *Ist. Cred. Fond.* c. *Di Gennaro* (*Gazz. Proc.*, XXVI, 412); Cass. Torino, 4 settembre 1890, *Cantoni* c. *Cantoni* (*Giur.*, Torino, 1890, 602).

Cont.: App. Venezia, 18 aprile 1882, *Delli Zotti* c. *Gressani* (*Foro It.*, 1882, 640).

(15) Cass. Napoli, 16 giugno 1876, *Barbarò* c. *Fabbricatore* (*Ann.*, 1876, 1, 484); Cass. Firenze, 29 novembre 1877, *Paoletti* c. *Nardi* (*Foro It.*, 1878, 406); Cass. Roma, 5 gennaio 1882, *Masenza* c. *Com. di Pesaro* (*Giur. It.*, 1883, 1, 1, 36).

(16) App. Catanzaro, 26 giugno 1868, *Aqui* c. *Prezza* (*Ann.*, 1868, 2, 603); Cass. Torino, 16 giugno 1869, *Antonelli* c. *Antonelli* (*Ann.*, 1869, 1, 132).

(17) Cass. Firenze, 9 giugno 1870, *Dalizzi* c. *Durante* (*Annali*. 1870, 1, 129); App. Milano, 12 giugno 1882, *Benasedo* c. *Com. d Lecco* (*Mon. Trib.*, 1882, 760); Cass. Roma, 19 luglio 1893 *Franceschini* c. *Giovannini* (*Corte Suprema*, 1893, 258); 17 giugno 1895, *Devaux* c. *Bellini* (*Corte Suprema*, 1895, 1, 257)

rinunzia al mezzo di impugnativa (1), anche se contemporaneamente sia stata proposta impugnativa per la competenza e pel merito, ma su quella non si è insistito (2). Essendo cosa giudicata, ben può impugnarsi in cassazione la sentenza che in seguito a dimanda di una delle parti abbia pronunciato contrariamente a quanto dalla prima sentenza è stato pronunciato. Ma, se il magistrato in appello, non esaminando se eravi o no cosa giudicata sulla competenza per una sentenza del magistrato in prima istanza o di appello colla quale questi dichiarava la propria competenza, abbia sollevata di ufficio la incompetenza della Autorità adita, in allora non è più la cassazione il rimedio opportuno, ma, se del caso, la rivocazione, dal momento che si sarebbe nei termini dell'articolo 494, n°. 50, della procedura (3).

Perchè vi sia cosa giudicata è d'uopo vi sia una vera e propria pronuncia sulla competenza; se vi fossero solo delle considerazioni nel motivato, ma non una pronuncia, nemmeno colla formola *rigettata ogni contraria istanza e difesa* (4), la cosa giudicata non si avrebbe (5). La cosa giudicata poi non si avrebbe se non per quella competenza sulla quale si è pronunciato; ond'è che la sentenza che pronuncia sulla competenza per valore non è cosa giudicata per la competenza per materia (6); la sentenza che pronuncierà sulla competenza territoriale per un titolo, non forma cosa giudicata relativamente alla competenza territoriale per un titolo diverso (7). E non solo havvi la cosa giudicata per la lite nella quale la sentenza fu pronunciata, ma anche per qualunque altra controversia che fra le parti potesse insorgere relativamente allo stesso oggetto (8), a meno che nel secondo giudizio la domanda non risultasse variata (9). La cosa giudicata esiste, però, fino a quando non cangiano i termini della contestazione; chè se i termini della contestazione variassero, della competenza dovrebbe essere nuovamente giudicato in relazione alle variazioni avvenute (10).

Se la questione sulla competenza viene riproposta avanti una Autorità giudiziaria che non sarebbe sottoposta per il regolamento di competenza a quella che ha pronunciato la sentenza passata in giudicato, questa sentenza non impedisce che l'Autorità giudiziaria avanti la quale la questione di competenza viene riproposta la esamini e pronunci sulla stessa in modo diverso di quello che dalla prima sentenza è stato pronunciato (11) anche se la sentenza di incompetenza sia stata emanata dal magistrato inferiore e la causa venga ripresentata avanti il giudice superiore (12); in questo caso, la seconda sentenza forma cosa giudicata nei limiti entro i quali l'Autorità che la ha pronunciata è competente a pronunciare sul regolamento di competenza; ma fuor di questi limiti è solo la sentenza sul regolamento di competenza che forma cosa giudicata relativamente alla competenza delle due Autorità, sempre entro i limiti segnati alla competenza della Autorità che pronunciò sul regolamento stesso. Questo principio

(1) Cass. Napoli, 2 maggio 1889, *Candia* c. *Correra* (*Gazz. Proc.*, XXIII, 222).

(2) Cass. Roma, 4 dicembre 1882, *Finanze* c. *Baldassarre e Bruni* (*Corte Suprema*, 1882, 991).

(3) Cass. Roma, 15 ottobre 1878, *Malvasia* c. *Ranuzzi* (*Ann.*, 1878, 1, 637).

La quale così considerava:

« Osserva che col primo mezzo il ricorrente muove rimprovero al tribunale di avere colla sua sentenza disconosciuta l'autorità della cosa giudicata, la quale sulla questione della competenza sorgeva indubbiamente dalla sentenza del pretore, e di aver così violato la disposizione dell'art. 1350 codice civile e del corrispondente art. 465 del codice di procedura civile.

« A questo primo mezzo di cassazione dalla parte controricorrente si oppone una preliminare eccezione d'improponibilità.

« L'eccezione della cosa giudicata non fu proposta davanti al tribunale, e certamente poi il tribunale non ebbe a pronunciarvi sopra, nè se ne occupò punto nella sua sentenza.

« Quindi, qualunque fosse il merito di cotesta eccezione, essa non si può proporre nè discutere per la prima volta in sede di cassazione. Lo vieta in termini chiari e precisi l'art. 517, n°. 8, del codice di procedura civile.

« Se il ricorrente riteneva fondata la sua eccezione, doveva proporla in giudizio di rivocazione, unico rimedio che nel caso gli rimanesse aperto, a senso dell'art. 494, n°. 5, del codice di procedura.

« Attesochè su questo punto d'improponibilità, astrazione fatta dal merito del mezzo, importa anzitutto di premettere e ritenere che effettivamente, nel giudizio d'appello davanti il tribunale civile di Bologna, l'eccezione di cosa giudicata, sulla questione della competenza, non fu nè proposta, nè accennata, nè altrimenti discussa, in modo che il tribunale non ebbe nè a pronunciarvi sopra, nè ad occuparsene con una sola parola.

« Attesochè, ciò stante, non vi possa essere dubbio che del tutto fondata e giusta si presenti la elevata eccezione d'improponibilità al primo mezzo del ricorso, poichè, ai sensi della disposizione dell'art. 517, n°. 8, del codice di procedura civile, la sentenza pronunziata in grado d'appello può essere impugnata col ricorso per cassazione, ove essa sia contraria ad altra sentenza precedente pronunziata tra le stesse parti sul medesimo oggetto, e passata in giudicato; ciò però non avviene che ad una espressa e formale condizione, prescritta dallo stesso articolo con queste precise parole: « semprechè abbia pronunziato sull'eccezione di cosa giudicata »

« In difetto di pronunzia, è dunque manifesto che la via alla cassazione rimane preclusa, e che solo potrà competere il rimedio della rivocazione ai termini dell'art. 494, n°. 5, il quale appunto vi apre l'adito nel caso di sentenza contraria ad altra precedente sentenza passata in giudicato, « quando non siasi pronunciato sul- « l'eccezione di cosa giudicata ».

« Manifesto e indubitato riesce conseguentemente che, a fissar le norme delle vie di cassazione o rivocazione, nei casi in cui si pretende che siasi disconosciuta l'autorità della cosa giudicata, hanno da tenersi presenti le combinate disposizioni dei succitati art. 517 e 494 del codice di procedura civile, e che queste applicate nella fattispecie ostano assolutamente a che venga preso in esame il primo mezzo del ricorso, che perciò, come inattendibile, si ha da respingere ».

(4) Cass. Firenze, 14 agosto 1889, *Carli* c. *Stecchini* (*Temi Ven.*, 1879, 525).

(5) Cass. Roma, 19 marzo 1878, *Fiorelli* c. *Rosa* (*Giur. It.*, 1878, 1, 1, 615).

(6) Trib. Sarzana, 6 ottobre 1888, *Toso* c. *Isetta* (*Legge*, 1889, 1, 639); Cass. Firenze, 21 dicembre 1882, *Silvestri* c. *Zanarella* (*Temi Ven.*, 1883, 133).

(7) App. Roma, 14 maggio 1892, *Principessa di Sirignano* c. *Principe d'Antuni* (*Legge*, 1892, 2, 777).

(8) App. Milano, 8 febbraio 1889, *Magnaghi* c. *Cantoni* (*Mon. Trib.*, 1889, 268). Confr. App. Perugia, 12 gennaio 1880, *Tamberlick* c. *Camera di Commercio di Perugia* (*Ann.*, 1880, 2, 52).

(9) Cass. Napoli, 5 agosto 1882, *Stella* c. *Micali* (*Gazz. Proc.*, XVIII, 138).

(10) Cass. Firenze, 20 febbraio 1890, *Com. di Lamporecchio* c. *Gateotti* (*Temi Ven.*, 1890, 156); Cass. Torino, 30 dicembre 1891, *Battaglia* c. *Donadio* (*Giur.*, Torino, 1892, 168); Cass. Roma, 14 giugno 1894, *Navaretti* c. *Valentini* (*Foro It.*, 1894, I, 650).

(11) Confr. art. 109, 115 cod. proc. civ.

(12) Contra: Cass. Torino, 26 febbraio 1892, *Ala Ponzoni* c. *Rocca Saporiti* (*Giur.*, Torino, 1892, 488).

è vero anche se siavi sulla competenza la decisione della Corte di cassazione che non sia competente a regolare la competenza: il principio dell'articolo 109 della procedura, che si può far luogo al regolamento di competenza quando non havvi una pronuncia di Autorità competente a regolare la competenza, è generale ed assoluto, e non ammette restrizioni nemmeno per la decisione della Cassazione.

La decisione sulla competenza solo sulla competenza forma giudicato, non già nel merito, che rimane impregiudicato (1), anche se il magistrato nella sua pronuncia ha dovuto deliberarlo.

Una volta dichiarata la incompetenza, anche se si tratta di incompetenza territoriale (2), vengono a cadere tutti gli atti della causa, compresi gli atti di prova assunti, in quanto sieno atti del magistrato più che atti delle parti (3); sicchè, ad onta della incompetenza, produrrebbe tutti gli effetti di legge, per esempio, una confessione giudiziale che fosse stata emessa nel giudizio incompetentemente introdotto, ma non produrrebbe alcun effetto, per esempio, una perizia che fosse stata assunta (4). Se però vi fossero delle sentenze passate in giudicato, le quali riconoscessero diritti all'una od all'altra delle parti, tali sentenze continuerebbero ad avere gli effetti della cosa giudicata (5). È questa una conseguenza del principio che la sentenza definitiva sul merito passata in giudicato forma ostacolo a che si discuta sulla competenza a pronunciare la sentenza stessa (6); le sentenze interlocutorie, per i principii nelle stesse affermati, sono pari alle definitive (7).

E così rigettata da sentenza pronunciata incompetentemente e passata in cosa giudicata l'eccezione di prescrizione, sulla prescrizione non si potrebbe più discutere nel giudizio introdotto avanti il giudice competente; dichiarata ammissibile la prova testimoniale, non si potrebbe più tornare sulla questione se la prova sia o no ammissibile. Ma però sia pur la sentenza interlocutoria o definitiva che riconosce un diritto passato in giudicato, se la precedente sentenza interlocutoria, che dichiarò la competenza e che era stata impugnata, viene riformata nel senso di riconoscere la incompetenza del magistrato adito, anche la sentenza interlocutoria o definitiva posteriore viene a cadere (8): è il principio posto al n. 199 che anche in questo caso riceve applicazione. Se la incompetenza fu dichiarata per alcuni capi della dimanda, cadrebbero gli atti relativi a tali capi, ma resterebbero pienamente validi quelli relativi agli altri capi pei quali il magistrato adito era competente (9), anche se risultanti dallo stesso documento dal quale risultavano i primi.

La decisione sulla competenza interrompe, come qualunque altro atto del giudizio, il corso della perenzione (10).

Passata in giudicato la sentenza che dichiara la competenza, la competenza stessa non viene meno per gli ulteriori provvedimenti che devono essere dati relativamente alla azione intentata (11).

Sezione IV. — Diritto transitorio ed internazionale.

Titolo I. — Diritto transitorio.

209. Oggetto del titolo. — 209 *bis*. Principii generali. — 209 *ter*. Le leggi sulla competenza non sono capaci di far acquisire diritti; il diritto acquisito non v'è che quando la giurisdizione si è esplicata facendo acquistare diritti. — 210. Applicazione dei posti principii alle liti non ancora iniziate o definite; le questioni di diritto transitorio sono limitate alle liti pendenti. — 210 *bis*. La nuova legge si applica anche alle liti pendenti. — 210 *ter*. Non è il caso di distinguere fra competenza assoluta e competenza relativa; applicazione dei principii alla proroga della competenza. — 211. Il principio è applicabile qualunque sia il cangiamento della competenza. — 211 *bis*. Il cangiamento avviene in qualunque stato si trovi la causa. — 211 *ter*. Requisiti che deve avere la legge nuova per immutare la competenza pelle cause pendenti. — 212. Effetti della nuova legge che statuisce la competenza di una Autorità all'inizio incompetentemente adita. Effetti della sentenza emanata sulla competenza. Disposizioni transitorie.

209. Le leggi sulla competenza, come le altre leggi tutte, possono venire modificate da nuove leggi. La legge anteriore e la posteriore possono disporre egualmente, ed in questo caso non vi sono difficoltà; si applichi la legge antica o la nuova, gli effetti giuridici sono i medesimi. E le due leggi si deve ritenere dispongano in modo eguale tanto nel caso in cui mantengano alle differenti magistrature il nome che queste avevano a norma della legge antica, quanto nel caso in cui vi sia cangiamento nel nome (12): non è al cangiamento del nome, ma al cangiamento della cosa che fa d'uopo attendere.

Le due leggi possono, in quella vece, nella loro parte sostanziale disporre in modo diverso. Fino a che si tratta di rapporti giuridici sorti dopo andata in attività la legge nuova, non vi sono difficoltà; sorti tali rapporti giuridici vigente la legge nuova, da questa, esclusivamente, devono essere regolati per ciò che concerne la competenza a giudicarne. Ma, quando si tratta di rapporti giuridici sorti vigente la legge antica, e che sono portati al giudizio del magistrato vigente la legge nuova, è d'uopo determinare se la competenza per le liti alle quali quei rapporti possono dar luogo deve essere regolata dall'antica o dalla nuova legge. Alla esposizione dei principî relativi a tale materia è destinato il presente titolo.

209 *bis*. È principio fondamentale di diritto italiano: la legge non dispone che per l'avvenire, essa non ha effetto retroattivo (13) in modo da pregiudicare i diritti legittima-

(1) Cass. Tor., 26 giug. 1872, *Stara* c. *Pietra* (*Legge*, 1872, 1, 94).
(2) Confr. App. Torino, 29 dicembre 1866, *Langeri* c. *Camagna* (*Giur.*, Torino, 1866, 1809).
(3) Cass. Torino, 28 gennaio 1869, *Beltrame* c. *Perna* (*Giur.*, Torino, 1869, 290).
(4) App. Firenze, 29 maggio 1875, *Mini* c. *Passalacqua* (*Ann.*, 1875, 2, 233).
(5) Cass. Torino, 29 maggio 1866, *Novebracci* c. *Valeri* (*Giur.*, Torino, 1866, 353).
(6) Cass. Torino, 26 luglio 1884, *Giusta* c. *Revelli* (*Giur.*, Torino, 1884, 644).
(7) Vedi retro n. 168.
(8) Cass. Napoli, 17 settembre 1881, *Gloria* c. *Lanzella* (*Gazz. Proc.*, XVI, 564).
(9) Cass. Torino, 24 gennaio 1866, *Finanze* c. *Pegazzano* (*Giur.*, Torino, 1866, 65).
(10) Cass. Napoli, 1 giugno 1875, *Casalini* c. *Panetta* (*Gazz. N.*, 1875, 361).
(11) Cass. Napoli, 29 marzo 1894, *Com. di San Rufo* c. *Com. di Corleto-Monforte* (*Dir. e Giur.*, XI, 84).
(12) App. Ancona, 30 ottobre 1866, *Fondo Culto* c. *Tornaboni* (*Gazz. Trib.*, Genova, 1866, 801).
(13) Art. 2 disp. prel. cod. civ.

mente acquistati vigente la legge antica; ma, se la nuova legge non trova diritti acquisiti, è da questa legge che il rapporto deve essere regolato.

Atteso ciò, per riuscire alla esposizione scopo del presente titolo, è d'uopo determinare pei rapporti giuridici sorti vigente la legge antica, in relazione alle leggi sulla competenza, quando vi è e quando non vi è diritto acquisito, per decidere che nel primo caso la legge antica, nel secondo la legge nuova deve ricevere applicazione.

209 *ter*. Una legge sulla competenza non altro è che una determinazione del modo di azione che la sovranità, a mezzo della legge, prescrive a sè stessa per la risoluzione delle controversie giudiziarie, stabilendo gli organi a mezzo dei quali la funzione sovrana si esplica. Se ciò è vero, sorto un rapporto giuridico, si avrà acquistato verso la controparte il diritto di invocare su questo rapporto giuridico l'azione del potere sovrano, e tale diritto non potrà venire dalla nuova legge alterato, ma non si avrà acquistato il diritto a che la sovranità eserciti il suo potere a mezzo di uno piuttosto che a mezzo di altro organo. Infatti, se si potesse aver diritto acquisito acchè il giudizio dovesse essere pronunciato da una piuttosto che da altra magistratura, in modo che solo la magistratura che era competente al momento in cui il rapporto giuridico è sorto, potesse giudicare delle contestazioni relative a questo, non si avrebbe diritto acquisito di uno dei soggetti del rapporto giuridico in confronto dell'altro soggetto, ma un diritto acquisito dei soggetti verso la sovranità, acchè questa non mutasse i criteri adottati nella designazione degli organi a mezzo dei quali quella funzione sovrana, che è l'esercizio del potere giudiziario, si esplica. E ciò non è giuridicamente possibile. Non è possibile perchè i singoli colla sovranità non si trovano in un rapporto di eguaglianza, presupposto necessario della esistenza di un diritto, ma in un rapporto di subordinazione che esclude l'esistenza nei singoli di diritti verso la sovranità. Non è giuridicamente possibile, perchè il rapporto giuridico esistente fra i singoli non limiterebbe l'azione di questi, ma l'azione della sovranità, che nel rapporto giuridico è una estranea. Ond'è che le leggi che concernono la competenza operano immediatamente (1).

Ma se il potere sovrano si è esplicato facendo acquisire dei diritti ad una delle parti verso dell'altra, il potere sovrano non è più in gioco; sono i soli soggetti del rapporto giuridico che si trovano l'uno di fronte all'altro; e però, se l'azione del potere sovrano ha fatto sorgere diritti in un soggetto verso dell'altro, si è di fronte ad un vero e proprio diritto che non può essere alterato da quelle statuizioni, che il potere sovrano credesse di stabilire per la sua azione, diverse dalle statuizioni che anteriormente erano state date.

210. L'applicazione di questi principii non offre difficoltà, quando, alla andata in attività della nuova legge che dispone diversamente dall'antica, l'azione del potere sovrano non sia stata ancora invocata, o nel caso in cui l'azione stessa si è esaurita col giudicato. Se le parti, solo perchè il rapporto giuridico esistente è sorto vigente la legge antica, non hanno acquisito il diritto ad essere giudicate da una piuttosto che da altra magistratura, promuovendo l'azione, devono promuoverla avanti l'Autorità competente a norma della legge del tempo in cui l'azione viene promossa (2). Se il giudicato fa acquistare diritti all'una delle parti verso dell'altra, la nuova legge, la quale stabilisce una competenza diversa da quella stabilita dalla legge del tempo in cui fu iniziata la lite che col giudicato ebbe termine, non può portare alterazione ai diritti sorti in seguito alla decisione del magistrato (3). E non è il caso di distinguere fra giudicato definitivo e giudicato soltanto interlocutorio; per il punto del giudicato interlocutorio deciso questo giudicato è giudicato definitivo, e come i diritti acquisiti in forza di quest'ultimo non possono essere alterati da una legge nuova sulla competenza, così non possono essere alterati i diritti acquisiti in forza dell'altro. Non è nemmeno il caso di distinguere fra giudicato impugnabile e giudicato contro del quale non sono più esperibili mezzi di impugnativa, perchè anche il giudicato ancora impugnabile fa acquisire diritti che dalla legge nuova non possono essere alterati.

Le difficoltà vi sono quando, iniziata una lite vigente una legge che determinava una competenza, prima che vi sia una sentenza di prima istanza venga emanata una legge che determina una competenza diversa: a questo caso sono limitate le questioni di diritto transitorio in materia di competenza.

210 *bis*. Se una legge sulla competenza non fa acquistare diritto verso la sovranità a che questa non muti le norme relative alla distribuzione degli affari fra le varie magistrature, la nuova legge deve applicarsi anche alle cause che si trovano pendenti al momento della sua attuazione. Infatti, se perchè una lite è stata iniziata, la sovranità fosse tenuta a mantenere in vita la giurisdizione stabilita dalla antica legge, onde giudicare la lite stessa, i singoli avrebbero un diritto acquisito non più in confronto l'uno dell'altro, ma in confronto della sovranità, acchè questa non alterasse, sia pure in via transitoria, la giurisdizione dalla antica legge stabilita; sarebbe la sovranità verso i singoli, non uno dei singoli verso dell'altro, la obbligata; e si è veduto sopra che ciò non è giuridicamente possibile.

210 *ter*. Il principio riceve la sua applicazione si tratti di competenza assoluta o di competenza relativa (4). La distinzione della competenza in assoluta e relativa ha riferimento al diritto delle parti di portare la causa avanti una magistratura diversa da quella dalla legge designata, e però non è il caso di invocarla quando si tratti di determinare quale sia, e quale non sia, a norma di legge, l'Autorità competente.

Di qui ne viene che la nuova legge, la quale dichiari improrogabile una competenza, riceve applicazione alle liti pen-

(1) App. Roma, 14 gennaio 1880, *Garibaldi* c. *Raimondi* (*Foro It.*, 1880, 1, 161).

(2) App. Venezia, 21 agosto 1877, *Benini* c. *Morra* (*Temi Ven.*, 1877, 415); App. Lucca, 6 luglio 1876, *Pasquini* c. *Com. di Lucca* (*Ann.*, 1876, 2, 425); Cass. Roma, maggio 1882, *Consorzio Il Guà* c. *Min. LL. PP.* (*Temi Ven.*, 1882, 306); App. Catania, 27 luglio 1883, *Spampinato* c. *Costantino* (*Foro It.*, 1883, 1, 864); Cass. Roma, 16 febbraio 1884, *Impr. gen. di pubblicità* c. *Lorenzoni* (*Foro It.*, 1884, I, 783); App. Milano, 3 novembre 1884, *Ferr. A. I.* c. *Impresa Castello* (*Mon. Trib.*, 1884, 1112); 9 gennaio 1885, *Soc. an. per la ferr. Cremona-Mantova* c. *Min. LL. PP.* (*Mon. Trib.*, 1885, 103); App. Roma, 15 dicembre 1885, *Manelli* c. *Primanti* (*Temi Rom.*, 1885, 613).

(3) Vedi Cass. Roma, 13 aprile 1881, *Prov. e Com. di Catania e Finanze* c. *Ripari Palernò e Palernò Castello* (*Legge*, 1881, 1, 509); App. Napoli, 15 dicembre 1880, *Galiani* c. *De Felice* (*Gazz. Proc.*, XVI, 80); App. Catania, 27 luglio 1883, *Spampinato* c. *Costantino* (*Foro It.*, 1883, 1, 864).

(4) Cass. Torino, 21 luglio 1866, *Com. di Pontinvrea* c. *Com. di Pareto* (*Legge*, 1866, 1, 830).

Cont. Cass. Napoli, 21 gennaio 1883, *Messanelli* c. *Bonuti* (*Gazz. Proc.*, XVIII, 67).

denti, la competenza delle quali sia stata prorogata vigente la legge che permetteva la proroga; che la nuova legge la quale dichiari prorogabile una competenza che dalla legge nuova era dichiarata improrogabile, riceve applicazione alle liti vigente la legge antica iniziate. Ne viene anche che la proroga della competenza consentita vigente la legge antica che la permetteva, mantiene o no il suo effetto andando in attività la nuova legge, a seconda che la nuova legge permetta o non permetta la proroga (1).

211. I cangiamenti nella competenza possono provenire o da soppressione di una Autorità giudiziaria esistente, o da istituzione di una nuova Autorità, o da cangiamenti nella circoscrizione territoriale, o dalla attribuzione di una determinata categoria di affari ad una magistratura diversa da quella dalla legge antica designata. In tutti questi casi la legge nuova deve ricevere applicazione alle liti pendenti (2).

Ciò deve avvenire tanto nel caso in cui la nuova legge investe della competenza del magistrato inferiore il magistrato superiore (3), quanto nel caso contrario.

211 *bis*. Il cangiamento della competenza si verifica in qualunque stato sia la causa, ancorchè trattandosi di causa formale questa sia rimasta ferma a ruolo (4): una volta che la legge nuova ha privato il magistrato della competenza a giudicare, il giudizio non può essere dato da tale magistrato. Se però si tratta di pronuncia accessoria ad una pronuncia principale già data da un magistrato competente a termini della legge antica e la cui competenza per la pronuncia accessoria fu mantenuta in vita dalla nuova legge, pronuncia che sia necessario complemento della pronuncia principale, nessuna influenza viene esercitata dalla legge la quale stabilisce per la pronuncia principale una competenza diversa da quella dalla antica legge stabilita. E così, per esempio, delegato uno dei componenti il collegio alla liquidazione delle spese del giudizio, se, nel tempo che corre fra la pronuncia della sentenza e la liquidazione delle spese, sia emanata una legge per la quale l'Autorità che ha emanata la sentenza non sarebbe competente a giudicare della azione sulla quale è stato giudicato, ma che è competente a pronunciare sulla spesa dovuta in forza della sua sentenza, non per questo la liquidazione delle spese potrebbe essere richiesta all'Autorità che, secondo la nuova legge, sarebbe la competente (5).

211 *ter*. Perchè la nuova legge operi sulle cause pendenti, è necessario che la stessa, direttamente o indirettamente, statuisca sulla competenza della Autorità giudiziaria. Che se lo scopo della nuova legge fosse diverso, anche se indirettamente ne derivasse un cangiamento della competenza della Autorità giudiziaria adita, il cangiamento non si opererebbe punto. E così, per esempio, nei casi nei quali la competenza è determinata in considerazione del luogo ove siede un ufficio pubblico, e la causa è stata iniziata in questo luogo, il cangiamento, che per legge o per atto amministrativo avvenisse nella sede dell'ufficio, non porterebbe di necessità il cangiamento della competenza per la lite in corso (6).

212. Se la nuova legge sulla competenza opera immediatamente, cessa la materia del contendere quando, elevata la eccezione di incompetenza, viene emanata una legge la quale stabilisca la competenza dell'Autorità giudiziaria all'inizio incompetentemente adita (7). Infatti vi sarebbe una inutile moltiplicazione di giudizii se si dovesse far pronunciare la incompetenza di un'Autorità, per poi portare la causa alla cognizione della Autorità stessa. Questo principio però vale quando la causa sia pendente in prima istanza, che se la sentenza di prima istanza sia stata emanata, siccome colla emanazione della stessa il perdente ha acquisito il diritto di far valere il mezzo di impugnativa consistente nella incompetenza della Autorità giudiziaria adita, la nuova legge non può fargli perdere quel diritto che per lui è un diritto acquisito, e però il giudizio di impugnativa avrà luogo e della competenza dovrà essere giudicato a termini della antica legge (8).

---

(1) Vedi App. Milano, 18 marzo 1881, *Ferrari* c. *Zamperni* (*Monit. Trib.*, 1881, 437).

(2) Cass. Palermo, 7 gennaio 1868, *Gout* c. *Demanio* (*Ann.*, 1868, 2, 236); App. Venezia, 16 maggio 1872, *Soc. an. di Padova* c. *Cavalieri* (*Gazz. Trib.*, Genova, 1872, 493); Cass. Torino, 17 febbraio 1869, *Finanze* c. *Ceccarelli* (*Ann.*, 1889, 1, 83); App. Torino, 21 aprile 1866, *Bolla* c. *Paoletti* (*Giur.*, Tor., 1866, 231) App. Venezia, 15 gennaio 1874, *Monaco* c. *Barbieri* (*Mon. Trib.*, 1874, 168); Cons. Stato, 15 maggio 1875, *Guariglia* c. *Finanze* (*Riv. Amm.*, 1875, 670); App. Napoli, 20 aprile 1869, *Siniscalchi* c. *Rossi* (*Giur. It.*, 1869, 2, 625); 8 aprile 1867, *Fornari* c. *Prov. continentali* (*Id.*, 1867, 2, 187); App. Roma, 14 gennaio 1880, *Garibaldi* c. *Raimondi* (*Foro It.*, 1880, 1, 161); Cass. Palermo, 4 febbraio 1879, *Mucci* c. *Tomaselli* (*Circ. Giur.*, 1879, 209); App. Torino, 17 luglio 1886, *Comm. di stralcio veneta* c. *Prov. di Milano* (*Mon. Trib.*, 1887, 9); App. Milano, 8 maggio 1883, *Villa* c. *Ditta Almeri* (*Mon. Trib.*, 1885, 573); Tribun. Torino, 28 aprile 1883, *Valle* c. *Becchia* (*Giur.*, Torino, 1885, 511); App. Genova, 23 febbraio 1883, *Podestà* c. *Pallavicini* (*Foro It.*, 1883, 1, 644); App. Catania, 11 giugno 1883, *D'Amico* c. *Torrisi* (*Foro Cat.*, 1883, 117); Trib. Roma, 17 febbraio 1883, *Ditta Daleizette e C.* c. *Del Drago* (*Legge*, 1883, 1, 347); App. Catania, 27 luglio 1883, *Spampinato* c. *Costantino* (*Foro It.*, 1883, 864); Cass. Napoli, 5 febbraio 1884, *Nardulli* c. *Papadopoli* (*Gazz. Proc.*, XIX, 33); App. Genova, 31 agosto 1883, *Cassa Gen.* c. *Randi* (*Eco Gen.*, 1884, 28); App. Torino, 14 settembre 1885, *Cavalchini e Galeani* c. *Suppo* (*Giur. It.*, 1886, 2, 153); Appello Venezia, 6 aprile 1886, *Ditta Savini* c. *Marchi-Reali* (*Foro It.*, 1886, 1, 380); App. Trani, 24 nov. 1885, *Jannantonio* c. *Ciardi* (*Riv. di Giur.*, Trani, 1886, 61); App. Casale, 23 novembre 1886, *Picco* c. *Argentero* (*Giur. Cas.*, 1886, 364); Cass. Torino, 20 luglio 1886, *Chiara* c. *Mosca* (*Giur.*, Torino, 1886, 580); Appello Milano, 11 febbraio 1887, *Locatelli* c. *Arrigoni* (*Mon. Trib.*, 1887, 335); Cass. Torino, 17 agosto 1887, *Trucco* c. *Rossi* (*Legge*, 1887, vol. II, 516); App. Milano, 8 aprile 1888, *Moroni* c. *Boccara* (*Monitore Tribunali*, 1888, 39).

Cont. App. Torino, 24 febbraio 1877, *Ass. Agro ovest Sesia* c. *Finanze* (*Giur.*, Torino, 1877, 297); App. Milano, 21 luglio 1884, *Torriani* c. *Pasini* (*Mon. Trib.*, 1884, 749); Cass. Torino, 28 aprile 1886, *Carpineti* c. *Banca pop. di Genova* (*Mon. Tribunali*, 1886, 460); Cassazione Torino, 18 aprile 1886, *Laviosa* (*Foro It.*, 1886, 1, 670).

(3) App. Parma, 19 aprile 1866, *Finanze* c. *Porto* (*Mon. Trib.*, 1866, 183).

(4) Contra: App. Torino, 6 agosto 1885, *Canevari* c. *Gallina* (*Giur.*, Torino, 1884, 357).

(5) App. Catania, 13 settembre 1878, *Urbano* c. *Arezzo* (*Giur. Cat.*, 1878, 145).

(6) Vedi App. Catania, 1 ottobre 1872, *Finanze* c. *Paternò* (*Giur. Cat.*, 1878, 176).

(7) App. Venezia, 23 giugno 1874, *N. N.* (*Eco Trib.*, 1874, 113); Trib. Napoli, 28 maggio 1866, *Cappella* c. *Esposito* (*Gazz. Proc.*, 1866, 140).

(8) App. Milano, 18 dicembre 1888, *Livraghi* c. *Mainetti* (*Mon. Trib.*, Milano, 1889, 166); Cass. Torino, 30 settembre 1884, *Vivaldi* c. *Com. di S. Remo* (*Giur.*, Torino, 1884, 759).

Vigente la legge antica, può essere stata emanata sentenza la quale abbia statuito sulla competenza dell'Autorità giudiziaria adita. Ma tale sentenza, salvo per ciò che ha riguardo al giudizio di impugnativa, del quale si è discorso, non ha alcun effetto di fronte ad una nuova legge la quale statuisca sulla competenza in modo diverso da quello che dalla antica legge era stato statuito (1): sulla competenza dev'essere nuovamente pronunciato a base della legge nuova.

Il rigore di questi principii può essere modificato dalle disposizioni transitorie che accompagnano una nuova legge che statuisca sulla competenza; in questo caso, naturalmente, sono le disposizioni transitorie che devono essere applicate.

Titolo II. — Diritto internazionale.

213. Preliminari. — 213 *bis*. Caratteri della competenza in diritto internazionale; indipendenza della competenza dall'obbligo fatto al magistrato di applicare la legge nazionale od una legge straniera. — 214. Nel diritto internazionale il potere giudiziario di uno Stato si presenta come un tutto. — 214 *bis*. La competenza in diritto internazionale è una competenza per ragione di persona; conseguenze giuridiche relativamente alla sua prorogabilità. — 215. La competenza in diritto internazionale è relativa al caso in cui il convenuto sia uno straniero. — 215 *bis*. Diritto transitorio in materia di competenza in diritto internazionale. — 216. Competenza della magistratura italiana relativamente agli stranieri; art. 105 e 106 della procedura. — 216 *bis*. Gli art. 105 e 106 sono applicabili anche alle persone giuridiche, compresi gli Stati stranieri. — 217. Competenza territoriale delle Autorità giudiziarie italiane nei casi degli art. 105 e 106 della procedura. — 217 *bis*. Competenza relativamente allo straniero che ha domicilio o residenza nel regno, o che avendovi dimora è di domicilio e di residenza ignoti. — 218. Giudizio sulla competenza. — 218 *bis*. Competenza delle Autorità giudiziarie straniere. — 218 *ter*. Rimedi giuridici per impedire per parte di un potere straniero, la sottrazione al giudice naturale delle cause nelle quali uno straniero è convenuto. Competenza nel giudizio di delibazione.

213. Ciascuno Stato è indipendente, e però dà quelle disposizioni che crede opportune relativamente all'ordinamento giudiziario ed alla competenza delle Autorità che amministrano la giustizia nel territorio dello Stato stesso, tanto nei rapporti fra loro, quanto nei rapporti colle Autorità giudiziarie straniere, e dà anche le disposizioni che crede opportune relativamente alla competenza delle Autorità giudiziarie straniere ne' rapporti colla competenza dell'Autorità dello Stato e colle Autorità di uno Stato terzo. E siccome ciascuna magistratura deve obbedire alle leggi dello Stato del quale è organo, così nessuna magistratura non può pronunciare sulla competenza propria e su quella delle Autorità giudiziarie straniere che in conformità alle leggi dello Stato al quale la magistratura appartiene.

Finora ci siamo occupati delle disposizioni della legislazione italiana relativamente alla competenza delle varie magistrature italiane nei rapporti fra loro; per esaurire ciò che concerne la competenza è d'uopo esaminare le disposizioni della legislazione italiana in materia di competenza della magistratura italiana in rapporto colla competenza delle Autorità straniere, ed in materia di competenza delle Autorità straniere in rapporto colla competenza delle Autorità italiane e delle Autorità di terzi Stati; è d'uopo cioè esporre quale, secondo la legislazione italiana, è il diritto internazionale in materia di competenza.

213 *bis*. La competenza, nel diritto internazionale accolto dalla legislazione italiana, ha alcuni caratteri che importa rilevare.

Il titolo preliminare del codice civile agli articoli dal 6 al 12 contiene alcune disposizioni in forza delle quali è riconosciuta efficacia nel regno a leggi straniere, ed è fatto obbligo al magistrato italiano di applicare le leggi stesse. Di qui ne viene che la competenza nel diritto internazionale, secondo il legislatore italiano, è indipendente dall'obbligo del magistrato di applicare le leggi nazionali o le leggi straniere (2). Ond'è che può esservi la competenza delle Autorità giudiziarie italiane anche se il magistrato italiano è tenuto ad applicare le leggi straniere, può esservi la competenza delle Autorità giudiziarie straniere anche se il magistrato straniero deve fare applicazione delle leggi italiane o di altre leggi per lui straniere.

214. Nel diritto internazionale l'Autorità giudiziaria di ciascuno Stato si presenta come un tutto; non si ha riguardo alla divisione della competenza a pronunciare sulle singole controversie fra i vari organi dai quali la giustizia nell'interno dello Stato è amministrata; è al potere giudiziario che si ha riguardo, in maniera che il fatto di ciascun organo si presenta come fatto del potere intiero. La divisione della cognizione delle singole controversie fra varie Autorità giudiziarie è tutta questione di diritto pubblico interno; nel diritto internazionale il potere giudiziario di ciascuno Stato è unico.

214 *bis*. Dal momento che, secondo la legislazione italiana, alle Autorità giudiziarie è devoluta la cognizione di tutte le materie nelle quali si fa questione di un diritto civile o politico; che i criteri della materia, del valore, del territorio, della connessione o continenza di causa sono adottati per la distribuzione degli affari fra le varie Autorità giudiziarie esistenti nello Stato, il titolo della competenza nel diritto internazionale non è quello che può valere nel diritto interno. Il titolo non può essere che quello della qualità di cittadino o di straniero che ha la persona relativamente all'Autorità giudiziaria che è chiamata a conoscere della controversia Che ciò sia vero risulta dall'avere il legislatore italiano avuto cura di porre alla sezione IV del capo I, tit. II del codice di procedura civile l'intestazione: *Disposizioni relative agli stranieri* (3). Una volta poi che esiste questo titolo, la devoluzione delle cause degli stranieri alle varie Autorità giu-

(1) Cass. Torino, 31 dicembre 1884, *Sinigaglia* c. *Beninscontro* (*Giur.*, Torino, 1885, 93); App. Trani, 3 dicembre 1884, *Ciardi* c. *Jannantonio* (*Filangeri*, 1885, 285); App. Casale, 6 settembre 1886, *Beninscontro* c. *Sinigaglia* (*Giur. Cas.*, 1886, 321); App. Catania, 27 luglio 1883, *Spampinato* c. *Costantino* (*Foro It.* 1888, 1, 864).

(2) App. Venezia, 9 luglio 1872, *Stanga* c. *Ihtkat* (*Ann.*, 1872, 2, 188); Cass. Torino, 29 maggio 1875, *De M.* c. *V.* (*Giur.*, Torino, 1875, 569); App. Lucca, 31 maggio 1881, *Cauro* c. *Rivolti e Rigacci* (*Foro It.*, 1881, 1, 662); App. Genova, 16 marzo 1887, *Casanova* c. *Bancalari e Barbieri* (*Eco Gen.*, 1887, 106); Cass. Torino, 30 gennaio 1874, *Andriosche* c. *Gilly* (*Giur.*, Torino, 1874, 322); App. Trani, 18 febbraio 1893, *Cocolo* c. *Caboga* (*Pisanelli*, 1893, 38); App. Roma, 30 marzo 1894, *D'Aquino* c. *Imperiali* (*Temi Rom.*, 1894, 36).

(3) Questo titolo è titolo di competenza non già di giurisdizione, come ritiene il Mattirolo, I, 951. Che ciò sia vero persuade il principio universalmente ammesso, che lo straniero può accettare il giudizio di tribunali che per diritto internazionale non sarebbero competenti a pronunciare, che cioè può avvenire la proroga, pos-

diziarie dello Stato avviene a base dei titoli di competenza in forza dei quali ciascuna Autorità è investita della cognizione della controversia, salvo quelle modificazioni che alla competenza delle singole Autorità fossero state introdotte dalla legge (1).

Dal momento che la competenza in diritto internazionale è una competenza per ragione di persona, una volta che esiste, non può declinarsi (2), ma, siccome per la legge italiana (3) solo la competenza per materia e quella per valore sono improrogabili, la competenza in diritto internazionale è sempre prorogabile, sia espressamente col riconoscere la competenza di una Autorità o coll'eleggere domicilio nello Stato, sia tacitamente coll'adire l'Autorità giudiziaria di uno Stato o col non opporre *in limine litis* l'incompetenza della Autorità giudiziaria avanti la quale si è convenuti (4); l'Autorità giudiziaria italiana e le Autorità giudiziarie straniere possono, per consenso espresso o tacito delle parti, essere investite della competenza a giudicare di controversie per le quali per diritto internazionale sarebbero incompetenti; ed in tal caso, avvenuta la proroga, non può essere fatta valere la incompetenza della Autorità adita.

215. Se il legislatore italiano ha dato un complesso di disposizioni relativamente alla competenza, senza far cenno alcuno che le disposizioni stesse sieno applicabili ai cittadini piuttosto che agli stranieri, ed in apposita sezione, che, come si disse, è la IV del capo I, tit. II, libro I, ha racchiuso alcune disposizioni relative alla competenza delle Autorità giudiziarie italiane per liti di stranieri, ha dimostrato che nel suo intendimento il cittadino non può mai declinare la competenza dei magistrati della nazione alla quale esso appartiene, in qualunque luogo siano situati i beni (5), anche se si tratta di questioni relative ad ipoteche sui beni situati all'estero (6), o di azione di resoconto contro esso nominato erede fiduciario in un testamento fatto all'estero da uno straniero, e che all'estero ha gerito il mandato ricevuto (7). Essendo i tribunali dello Stato al quale la persona appartiene competenti per le azioni intentate contro la persona stessa, i detti tribunali sono competenti a giudicare della questione se una persona sia o no cittadino dello Stato del quale il tribunale è organo (8), salvo a discutere in sede di concessione di forza esecutiva alla sentenza straniera, se la sentenza stessa sia contraria all'ordine pubblico dello Stato nel quale la si vuole eseguire.

Dal momento che, secondo la legislazione italiana, quello di adire i tribunali è un diritto civile che è riconosciuto alla persona indipendentemente dalla sua qualità di cittadino o di straniero (9), per diritto internazionale il magistrato adito è sempre competente a pronunciare nelle liti nelle quali attore sia uno straniero (10), anche se si tratta di liti fra stranieri (11). Ma per diritto pubblico, e precisamente per l'articolo 71 dello Statuto fondamentale, niuno può essere distratto dai suoi giudici naturali; in tanto dunque una persona può essere convenuta avanti una Autorità giudiziaria per lui straniera, in quanto tale Autorità sia il suo giudice naturale.

Da tutto ciò ne deriva che la teorica della competenza in diritto internazionale è limitata al caso in cui si debba convenire una persona avanti una magistratura per essa straniera; solo allora può farsi questione in diritto internazionale di competenza od incompetenza della magistratura adita.

215 *bis*. Anche in diritto internazionale sono applicabili i principii di diritto transitorio esposti nel titolo I di questa sezione. Quei principii però ricevono una speciale applicazione nel caso di cangiamento di nazionalità, avvenga questo relativamente ad una sola persona, od avvenga relativamente ad una massa di persone, come nel caso di annessione ad uno Stato o di separazione da esso di una parte di territorio. Anche in questo caso si devono applicare i principii di diritto transitorio a suo luogo esposti, anche in questo caso la nuova legge, alla quale in seguito al cangiamento di nazionalità la persona si viene a trovare sottoposta, opera immediatamente (12).

216. Detto ciò in generale, è d'uopo esporre le regole di diritto internazionale relative alla competenza delle Autorità giudiziarie, cominciando dalle regole relative alla competenza delle Autorità giudiziarie italiane.

Che della competenza delle Autorità giudiziarie italiane per le controversie vertenti in Italia in cui uno straniero è convenuto, si debba giudicare esclusivamente a termine della legge italiana non può esservi dubbio; per l'art. 10 tit. prel. cod. civ. la competenza è regolata dalla legge del luogo in

---

sibilità di proroga ammessa anche dal Mattirolo, I, 955. Ora, come è risaputo, la proroga è possibile solo per la competenza, non già per la giurisdizione.

(1) Mattirolo, I, 980.

(2) Cass. Roma, 4 aprile 1891, *Falconis* c. *Beltrando* (*Foro It.*, 1891, 1, 1242).

(3) Art. 187 cod. proc. civ.

(4) Mattirolo, I, 955; — App. Milano, 16 agosto 1867, *Ditta Giambonini* c. *Ditta Luraghi* (*Gazz. Tribunali*, Genova, 1867, 349); App. Torino, 4 ottobre 1869, *Gaetani* c. *Guerold* (*Giur.*, Torino, 1869, 663); Cass. Torino, 9 maggio 1883, *Thoumire* c. *Auvrey* (*Foro It.*, 1883, 1, 1042); Cass. Palermo, 2 aprile 1892, *Ditta Barriere* c. *De Salvo* (*Circ. Giur.*, 1892, 203); App. Venezia, 20 gennaio 1893, *Greenbanch* c. *Levi* (*Temi Ven.*. 1893, 225); App. Torino, 15 settembre 1893, *Huot* c. *De Bernardi* (*Giur.*, Torino, 1893, 716); App. Genova, 28 marzo 1894, *Picasso* c. *Crisanovich* (*Temi Gen.*, 1894, 246); Cass. Firenze, 3 aprile 1884, *Trafford* c. *Blanc* (*Foro It.*, 1884, 1, 666); App. Genova, 31 dicembre 1891, *Canepa* c. *Deutsche Ubersee Bank* (*Giurista*, 1892, 45); Cass. Torino, 30 dicembre 1892, stesse parti (*Foro It.*, 1892, 1, 508). — Cont. App. Firenze, 2 dicembre 1882, *Blanc* c. *Trafford* (*Foro It.*, 1882, 1, 1148).

(5) Mattirolo, I, 955. — Vedi App. Torino, 22 aprile 1881, *Jon Tonnel* c. *Myer* (*Giur.*, Torino, 1881, 450).

(6) App. Firenze, 5 aprile 1866, *Com. Greliscon* c. *Eredità Mages* (*Ann.*, 1866, 2, 305).

(7) App. Roma, 30 marzo 1894, *D'Aquino* c. *Imperiali* (*Temi Rom.*, 1894, 36).

(8) Mattirolo, I, 966; — App. Genova, 15 giugno 1896, *Massone* c. *Massone* (*Foro It.*, 1896, 1, 760).

(9) Confr. art. 3 cod. civ.

(10) Cass. Torino, 25 giugno 1870, *Campo* c. *Weber* (*Giur.*, Torino, 1870, 490); App. Torino, 31 luglio 1868, *Roux* c. *Società Mess. Imp.* (*Giur.*, Torino, 1868, 658); Cass. Firenze, 21 novembre 1870, *Yensen* c. *Nicolai* (*Giur.*, Torino, 1871, 188); App. Firenze, 4 maggio 1872, *Principessa Maria di Monaco* c. *Principessa ereditaria di Monaco* (*Legge*, 1872, 2, 471); Cass. Torino, 9 maggio 1883, *Thoumire* c. *Auvrey*, (*Foro It.*, 1883, 1042); 7 giugno 1884, *Fallita Soc. Union Générale* c. *Società Generale* (*Giur.*, Torino, 1884, 642); Cass. Firenze, 23 luglio 1891, *Ditta Candussi-Giardo* c. *Ditta Dal Fiol-Cordella* (*Temi Ven.*, 1891, 512); Cass. Roma, 4 aprile 1891, *Falconis* c. *Beltrando* (*Foro It.*, 1891, 1, 1242).

(11) Cass. Torino, 9 maggio 1883 citata alla nota precedente; App. Genova, 1 marzo 1895, *Guyenheim* c. *Morrison* (*Giurista*, 1895, 119).

(12) V. Cass. Torino, 22 maggio 1882, *D'Este* c. *Ronconi* (*Foro It.*, 1882, 1, 1141).

cui segue il giudizio, e però, se il giudizio segue in Italia, non può essere regolata che dalla legge italiana. Di qui ne viene che un atto avente efficacia giuridica all'estero, sia l'atto stesso legge o sentenza straniera od altro atto qualsiasi, non può attribuire all'Autorità giudiziaria italiana una competenza che, per legge propria, l'Autorità stessa non ha, nè può toglierle una competenza che per legge italiana le spetta.

Come si è già avuto occasione di accennare, il codice di procedura civile al capo I del titolo III libro I ha la sezione IV, intestata: *Disposizioni relative agli stranieri;* sezione composta di tre articoli, dal 105 al 107.

L'art. 105 determina i casi nei quali lo straniero che non ha residenza nel regno può essere convenuto avanti l'Autorità giudiziaria italiana.

Il primo caso è quello in cui si tratta di beni immobili o beni mobili esistenti nel regno (1): non importa che si tratti di azione reale o di azione personale; la legge non fa distinzioni, e però distinzioni non possono essere fatte dall'interprete. Di conseguenza vi sarebbe la competenza per una azione in petizione o divisione di eredità aperta all'estero, i beni della quale si trovassero nel regno (2), per una azione di sequestro di beni situati nel regno (3).

Il secondo caso è quello in cui si tratta di obbligazione che abbia origine da contratti civili o commerciali (4) o fatti seguiti nel regno, anche se all'estero deve essere eseguita la obbligazione (5), o che debbano avere la loro esecuzione nel regno (6) anche se l'obbligazione ha avuto perfezione all'estero (7); venga o no lo straniero citato in persona propria (8), eserciti l'attore i suoi diritti come soggetto attivo originario del rapporto giuridico, o come surrogato nei diritti del soggetto stesso (9). È indifferente la causa della obbligazione (10); quando il vincolo di diritto è sorto nel regno, o nel regno deve essere prestato ciò che in forza del vincolo di diritto è dovuto, havvi la competenza della Autorità giudiziaria italiana (11). Dal momento che havvi la competenza anche quando l'obbligazione ha origine da fatti seguiti nel regno, trattandosi di indennizzi dovuti per l'inadempimento di un contratto, basta che il fatto dell'inadempimento sia avvenuto nel regno (12); se il rappresentante di una ditta estera agì per la stessa nel regno, ben può citare la ditta rappresentata nel regno per l'esecuzione delle obbligazioni dipendenti dal contratto di rappresentanza (13); il legatario di un'eredità aperta all'estero può convenire l'erede nel regno, se nel regno fu compiuto quel fatto, in forza del quale sorgono le obbligazioni dell'erede verso il legatario, che è l'accettazione della eredità (14).

Quando si tratta di obbligazioni derivanti da contratto è indifferente che il contratto sia fra presenti o fra assenti (15); in questo caso, per determinare la competenza in ragione del luogo in cui il contratto si è perfezionato, si applicano i principii relativi al luogo di perfezione dei contratti fra assenti (16).

In materia di obbligazioni però, oltre le disposizioni dell'art. 105, n°. 2, ve ne sono altre relative alla competenza della Autorità giudiziaria italiana relativamente agli stranieri. Per l'art. 872, capov., codice di commercio le azioni derivanti da contratto di trasporto contro il vettore straniero, possono proporsi dinanzi l'Autorità giudiziaria italiana se in Italia risiede un rappresentante del vettore, e, se si tratta di strade ferrate, se nel regno trovasi la stazione di partenza o quella di arrivo delle merci. Per le obbligazioni derivanti da urto di navi, l'Autorità italiana è competente quando l'urto avviene in Italia, o quando un porto italiano è quello di primo approdo o quello di destinazione della nave (17).

Il terzo caso è quello in cui l'Autorità italiana possa giudicare lo straniero per reciprocità (18). Sulla intelligenza di questa disposizione havvi dissenso. Vi ha chi ritiene bastare che una disposizione di legge straniera attribuisca all'Au-

---

(1) Art. 105, n°. 1, cod. proc. civ.

Cass. Torino, 25 giugno 1870, *Campo* c. *Weber* (*Giur.*, Torino, 1870, 490).

(2) Confr. art. 94, capov., cod. proc. civ.; — App. Catanzaro, 3 dicembre 1868, *Provvidente* c. *Demetrio* (*Giur. It.*, 1868, 2, 890); App. Firenze, 2 dicembre 1882, *Blanc* c. *Trafford* (*Foro It.*, 1882, 1. 1148); Cass. Firenze, 3 aprile 1884, stesse parti (*Foro It.*, 1884, 1, 666); App. Venezia, 3 febbraio 1888, *Dreina* c. *Dreina* (*Foro It.*, 1888, 311); App. Catanzaro, 1 maggio 1894, *Capocchiani* c. *Guzolini e Cosentini* (*Giur. It.*, 1894, 2, 368); App. Genova, 15 giugno 1896, *Massone* c. *Massone* (*Foro It.*, 1896, 1, 760).

Cont. Cass. Napoli, 30 novembre 1869, *Maustier* c. *Costantino* (*Ann.*, 1870, 1, 49).

(3) Cass. Torino, 25 giugno 1870, *Campo* c. *Weber* (*Giur.*, Torino, 1870, 490).

(4) App. Firenze, 19 agosto 1875, *Mauer* c. *Alvisi* (*Ann.*, 1875, 2, 440); Cass. Torino, 26 ottobre 1877, *Bonsamico* c. *Paglia* (*Giur.*, Torino, 1878, 53); Trib. Bari, 29 dicembre 1891, *Bozzi* c. *Himclak* (*Pisanelli*, 1892, 57).

(5) App. Torino, 11 febbraio 1870, *Soc. Ferr. A. I.* c. *Comp. Fondiaria* (*Giur.*, Torino, 1870, 270).

(6) Vedi App. Ancona, 25 maggio 1874, *Pliny* c. *Castelli* (*Giur. It.*, 1874, 2, 197); App. Venezia, 2 maggio 1872, *Presconda* c. *Amadi* (*Giur.*, Torino, 1872, 604); App. Genova, 20 dicembre 1876, *Comp. naz. della fabbrica zuccheri* c. *Jachson* (*Eco Giur.*, 1871, 85); 5 aprile 1878, *Penco* c. *Guzzola* (*Gazz. Leg.*, 1878, 311); App. Torino, 11 febbraio 1870, cita a alla nota precedente; Cass. Roma, 26 gennaio 1882, *Koch* c. *Bozzo* (*Foro It.*, 1882, 1, 88); Trib. Bologna, 26 dicem. 1877, *Ditta Wolf* c. *Ramponi* (*Riv. Giur.*, Bologna, 1888, 294); App. Brescia, 20 aprile 1891, *Albini* c. *Benetti* (*Mon. Trib.*, 1891, 850); App. Roma, 30 maggio 1891, *Gran* c. *Soc. Teatro Naz.* (*Temi Rom.*, 1892, 435); App. Genova, 26 agosto 1892, *Pizzardi* c. *Tortarola* (*Giurista*, 1892, 408).

(7) App. Brescia, 20 aprile 1891, *Albini* c. *Benetti* (*Mon. Trib.*, 1891, 800).

(8) Vedi Cass. Torino, 26 ottobre 1877, *Bonsamico* c. *Paglia* (*Giur.*, Torino 1878, 53).

(9) Cass. Palermo, 30 dicembre 1886, *Clarksac* c. *Bonanno* (*Circ. Giur.*, 1887, 242).

(10) App. Napoli, 16 dicembre 1867, *D'Avales* c. *Rothschild* (*Gazz. Trib.*, Genova 1868, 285); App. Genova, 15 dicembre 1893, *Tubino* c. *Peirano* (*Giurista*, 1894, 55).

(11) App. Milano, 24 ottobre 1871, *Ditta Conti* c. *Ditta Evesque* (*Giur. It.*, 1871, 2, 715); App. Torino, 18 novembre 1873, *Calandra* c. *Mallet* (*Giur.*, Torino, 1873, 198).

(12) App. Milano, 5 febbraio 1889, *Soc. du traitement des quinquinas* c. *Banca di Torino* (*Mon. Trib.*, 1889, 222).

(13) App. Milano, 11 maggio 1883, *Hoffmann* c. *Hamburger* (*Mon. Trib.*, 1883, 529).

(14) Cass. Palermo, 30 dicembre 1892, *Stathopulo* c. *Trombetta e Scarfi* (*Foro It.*, 1893, 1, 320).

(15) App. Venezia, 31 dicembre 1872, *Palazzi* c. *Lorent* (*Giur. It.*, 1872, 2, 898).

(16) App. Torino, 28 settembre 1867, *Sueur* c. *Enrico* (*Giur.*, Torino, 1867, 655); App. Milano, 11 dicembre 1888, *Paganini* e *Villani* c. *Acerboni* (*Mon. Tribunali*, 1889, 55); Cass. Firenze, 2 febbraio 1883, *Ditta Jacob* c. *Finzi* (*Temi Ven.*, 1883, 183).

(17) Art. 873 cod. comm. — V. Cass. Firenze, 24 novembre 1872, *Jonson* c. *Nicolai* (*Annali*, 1873, 1, 356).

(18) Art. 105, n°. 3, cod. proc. civ.

torità giudiziaria sottoposta alla legge stessa la competenza a giudicare della lite in cui il cittadino italiano è convenuto, perchè vi sia la competenza della magistratura italiana a giudicare della lite nella quale è convenuto un appartenente alla nazione nella quale vige la legge (1). Vi ha invece chi ritiene che la reciprocità di cui fa parola l'art. 105, n°. 3, sia quella stabilita per trattato internazionale, non la ritorsione contro lo straniero della legge della nazione alla quale lo straniero appartiene (2). Sulla questione nessun lume è dato dalla Relazione Pisanelli sul progetto di codice di procedura civile. Ivi soltanto (3) si legge: «............ Alcune legislazioni, e segnatamente la francese (4), procedono più oltre; basta il solo fatto dell'essersi stipulato un contratto fra un cittadino e uno straniero per rendere competenti i tribunali dello Stato ancorchè non si verifichi alcun' altra circostanza. Il progetto dichiara che lo straniero potrà essere convenuto davanti l'Autorità giudiziaria italiana, in tutti gli altri casi nei quali ciò possa farsi per reciprocità ». Questo brano della Relazione ministeriale null'altro fa che constatare un sistema che fu adottato da alcuni legislatori, e riproduce le parole che dalla legge vengono adoperate senza determinare come la legge abbia voluto disporre. Sicchè resta sempre a decidere cosa si deve intendere colla parola *reciprocità*. La reciprocità vale a designare un servizio scambievole che ci si rende, ed appunto questo suo carattere, più che altro di favore, vale a distinguerla dalla ritorsione, che consiste in un fatto che si pone in essere contro la persona perchè questa pose il fatto stesso in essere contro di noi. Quello di pretendere di giudicare i cittadini degli altri Stati perchè essi entravano in rapporti giuridici coi propri cittadini, non è un favore che si rende allo Stato al quale il cittadino appartiene, è un fatto che si pone in essere contro i cittadini di questo Stato; se lo Stato i cittadini dei quali si pretende giudicare, attesa l'esistenza di tale pretesa, vuol giudicare i cittadini dello Stato ove vige la legge, egli pone in essere non già una reciprocità ma una ritorsione. E se è una ritorsione e non una reciprocità, la stessa non entra nei termini dell'art. 105, n°. 3, della procedura. Il solo obbiettivo che il legislatore italiano si propose col dettare l'art. 105, n°. 3, della procedura si fu di rendere possibile al potere esecutivo, senza uopo di ricorrere al potere legislativo, di devenire con altra nazione a trattati per i quali fosse estesa la competenza dei tribunali italiani sugli stranieri e dei tribunali stranieri sugli italiani a' casi dal codice di procedura civile non previsti, vincolando però l'azione del potere esecutivo alla reciprocità di trattamento pei cittadini degli Stati contraenti. E se tale è lo scopo che si propose il legislatore l'art. 105, n°. 3, non può ricevere applicazione se non quando vi sieno trattati dal potere esecutivo conclusi con altri Stati (5). Ond'è che, perchè l'art. 14 del codice civile francese e l'art. 127 del codice di procedura civile olandese stabiliscono la competenza dei tribunali francesi ed olandesi a giudicare delle obbligazioni sorte all'estero nelle quali una delle parti sia francese od olandese, non ne viene che l'Autorità giudiziaria italiana sia competente a giudicare delle obbligazioni sorte all'estero fra un cittadino italiano e un cittadino di quegli Stati.

Trattandosi di obbligazioni contratte all'estero, l'art. 106 del codice di procedura civile ammette che lo straniero possa essere convenuto nel regno in due casi: nel caso in cui abbia residenza nel regno ma non vi si trovi (6); nel caso in cui si trovi nel regno quantunque non vi abbia residenza (7). In questo secondo caso, però, l'art. 106, n°. 2. della procedura condiziona la competenza dell'Autorità italiana al fatto che lo straniero sia citato in persona propria (8), Non importa la natura delle obbligazioni contratte, ond'è che havvi la competenza anche se si tratti di azione relativa ad onorari o spese (9).

Dal fin qui detto risulta che nei casi degli articoli 105 e 106 sono questi articoli e non già l'art. 91 del codice di procedura civile che devono essere applicati (10).

Lo straniero non avente residenza nel regno, e per le obbligazioni contratte all'estero lo straniero avente residenza nel regno ma che non vi si trovi, e lo straniero che non ha residenza nel regno ma vi si trovi, non possono essere citati avanti l'Autorità giudiziaria italiana se non nei casi tassativamente indicati negli art. 105 e 106 della procedura (11). Onde è che non potrebbe esser convenuto lo straniero nel regno per far riconoscere in suo confronto il diritto all'uso esclusivo di titolo nobiliare concesso nel regno dal potere sovrano (12), quando non si impugni in confronto dello straniero l'atto del potere sovrano del regno che autorizza lo straniero a portare eguale titolo; per ottenere l'adempimento delle obbligazioni che lo straniero si assunse all'estero di ricevere sottoscrizioni per la formazione di una società

(1) Paoli, nel *Giornale delle leggi*, 1877, 365; Cuzzeri, sugli art. 105 al 107, nota 7ª; Esperson *Condizione giuridica dello straniero* (Milano 1889, n. 230 e seg.); Mattirolo, I, 965, nota.
V. App. Genova, 15 giugno 1875, *Talm* c. *Schiaffino* (*Gazz. Trib.*, Genova, 1875, 774); App. Torino, 6 maggio 1871, *Soc. Ferr. Parigi-Lione* c. *Fer. Mediterr.* (*Giur.*, Torino, 1871, 512); Cass. Torino, 22 agosto 1873, *De Benedetti* c. *Morand* (*Legge*, 1874, 1. 108); App. Genova, 21 febbraio 1877, *Calcagno* c. *Pitale* (*Foro It.*, 1877, 1, 938); Cass. Torino, 30 giugno 1882, *Dreyfus* c. *Semino* (*Giur. It.*, 1882, 1, 686); App. Genova, 31 dicembre 1881, *Cichero* c. *Soc. Gen. Franco-Peruviana* (*Eco Gen.*, 1882, 90); App. Casale, 10 aprile 1891, *Soc. La Veloce* c. *Soc. gen. des transp. marit.* (*Temi Gen.*, 1891, 216).

(2) Ricci, I, 227; — App. Torino, 31 marzo 1871, *De Benedetti* c. *Hautrille* (*Giur.*, Torino, 1871, 338); Cass. Torino, 9 dicembre 1879, *Baroli* c. *Mina* (*Foro It.*, 1880, 1, 226); Trib. Genova, 30 gennaio 1889, *La Veloce* c. *Soc. des transp. marit.* (*Temi Gen.*, 1889, 127); App. Torino, 10 dicembre 1894, *Falco* c. *Credito lionese* (*Foro Ital.*, 1895, 1, 525).

(3) Pag. 48.

(4) Articolo 14 codice civile francese. Disposizioni eguali a tale articolo le ha anche il codice di procedura civile olandese (art. 127).

(5) Questa interpretazione della legge risulterà con maggiore evidenza esatta quando verrà parola della competenza dell'Autorità giudiziaria straniera.

(6) Art. 106, n°. 1, cod. proc. civ.

(7) Art. 106, n°. 2, cod. proc. civ. n.

(8) App. Genova, 20 dicembre 1876, *Comp. naz. per la fabbr. zuccheri* c. *Jachson* (*Eco Giur.*, 1871, 25); App. Torino, 22 luglio 1892, *Kron* c. *Palmieri* (*Giur. It.*, 1892, 1, 462).

(9) App. Lucca, 31 maggio 1881, *Cauro* c. *Rivolti* e *Rigacci* (*Foro It.*, 1881, 1, 662).

(10) App. Milano, 16 agosto 1867, *Giambonini* c. *Luraghi* (*Gazz. Trib.*, Genova, 1867, 349); e 1 maggio 1895, *Markus Vollmar* c. *Banca Gen.* (*Mon. Trib.*, 1895, 507).

(11) App. Torino, 25 aprile 1870, *Pyton* c. *Magna* (*Ann.*, 1870, 2, 190); App. Napoli, 14 dicembre 1867, *D' Avalos* c. *Rothschild* (*Gazz. Trib.*, Genova, 1868, 285); App. Torino, 6 maggio 1871, *Soc. Ferr. Parigi-Lione* (*Giur.*, Torino, 1871, 512).

(12) Cont. Cass. Roma, 4 aprile 1882, *Palffy Dann* c. *Caetani* (*Legge*, 1882, 2, 186).

nazionale (1); per ottenere la dichiarazione dell'esistenza di un diritto a risarcimento che è indipendente dal contratto intervenuto collo straniero (2); per ottenere il risarcimento dei danni cagionati dall'urto di navi avvenuto in acque territoriali straniere quando un porto italiano non è quello di primo approdo o di destinazione della nave danneggiante (3); per ottenere la convalida di una offerta reale fatta in Italia (4). Non potrebbe essere convenuto lo straniero anche nel caso in cui si trattasse di successione di un italiano che non fosse stata aperta in Italia ed i beni di pertinenza della quale non si trovassero nel regno (5); nessuna disposizione di legge attribuisce alla cognizione dell'Autorità giudiziaria italiana le azioni relative a successioni pel solo fatto che il *de cujus* è un cittadino italiano, e però questo non è di per sè titolo atto a stabilire la competenza della magistratura italiana se straniera è la persona contro la quale l'azione viene esercitata. Per stabilire se la connessione di causa è titolo atto a rendere competente la magistratura italiana verso lo straniero, è d'uopo distinguere il caso in cui lo straniero è attore dal caso in cui è convenuto.

Se lo straniero è attore, avanti i tribunali italiani, il convenuto ha diritto di far valere contro lo straniero tutti i diritti che al convenuto in generale competono, anche se per l'esercizio di tali diritti contro lo straniero, questi non avrebbe potuto essere convenuto nel regno. Ond'è che contro lo straniero attore possono essere fatte valere tutte le eccezioni che il convenuto può opporre all'attore (6), può essere fatta valere domanda riconvenzionale (7). Ma, se lo straniero non è attore, esso, se non si trova nei casi degli articoli 105 e 106, non può essere tratto avanti i tribunali italiani solo perchè la causa contro lo straniero è connessa alla causa introdotta o da introdursi avanti i tribunali italiani (8). Ond'è che non potrebbe essere tratto lo straniero avanti i tribunali italiani, fuori dei casi di cui agli articoli 105 e 106 perchè si tratta di azione contro più persone, o perchè si tratta in azione in garantia (9).

216 *bis*. La persona giuridica straniera non può trovarsi nelle condizioni di fatto in presenza delle quali l'articolo 106 della procedura stabilisce la competenza delle Autorità giudiziarie italiane per le obbligazioni contratte all'estero, può trovarsi in quella vece nelle condizioni di fatto previste dall'articolo 105; in tal caso alla persona giuridica straniera tornano applicabili le disposizioni di quest'ultimo art. (10). E torna applicabile l'articolo 105 della procedura anche se si tratti di Stato straniero il quale si trovi nelle condizioni di fatto dall'articolo 105 prevedute, non già in seguito ad atti di impero, ma ad atti di gestione da esso posti in essere (11), anche nel caso in cui l'obbligazione sia stata assunta dallo Stato straniero a mezzo del proprio console nel regno (12).

Per le società commerciali straniere havvi una disposizione speciale; è quella dell'art. 872, 1ª parte, del codice di commercio. Per questa disposizione di legge le azioni personali e le azioni reali sopra beni mobili per atti intrapresi per conto di una società estera dal suo institore o rappresentante fuori della sede sociale possono proporsi dai terzi davanti l'Autorità giudiziaria del luogo ove esercita il commercio o risiede l'institore od il rappresentante (13). Ma è d'uopo che si tratti di obbligazioni dipendenti da atti dal rappresentante intrapresi nell'esercizio del commercio al quale è preposto: ond'è che non potrebbe essere convenuto in Italia il rappresentante di una società straniera per le azioni provenienti da urto di navi avvenuto in acque territoriali straniere (14).

217. L'articolo 107 della procedura stabilisce quale sia la magistratura italiana che per territorio è competente a giudicare dell'azione personale e reale sopra beni mobili che contro stranieri possono essere intentate nei casi degli articoli 105 e 106.

A termini dell'articolo 107, quando lo straniero non abbia residenza, dimora o domicilio eletto nel regno, nè vi sia stabilito un luogo per l'esecuzione del contratto, l'azione personale e l'azione reale sui beni mobili è proposta avanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui l'attore ha domicilio o residenza. Dal che si argomenta che, quando lo straniero ha residenza, dimora o domicilio eletto nel regno, l'azione deve essere intentata avanti l'Autorità giudiziaria del luogo di residenza, di dimora o del domicilio eletto; quando è stabilito il luogo per l'esecuzione del contratto, l'azione deve essere intentata avanti l'Autorità giudiziaria di questo luogo, anche se, trattandosi di luogo di confine, vi sieno in esso gli uffici doganali della nazione vicina (15); solo quando non havvi uno di questi titoli, ed uno di questi titoli non vi è nel caso di obbligazione contratta nello Stato ma eseguibile all'estero (16), per determinare la competenza sorge il titolo meramente suppletivo del domicilio o residenza dell'attore (17), sieno

(1) App. Genova, 16 febbraio 1885, *Casati* c. *Banca di cambio di Bruxelles* (*Eco Gen.*, 1885, 137).

(2) App. Genova, 21 maggio 1895, *The Grand Canary Coaling Company* c. *Schiaffino* (*Temi Gen.*, 1895, 370).

(3) Trib. Genova, 30 gennaio 1889, *La Veloce* c. *Soc. trasp. maritt.* (*Temi Gen.*, 1889, 127).

(4) Cass. Torino, 14 dicembre 1882, *Mauprety* c. *Sola* (*Cass. Torino*, 1882, 661).

(5) Cont. App. Catanzaro, 1° maggio 1894, *Capocchiani* c. *Guzolini* e *Cosentini* (*Giur. It.*, 1894, 2, 368).

(6) App. Genova, 25 maggio 1894, *Galati* e *Sprlz* c. *Hausmann* e *Alleotti* (*Temi Gen.*, 1894, 377).

(7) Cass. Torino, 30 dicembre 1892, *Comp. La Deutsche* c. *Canepa* (*Foro It.*, 1893, 1, 508).

(8) App. Genova, 20 dicembre 1876, *Comp. naz. fabbr. zucchero* c. *Jackson* (*Eco Giur.*, 1877, 25).

(9) App. Ancona, 13 febbraio 1886, *Garassino* c. *Besi* (*Foro It.*, 1886, 1, 96).

(10) Confr. App. Venezia, 11 marzo 1889, *Riedmiller* c. *Weiss* (*Temi Ven.*, 1889, 169).

(11) Gianzana, *Lo straniero nel diritto civile italiano*, Torino, 1884, I, n. 80, 82; Mattirolo, I, 978; — Cass. Firenze, 17 maggio 1880, *Ravignani* c. *Gov. It. e Gov. Austro-Ungarico* (*Temi Ven.*, 1880, 610); App. Lucca, 22 marzo 1886, *Helmelick* c. *Guttieres* (*Foro It.*, 1886, 1, 490); Cass. Firenze, 25 luglio 1886, stesse parti (*Foro It.*, 1886, 1, 913); App. Lucca, 14 marzo 1887, *Hamspohn* c. *Bey di Tunisi* (*Foro It.*, 1887, 1, 474); App. Venezia, 22 luglio 1892, *Gov. It.* c. *Marzari* e *Gov. Austro-Ungarico* (*Foro It.*, 1892, 1, 1196).

(12) V. Cass. Napoli, 27 marzo 1886, *Tympaldos* c. *Manicomio di Aversa* (*Foro It.*, 1186, 1, 399).

(13) App. Genova, 21 luglio 1885, *Profumo* c. *Marchiani* (*Rass. univ.*, III, 7.

(14) Trib. Genova, 30 gennaio 1889, *La Veloce* c. *Soc. trasp. marit.* (*Temi gen.*, 1889, 127).

(15) App. Genova, 29 dicembre 1882, *Soc. Glacières de Nice* c. *Fornaseri* (*Eco Gen.*, 1883, 118).

(16) Mattirolo, I, 982.

(17) App. Genova, 6 agosto 1869, *Arciduca Francesco d'Austria* c. *Contadini* (*Ann.*, 1869, 2, 210); App. Torino, 11 febbraio 1876, *Comp. Ass. maritt. di Trieste* c. *Navarino* (*Giur.*, Torino, 1876, 454).

pure i beni mobili situati in luogo diverso (1). E siccome nel caso di azione intentata contro una società straniera nella persona del suo institore o rappresentante, la società si considera residente nel luogo ove l'institore o rappresentante esercita il commercio per conto della società, così in questo caso vi sarà la competenza dell'Autorità giudiziaria in questo luogo, e non potrà farsi ricorso alla competenza suppletiva del luogo di domicilio o di residenza dell'attore (2).

Nulla dispone la legge per quanto concerne l'azione reale sui beni immobili, ma evidentemente la stessa va proposta avanti il magistrato del luogo in cui l'immobile è situato (3).

217 *bis*. Guardando all'intestazione della quale ci si è occupati nei numeri precedenti, parrebbe che niun'altra disposizione del codice di procedura civile relativa alla competenza sia applicabile agli stranieri, all'infuori degli articoli 105 e 106. Così interpretata, però, la legge, si cadrebbe in errore: se il legislatore italiano ha stabilito la competenza della magistratura italiana per lo straniero che non ha residenza nel regno, a tanto maggiore ragione deve avere riconosciuto la competenza della magistratura stessa per lo straniero domiciliato o residente nel regno, e per lo straniero di domicilio e residenza ignoti che nel regno dimora. Di qui ne deriva che le disposizioni degli articoli 105 e 106 della procedura in confronto dello straniero ricevono applicazione indipendentemente dalle regole generali sulla competenza, in quanto a tali regole non sia stato dagli articoli 105 e 106 derogato (4). E siccome per le regole generali sulla competenza havvi sempre la competenza dell'Autorità giudiziaria del domicilio o residenza, e, se il convenuto ha domicilio o residenza ignoti, dell'Autorità giudiziaria del luogo ove il convenuto dimora, così la competenza relativamente allo straniero che ha domicilio o residenza nel regno o che essendo di domicilio o di residenza ignoti dimora nel regno, è regolata dall'art. 90 della procedura. E siccome per l'articolo 90 della procedura, ogni persona per una delle azioni nell'art. stesso contemplate può esser convenuta avanti i tribunali italiani se ha domicilio o residenza nel regno, o se essendo di domicilio o residenza ignoti vi ha dimora, così può esser convenuto anche lo straniero che si trovi nelle condizioni stesse (5). E non è il caso di distinguere le azioni relative allo stato personale od ai rapporti personali o di famiglia, dalle azioni relative a rapporti patrimoniali (6), dal

---

(1) Cont. Cass. Torino, 25 giugno 1870, *Campo* c. *Weber* (*Giur.*, Torino, 1870, 490).

(2) App. Torino, 30 giugno 1886, *Soc. Linière e Gantoise* c. *Pistono* (*Foro It.*, 1886, 1080).

La Corte così considerava:

« La Società Linière Gantoise non ha residenza, domicilio o dimora nel regno. Essa dunque avrebbe dovuto essere citata mediante: 1° affissione della copia della citazione alla porta esterna della sede dell'Autorità giudiziaria davanti la quale si proponeva la domanda; 2° inserzione di un sunto della citazione nel giornale degli annunzi giudiziari; 3° consegna d'una copia della citazione stessa al ministero pubblico presso il tribunale civile per la occorrente ulteriore trasmissione al Ministero degli affari esteri (articolo 141 e 142 codice di procedura civile).

« Eppure la Società suddetta non è stata citata così: essa è stata citata invece in Torino ed in persona del suo rappresentante Maioli, il quale aveva conchiuso il contratto, ed appunto risiede in questa città. Non altrimenti poteva la ditta Pistono citare la Società suddetta così, fuorchè in base alle combinate disposizioni degli articoli 375 e 376 codice di commercio.

« Orbene, nel caso regolato dagli articoli anzicennati, la Società estera si trova convenuta in giudizio nella persona del suo rappresentante: per finzione della legge, costui tiene in tale giudizio il posto che altrimenti dovrebbe tenervi la persona alla quale il contratto o statuto sociale attribuisca la facoltà, e conferisca la veste per rappresentare in giudizio la Società. È dunque, in tale caso, il rappresentante stesso parte convenuta nei nomi, ed avendo questi residenza nel regno, non può più allora trovare applicazione la disposizione dell'articolo 107 codice di procedura civile, che contempla il caso ben diverso di colui che non abbia residenza, dimora o domicilio eletto nel regno, ma in applicazione, invece, della trita regola *actor sequitur forum rei* deve il giudizio radicarsi avanti al magistrato della residenza, domicilio o dimora del citato rappresentante nei nomi.

« Codesta illazione già si trova, almeno in germe, nell'altra disposizione, che pur si contiene nel surriferito articolo 107, secondo la quale il giudizio devesi contro lo straniero, che non abbia residenza o dimora nel regno, radicare avanti al magistrato del domicilio eletto quando ci sia, in quanto bene si può a tale domicilio almeno assimilare quello del rappresentante di Società estera citato nella persona appunto e nella residenza del rappresentante suo.

« E alla stessa illazione si deve poi anche necessariamente venire in base pure alla disposizione contenuta nella prima parte dell'articolo 872 codice di commercio, in quanto consente la proposizione di azioni contro Società estere si faccia innanzi l'Autorità giudiziaria del luogo dove risiede il rappresentante del regno.

« Certo che non è obbligatoria, ma sibbene facoltativa la proposizione contro Società estere d'azioni così; ma, dal momento che l'attore si vale di cotesta facoltà, ed invece di citare la Società estera nella persona del suo ordinario rappresentante all'estero nella forma più dispendiosa dell'articolo 141 e colla prefissione di termine di tanto più lungo (articolo 150), s'appiglia al metodo più economico e spiccio di citazione consentito dall'articolo 375, od a quello consentito dall'articolo 872 codice di commercio, deve l'attore citante starvi del tutto, e quindi portare la causa al fôro del convenuto nel regno.

« Il diverso sistema che la ditta Pistono propugna, e nel quale ha dessa trovato consenziente il tribunale, è veramente, come si vede, un ibrido, ingiusto, anzi iniquo sistema, poichè prende da entrambi i metodi surriferiti, diversi fra loro, le parti favorevoli all'attore, senza prenderne le altre parti che sono d'equilibrio, favorevoli al convenuto, operando anche in tal maniera in aperta, flagrante violazione della 125ª regola di diritto di Gaio, secondo la quale *favorabiliores rei, potius quam actores habent.*

(3) Cass. Napoli, 28 novembre 1867, *Flaiani* c. *Irelli* (*Ann.*, 1868, 1, 56); App. Messina, 19 febbraio 1868, *Greci orientali di Messina* c. *Camarda* (*Giur. It.*, 1868, 2, 134); App. Catanzaro, 1 maggio 1894, *Capocchiani* c. *Guzolini* (*Giur. It.*, 1894, 2, 368).

(4) App. Torino, 31 ottobre 1893, *Giulino* c. *Cölln* (*Foro It.*, 1894, 1, 459).

(5) App. Napoli, 2 aprile 1867, *Grillet* c. *Blanc* (*Giur.*, Torino, 1868, 6).

(6) Cass. Torino, 22 dicembre 1893, *Maschi* c. *Palmieri* (*Foro It.*, 1894, 1, 575).

La quale così considerava:

« La lettera della legge è dichiarata; qui non si fa luogo ad interpretazione. La legge parla di dimora in genere. Qui si porrebbe un limite che nella legge non c'è, quando non si volesse restringere la portata al permanente soggiorno. Essa non distingue fra stabile e temporanea dimora, *et nec nos distinguere debemus.*

« Non ci sarebbe neppur ragione per fare distinzione; si tratti d'ordinario soggiorno o di temporanea dimora, ivi può sempre ugualmente il convenuto difendersi, tanto più quando, come nel caso presente, sia personalmente notificato. La distinzione fra dimora stabile e temporanea non è passata per la mente del legislatore neppure; anzi questi guarda alla dimora come stato temporaneo, guarda alla dimora temporanea propria. Leggesi nella Relazione famulativa del progetto di codice di procedura civile presentemente vigente, che, « quando il convenuto non abbia domicilio o residenza cono-

momento che chi si trova nella condizione di cui all'art. 90 può essere convenuto per le une e per le altre azioni. Onde è che lo straniero domiciliato o residente nel regno, o che essendo di domicilio o residenza ignoti nel regno dimora, può essere convenuto avanti i tribunali italiani per le azioni relative alla nullità del matrimonio (1), alle obbligazioni derivanti dal matrimonio (2), alla separazione personale (3), alla interdizione ed alla inabilitazione (4), alla eredità (5), anche se viene in contestazione la qualità di erede (6).

In tutti i casi nei quali il titolo della competenza relativamente al convenuto straniero è quello dell'art. 90 della procedura, la competenza territoriale non va regolata dall'art. 107 ma dalle norme ordinarie.

218. Per il giudizio sulla competenza dell'Autorità giudiziaria italiana relativamente alla competenza dell'Autorità giudiziaria straniera, sono applicabili le norme esposte nella sezione terza; ond'è che, quando sorge contestazione sulla esistenza dei fatti in presenza dei quali la competenza esiste, sono ammissibili prove per stabilire i fatti stessi (7). Attesa però l'indole della competenza della quale si sta discorrendo, le norme date nella sezione terza devono essere applicate con qualche modifica. Non potendo la Corte di cassazione italiana spiegare giurisdizione sulla magistratura straniera; la Corte stessa che annulla la sentenza perchè l'Autorità giudiziaria di merito ha riconosciuto la propria competenza che punto non esisteva, non può statuire sulla competenza e rinviare la causa all'Autorità competente, ma deve annullare senza rinvio (8).

« sciuta, sottentra la competenza dell'Autorità giudiziaria del « luogo in cui esso ha dimora temporanea » (pag. 31).

« E più innanzi (pag. 48): « se lo straniero non ha residenza « nello Stato, ma vi si trova di fatto, anche momentaneamente, si « equipara il fatto della dimora temporanea alla residenza, come « il progetto ebbe già ad equipararlo nel caso in cui il convenuto « non abbia domicilio o residenza conosciuti ».

« La equiparazione suaccennata, posta in relazione col riferimento che si fa a quell'altra equiparazione colla di cui evocazione finisce il discorso, dimostra fino all'evidenza la intenzione e spiega il pensiero del legislatore, intento a designare e a stabilire, nel tribunale del luogo dove lo straniero pare abbia temporanea dimora, il fôro per esso convenuto competente: inquantochè, in caso di domicilio o residenza sconosciuti, è fôro competente quello della dimora.

« Cotesto fôro poi è prevalentemente competente anche su quello di conclusione o d'esecuzione del contratto.

« Poichè l'articolo 90 pone cotest'altro foro come competente bensì, ma facoltativamente per l'attore soltanto ».

(1) Fusinato, *Questioni di diritto internazionale*, Torino 1884, pag. 52; Esperson, *Condizione giuridica dello straniero*, Milano 1889, n°. 284, 285; Gianzana, op. cit., I, 206; — App. Milano, 2 aprile 1890, *Adda* c. *Sessa* (*Mon. Trib.*, 1890, 567); Cass. Torino, 5 febbraio 1895, *Croff* c. *Miglio* (*Giur.*, Torino, 1895, 124).

Cont. Pisanelli, Mancini e Scialoja, *Comm. al cod.* p. c. *sardo*, I, p. 538, 539; Gargiulo, *Proc. civ.*, art. 105-107); — Cass. Torino, 13 giugno 1874, *Dulchè* c. *Pirola* (*Legge*, 1874, 1, 1039); Cass. Firenze, 31 gennaio 1884, *Degli Albizzi* c. *Hachile Welikanoff* (*Foro It.*, 1884, 1, 549); Trib. Napoli, 27 dicembre 1893, *Flocca* c. *Chaverondier* (*Gazz. Proc.*, XXVI, 261).

Vedi anche Filomusi-Guelfi, nel *Foro It.*, 1877, 1, 1090; Pescatore, nel *Giornale delle leggi*, 1874, pag. 313; Bolaffio, nella *Temi Ven.*, 1884, 465; Cuzzeri, sugli art. 105-107; Mattirolo, I, 972 e seguenti.

(2) App. Venezia, 9 luglio 1872, *Stangati* c. *Hitkal* (*Ann.*, 1873, 2, 188).

Cont. App. Lucca, 28 giugno 1877, *Zambelli* c. *Gilli* (*Foro It.*, 1877, 1, 1191).

(3) Trib. Ancona, 23 maggio 1882, *B.* c. *S.*, (*Legge*, 1882, 2, 58); App. Torino, 19 marzo 1895, *Branus* c. *Gevasone* (*Giur.*, Torino, 1895, 372); App. Casale, 18 gennaio 1884, *Lefevre* c. *Rousselet* (*Foro It.*, 1884, 1, 1103).

Cont. App. Milano, 15 febbraio 1874, *Nellinger* c. *Stura* (*Mon. Giud.*, Venezia, 1874, 296).

Il decidere se i tribunali italiani possano pronunciare il divorzio fra stranieri, una volta ammesso che questi tribunali possono pronunciare sulle questioni di stato personale degli stranieri, non ha più riferimento alla competenza, ma dipende dalla decisione della questione se il divorzio sia o no contrario all'ordine pubblico. Vedi App. Ancona, 12 marzo 1884, *Bremen* c. *Salvini* (*Foro It.*, 1884, 1, 574).

(4) Cont. Cass. Torino, 13 giugno 1874 *Dulchè* c. *Pirola* (*Legge*, 1874, 1, 1039); App. Torino, 16 luglio 1880, *Brocchi* c. *Quadri* (*Giur.*, Torino, 1881, 50). — Vedi anche Cass. Firenze, 19 aprile 1881, *Hachile Welikanoff* c. *Degli Albizzi* (*Temi Ven.*, 1881, 271).

La Cass. di Firenze, 25 novembre 1895, *Castori* c. *Castori* (*Foro It.*, 1896, 1, 68), così considerava:

« Nel novembre 1893 l'avv. Castori Costantino presentò al presidente del tribunale di Venezia un ricorso, col quale, esponendo vari fatti che accennavano ad infermità di mente del suo zio Castori Anastasio, ne chiedeva l'interdizione; il tribunale ordinò la convocazione del consiglio di famiglia e l'interrogatorio dell'Anastasio, e dopo vari incidenti emise sentenza colla quale fu dato al detto Anastasio un curatore temporaneo ed ordinata una prova testimoniale. Appellò il detto Anastasio Castori, ma la Corte di Venezia, in data 23 luglio 1894, confermò la sentenza del tribunale.

« Or contro detta sentenza della Corte di appello di Venezia ricorre per annullamento il Castori, spiegando i seguenti tre mezzi.

« (*Omissis*). Considerando che, anche ritenendo ammissibile il prodotto ricorso, esso deve essere rigettato, perchè nessuno dei proposti mezzi è fondato.

« Non il primo, relativo all'incompetenza e mancata pronunzia su tale eccezione; ed invero, quand'anche Anastasio Castori non avesse acquistato la nazionalità austriaca e poi la italiana, e fosse rimasto sempre straniero, si trovava indubitatamente domiciliato da lunghissimi anni a Venezia; e la legge (articolo 836 codice di procedura civile) dice che la domanda d'interdizione è fatta davanti al tribunale nella cui giurisdizione ha domicilio la persona contro della quale è proposta: e la stessa legge, parlando d'incompetenza, fa questa derivare da ragioni di materia o valore, di territorio, di connessione o continenza di causa; e mai dalla qualità della persona, se cioè nazionale o straniera (articolo 67 e seguenti detto codice di procedura). E le disposizioni speciali per gli stranieri, contenute nel ripetuto codice (articolo 185 e seguenti) colla loro estensione ai tanti casi nei quali lo straniero può essere convenuto davanti le Autorità giudiziarie del regno, non modificano punto i sovra esposti principî di diritto, ma li confermano.

« È vero che quanto alle condizioni personali degli stranieri, quelle cioè che riflettono lo stato, la capacità ed i rapporti di famiglia, il codice civile lascia che siano regolate sempre dalle leggi della loro nazione, ma ciò importa soltanto che si debba giudicare in conformità alle dette leggi, e non costituisce motivo d'incompetenza ».

(5) Cass. Torino, 30 gennaio 1874, *Andreana* c. *Gillo* (*Giur.*, Torino, 1874, 321).

(6) App. Torino, 19 luglio 1878, *Astesano* c. *Stobbia* (*Giur.*, Torino, 1878, 651).

(7) App. Genova, 25 maggio 1894, *Galati e Spitz* c. *Hausmann* e *Allcotti* (*Temi Gen.*, 1894, 377).

(8) Cass. Napoli, 30 novembre 1869, *De Moulier* c. *Costantino* (*Giur. It.*, 1869, 1, 1, 774).

Anche per questa competenza può esservi la cosa giudicata. E la cosa giudicata è costituita non solo dalla sentenza pronunciata in sede ordinaria, ma anche dalla sentenza pronunciata in giudizio di delibazione (1). E la cosa giudicata a differenza di quanto avviene per la competenza delle Autorità giudiziarie italiane nei loro rapporti fra loro, è costituita da qualunque sentenza che viene proferita e che non viene impugnata nei modi di legge, senza che si faccia luogo a restrizione nel caso che l'azione venga novellamente intentata avanti l'Autorità giudiziaria non dipendente pel regolamento della competenza da quella che ha proferito la sentenza; il regolamento della competenza è possibile quando si discute sulla competenza delle varie Autorità italiane nei rapporti fra loro; non è possibile quando si discute sulla competenza delle Autorità giudiziarie italiane nei rapporti colle Autorità straniere.

218 *bis*. Esposto ciò che concerne la competenza delle Autorità giudiziarie italiane in rapporto colla competenza delle Autorità giudiziarie straniere, è d'uopo esporre i principii di diritto internazionale relativi alla competenza delle Autorità giudiziarie straniere, sia nei rapporti tra loro dei vari organi che amministrano la giustizia in uno Stato straniero, sia nei rapporti delle Autorità stesse, guardate quelle di ogni singolo Stato nel loro complesso, colla Autorità italiana e con quelle degli altri Stati.

Se ogni singolo Stato crea le magistrature funzionanti nell'interno delle Stato e distribuisce fra le stesse la cognizione delle varie controversie, ed agli altri Stati manca un mezzo diretto per costringere lo Stato ad adottare uno piuttosto che altro sistema di ordinamento giudiziario e di competenza, gli altri Stati non possono che o negare efficacia alle leggi straniere che non accolgono un determinato sistema di ordinamento giudiziario e di competenza, od accettare la legislazione straniera così come è stata data. Negare efficacia alle leggi straniere che non accolgono un determinato sistema di ordinamento giudiziario e di competenza non lo si può senza grave danno di coloro che devono far valere i loro diritti dinanzi alla magistratura straniera ed eseguire le sentenze fuori del territorio della nazione nel quale il magistrato straniero esercita la sua giurisdizione; non resta dunque che accogliere l'ordinamento giudiziario e la competenza quali dalle leggi straniere stabiliti. Di qui il principio dell'art. 10, 1ª parte, disp. prel. cod. civ.: la competenza è regolata dalla legge del luogo in cui segue il giudizio.

Come per tutte le leggi straniere, anche per quelle relative alla competenza vale, però, il principio, che in tanto la leggi stesse possono ottenere esecuzione nel regno, in quanto non siano contrarie all'ordine pubblico (2). È principio di ordine pubblico italiano che niuno può essere distolto dai suoi giudici naturali, e perciò non potranno essere creati tribunali o Commissioni straordinarie (3). In tanto dunque le leggi straniere sulla competenza potranno avere effetto nel regno, in quanto per la risoluzione delle controversie designino i giudici naturali, in quanto dalle leggi stesse non sieno creati tribunali o Commissioni straordinarie.

La designazione del giudice naturale nei rapporti fra le varie Autorità esercitanti giurisdizione nello Stato non può competere che al legislatore dello Stato stesso: è questa una conseguenza del principio che ogni Stato crea le magistrature che funzionano nell'interno dello Stato e distribuisce fra le stesse la cognizione delle varie controversie; chè appunto in quella creazione, in quella distribuzione consiste la designazione del giudice naturale. Se ciò è vero, le leggi dello Stato straniero, qualunque esse siano, sul proposito, eccettuato il caso in cui si tratti di tribunali o Commissioni straordinarie, devono aver piena esecuzione nel regno, ed alle Autorità giudiziarie italiane non è dato indagare se quelle leggi siano o no conformi ai principî dal legislatore italiano accolti ai riguardi dell'ordinamento giudiziario e della competenza.

E se alla magistratura italiana non è dato sindacare quelle leggi, non è dato nemmeno sindacare le sentenze che in base a quelle leggi vengono emanate, abbiano fatto le sentenze stesse buono, od abbiano fatto malgoverno delle leggi dello Stato nel quale le sentenze furono emanate: la distribuzione degli affari fra le varie magistrature è questione di ordine pubblico interno dello Stato in cui le magistrature esercitano le loro funzioni; contro le sentenze straniere che vengono emanate vi sono i rimedi giuridici dalla legge straniera stabiliti onde impugnare la sentenza, non vi può essere ricorso ai mezzi del diritto internazionale, senza ammettere l'ingerenza di una Autorità straniera in ciò che concerne l'ordine pubblico dello Stato. Ond'è che alla magistratura italiana, onde riconoscere efficacia ad una sentenza straniera, non è dato ricercare se l'Autorità giudiziaria dalla quale quella sentenza è stata emanata era competente per materia, valore, territorio, connessione o continenza di causa a pronunciare in quella lite; una volta che riconosce esser l'atto che le si presenta una sentenza, deve senz'altro riconoscerle relativamente a quei titoli di competenza piena efficacia giuridica (4). Se qualche dubbio potesse esistere sul proposito, questo dubbio è tolto sol che si consideri che la competenza relativamente al diritto internazionale non è che una competenza in ragione della qualità di cittadino o di straniero che ha la persona del convenuto, e che di conseguenza qualunque indagine, che non fosse relativa alla esistenza della competenza in ragione di questa qualità della persona del convenuto, andrebbe al di là dello scopo per il quale i principî di diritto internazionale relativamente alla competenza sono stabiliti. Del resto, questo principio non è che una deduzione del noto principio che nei rapporti internazionali il potere giudiziario si presenta come un tutto non distinto nei varî organi dei quali il tutto stesso si compone. Se il potere giudiziario si presenta come un tutto non è lecito nei rapporti internazionali indagare se da uno piuttosto che da altro organo provenga ciò che si riconosce come provenienza del potere giudiziario.

Il principio or ora posto non può, però, essere accolto senza coordinarlo ad altri principî. Il principio è vero in quanto si tratti di Autorità esercitante la giurisdizione ordinaria: per la sentenza di questa Autorità nessuna indagine sulla competenza per materia, valore, territorio, connessione o continenza di causa, è permessa. Ma, per quanto

(1) Cass. Firenze, 3 aprile 1884, *Trafford* c. *Blano* (*Foro It.*, 1884, 666).

(2) Art. 12 tit. prel., cod. civ.

(3) Art. 71 dello Statuto.

(4) Vedi App. Genova, 23 giugno 1886, *Lesparda* c. *Compart* (*Annali*, 2, 1886, 340); App. Venezia, 28 ottobre 1886, *Stritzko* c. *Morielaz* (*Temi Ven.*, 1886, 565); 20 gennaio 1893, *Greenbanch* c. *Levi* (*Temi Ven.*, 1893, 225); Cass. Torino, 14 giugno 1894, *Schiaffino* c. *The Grand Canary Coaling Company* (*Temi Gen.*, 1894, 385).

concerne Autorità esercitanti una giurisdizione speciale, siccome all'infuori delle controversie alla giurisdizione speciale attribuite, questa non è Autorità giudiziaria, manca di giurisdizione, ben può esser indagato, anche relativamente al diritto internazionale, se la materia sia o no attribuita alla cognizione della giurisdizione speciale. Questo però non sarebbe, a vero dire, esame sulla competenza per materia dell'Autorità che ha pronunciato la decisione, sarebbe esame sulla esistenza della giurisdizione, sulla esistenza cioè di uno dei requisiti essenziali acciò l'atto che viene presentato all'esame della magistratura italiana possa qualificarsi una sentenza. Ma, una volta che si è riconosciuto che la giurisdizione speciale ha pronunciato nei limiti della giurisdizione alla stessa attribuita, deve essere riconosciuta efficacia di sentenza alla decisione emanata (1), non potendosi confondere la giurisdizione speciale coi tribunali e colle Commissioni straordinarie, dal momento che anche per la legislazione italiana determinate materie sono devoluti alla cognizione di Autorità che ordinariamente non esercitano giurisdizione (2).

Ma la designazione del giudice naturale nei rapporti fra le Autorità giudiziarie straniere non può spettare che alla legislazione dello Stato nel quale si vuole che la legge e la sentenza straniera spieghino efficacia. È questa una conseguenza dello stesso significato del nome *giudice naturale*. Se giudice naturale è quello che la legge designa per la risoluzione di una determinata controversia, solo a termini di quella legge che riconosce il diritto ad essere giudicato dal giudice naturale, deve essere determinato quale sia il giudice naturale stesso. Di qui il principio che la legge e la sentenza straniere relative alla competenza dell'Autorità giudiziaria straniera a giudicare una persona relativamente all'Autorità stessa straniera, possono avere efficacia in Italia solo in quanto se uno straniero per eguale controversia fosse tato convenuto in Italia, l'Autorità giudiziaria italiana sarebbe stata competente a giudicare (3). Non è da far distinzione fra il caso in cui avanti l'Autorità giudiziaria straniera sia stato convenuto un cittadino italiano, ed il caso in cui sia stato convenuto uno straniero appartenente ad un terzo Stato: quello di essere giudicato dal giudice naturale è un diritto civile competente al cittadino, e che peró, a termini dell'art. 3 del codice civile, compete anche allo straniero. E non è nemmeno il caso di distinguere fra legge e sentenza straniera; abbia fatto anche il magistrato straniero retta applicazione della legge della nazione nel territorio della quale esercita il suo ufficio; se la sua sentenza è pronunciata in un caso nel quale l'Autorità giudiziaria italiana non avrebbe potuto pronunciare se uno straniero fosse stato convenuto avanti di essa, la sentenza in Italia non puó avere effetto. Di qui la conseguenza che non basta, perchè una sentenza straniera abbia efficacia in Italia, che la questione di competenza sia stata discussa avanti l'Autorità giudiziaria straniera, e decisa in conformità della legge del luogo nel quale il giudizio è stato istituito (4); è necessario che la decisione dell'Autorità straniera sia conforme ai principî della legislazione italiana accolta (5). E siccome contrario ai principî accolti dalla legislazione italiana è l'art. 14 del codice civile francese, così nè quell'articolo di codice, nè la sentenza pronunciata in conformità all'art. stesso possono avere efficacia in Italia (6).

Quando a termini della legislazione italiana l'Autorità giudiziaria straniera è competente a giudicare, l'Autorità giudiziaria italiana, la quale si trova di fronte ad una sentenza straniera, non ha il potere di giudicare se questa Autorità fosse o no competente a conoscere anche a base della propria legge la causa che a lei è stata sottoposta (7); questo giudizio è relativo al buono o malgoverno che l'Autorità giudiziaria straniera abbia fatto della propria legge, giudizio che, come si è veduto, spetta solo all'Autorità superiore a quella che ha pronunciato la decisione.

(1) Vedi App. Lucca, 11 febbraio 1881, *Borreman* c. *Gilles* (*Ann.*, 1882, 73).

(2) Vedi retro, n. 30.

(3) Vedi App. Torino, 13 settembre 1867, *Chanay* c. *Audisio* (*Giur.*, Torino, 1867, 634); 12 marzo 1875, *Nuraud* c. *De Benedetti* (*Giur.*, Torino, 1875, 340); Cass. Napoli, 6 dicembre 1867, *Farauld* c. *Dreyfus* (*Ann.*, 1867, 1, 120); App. Venezia, 28 ottobre 1886, *Stritzko* c. *Morielaz* (*Temi Ven.*, 1886, 565); App. Cagliari, 29 gennaio 1889, *Blanchard* c. *Ardisson* (*Giur. It.*, 1889, 2462); App. Venezia, 20 gennaio 1893, *Greenbanch* c. *Levi* (*Temi Ven.*, 1893, 225); App. Torino, 15 settembre 1893, *Huot* c. *De Bernardi* (*Giur.*, Torino, 1893, 716); App. Roma, 28 luglio 1893, *Derricy* c. *Patrone* (*Giur. It.*, 1893, 1, 2, 529); Cass. Torino, 6 giugno 1894, *Barucco* c. *Prov. Cuneo* (*Foro It.*, 1894, 1, 958); 30 marzo 1883, *Banca Ind. di Genova* c. *Zirio* (*Mon. Trib.*, 1883, 357).

Quanto è affermato nel testo dimostra l'esattezza della interpretazione che per noi fu data alla parola *reciprocità* che si legge nell'art. 105, n. 3, della procedura. Se l'Autorità giudiziaria straniera è competente relativamente allo straniero tutte le volte che in presenza delle eguali circostanze di fatto sarebbe competente la magistratura italiana, ammesso che l'Autorità giudiziaria italiana fosse competente solo perchè la legge straniera dichiara la competenza dell'Autorità straniera relativamente ai cittadini italiani, sarebbe d'uopo ammettere la competenza dell'Autorità straniera pei cittadini italiani: in tal modo si riuscirebbe indirettamente a riconoscere l'efficacia di una legge straniera a stabilire il giudice naturale, ciò che, come si è dimostrato nel testo, spetta alla sola legge italiana.

(4) App. Napoli, 6 agosto 1888, *Ditta Lutionhann e C.* c. *Jesu Mosca* (*Gazz. Proc.*, XXII, 609).

Cont. App. Venezia, 7 luglio 1882, *Schwab* c. *Giani* (*Temi Ven.*, 1882, 396); App. Genova, 27 dicembre 1888, *Osp. Spitz* c. *Nomo* (*Temi Gen.*, 1889, 113).

(5) App. Torino, 1 agosto 1874, *Roussier* c. *Romeo* (*Giur.*, Torino, 1875, 27).

Cont. Cass. Torino, 25 giugno 1870, *Campo* c. *Weber* (*Giur.*, Torino, 1870, 490).

(6) Ricci, III, 610.

Cont. Mattirolo, VI, n. 1061 e seg.

Vedi App. Torino, 20 gennaio 1872, *Foret* c. *Grattoni* (*Ann.*, 1872, 2, 190); App. Torino, 19 gennaio 1869, *Soc. di Monteponi* c. *Soc. di Malfidano* (*Giur.*, Torino, 1869, 305); 17 aprile 1869, *Agricola* c. *Soc. Ungherese* (*Giur.*, Torino, 1869, 521); 1 agosto 1874, *Roussier* c. *Ronco* (*Giur.*, Torino, 1875, 27); App. Messina, 5 settembre 1881, *Deschamps* c. *Carbone* (*Foro It.*, 1881, 886); App. Trani, 10 dicembre 1880, *Gigandet* c. *Introna* (*Riv. di giur.*, Trani, 1881, 221); App. Genova, 4 aprile 1881, *Pianello* c. *Calvari* (*Eco*, 1, II, 80); Cass. Torino, 30 agosto 1887, *Henry* c. *Bruno* (*Foro It.*, 1887, 1, 1167); App. Torino, 15 febbraio 1889, *Lemerle* c. *Ferrino* (*Giur.*, Torino, 1889, 360); App. Catania, 16 aprile 1889, *Ditta Gleiser* c. *Fischetti* (*Foro It.*, 1889, 1, 706); App. Milano, 17 dicembre 1889, *Ditta Bollack Sarassini* c. *Antona-Traversi* (*Mon. Trib.*, 1890, 118); App. Catania, 21 aprile 1890, *Barriere* c. *De Pasquale* (*Giur. Cat.*, 1890, 163); Cass. Palermo, 2 aprile 1892, *Barriere* c. *De Salvo* (*Circ. Giur.*, 1892, 803); App. Genova, 15 ottobre 1895, *Padova De Serra* c. *Wiengreenn* (*Giurista*, 1895, 398).

(7) Conf. App. Casale, 12 settembre 1884, *Falsone* c. *Arcisano* (*Giur. Cas.*, 1885, 33).

218 ter. **Vane sarebbero le statuizioni della legislazione italiana relativamente al giudice naturale, se non vi fossero** speciali rimedii giuridici onde impedire che la legge e la sentenza straniera attribuiscano ad un'Autorità giudiziaria straniera competenza a giudicare di cause nelle quali lo straniero è convenuto e per giudicare delle quali l'Autorità stessa non è il giudice naturale. Questi rimedi però non possono essere positivi, chè nessuno Stato può *esercitare*, giuridicamente, una azione diretta sul legislatore e sul magistrato di altro Stato; non possono essere che indiretti, non possono consistere che nell'interdire al magistrato l'applicazione della legge e della sentenza straniera che sottraggono il convenuto straniero al suo giudice naturale. Tutte le volte dunque che l'Autorità giudiziaria italiana è chiamata a riconoscere efficacia alle leggi ed alle sentenze straniere relative alla competenza a giudicare nelle cause nelle quali uno straniero è convenuto, devono accertare se l'Autorità giudiziaria straniera è il giudice naturale dello straniero stesso.

In specialità, l'art. 941, n. 1, del codice di procedura civile obbliga il magistrato italiano a fare una tale indagine quando è chiesta la forza esecutiva nel regno per una sentenza straniera; la forza esecutiva alla sentenza straniera è data dalla Corte di appello nella cui giurisdizione deve essere eseguita, premesso un giudizio di delibazione, in cui la Corte esamina se la sentenza sia stata pronunciata da una Autorità giudiziaria competente. Stando alle parole adoperate dalla legge si potrebbe credere che ampia fosse la facoltà di indagine da parte della Corte relativamente alla competenza del magistrato straniero, e che però l'indagine stessa dovesse essere istituita tanto relativamente alla competenza del magistrato che l'ha pronunciata in rapporto colle altre magistrature dello stesso Stato, quanto relativamente alla competenza del magistrato che la ha pronunciata in rapporto alla magistratura straniera. Ma i principî esposti nel numero precedente dimostrano che tale interpretazione sarebbe erronea. Nessun interesse internazionale si tratta di proteggere quando devesi decidere se una piuttosto che altra magistratura di uno stesso Stato sia competente a pronunciare; di conseguenza di mezzi di diritto internazionale, come è il giudizio di delibazione, non è il caso di usare, onde indirettamente costringere le varie magistrature di uno stesso Stato a stare nei limiti della propria competenza. Nessun principio di ordine pubblico dello Stato è compromesso dal fatto che una, piuttosto che altra Autorità giudiziaria di uno Stato straniero ha pronunciato una sentenza; sarà compromesso l'ordine pubblico dello Stato nel quale la sentenza è stata pronunciata, non quello dell'Italia: nessun rimedio giuridico consentito dal diritto internazionale per proteggere l'ordine pubblico in Italia è dunque il caso di usare. L'interesse internazionale da proteggere è quello che da una legge o da una sentenza straniera non sia attribuita competenza ad un'Autorità giudiziaria straniera per giudicare in causa di competenza della magistratura di altro Stato; soltanto alla protezione di tale interesse devono essere diretti i mezzi dal diritto internazionale consentiti. Di qui ne viene che la Corte chiamata a delibare una sentenza ha solo potere di conoscere se, secondo i principî di diritto internazionale accolti dalla legislazione italiana, l'Autorità giudiziaria che ha pronunciato la sentenza, cioè l'Autorità giudiziaria di altro Stato, fosse competente a giudicare della causa dalla sentenza decisa. In questa indagine, però, ha ampia facoltà di ricerca; ond'è che non è punto obbligata ad accettare il fatto quale è stato dalla sentenza straniera accertato, ma essa stessa può decidere in quali termini stia il fatto stesso (1).

Per tutto il rimanente che è relativo al giudizio di delibazione vedi la voce **Sentenze straniere ed atti esteri**.

GIUSEPPE PIOLA.

COMPETENZA PENALE.

SOMMARIO.

BIBLIOGRAFIA.

Anonimo, *La competenza dei tribunali penali* (*Giustizia*, III, n. 6). — Bettoni, *Il fatto delittuoso nei riguardi della cosa giudicata e della competenza nei procedimenti penali* (*Riv. Pen.*, XL, 1894, 239). — Bertola, *Competenza e ordinamento* (*Riv. Pen.*, XXXIX, 1894, 228). — Calabrese, *Per stabilire la competenza si deve tener conto dell'interdizione dai pubblici uffici* (*Foro Abruzzese*, VI, 9). — Carré, *De la compétence judiciaire des juges de paix en matière civile et pénale*, Paris 1876. — Cavagnari, *Una questione di competenza riguardo al tentativo* (*Giurista*, 1891, 195); *Sull'art. 12 proc. pen. modificato dal regio decreto 1 dicembre 1889* (*Monit. trib.*, 1890, 226). — Cianci, *Il titolo del reato in relazione alla competenza* (nei *Saggi critici di giurisprudenza penale*, Napoli 1886). — Cosenza, *Della determinazione della competenza riguardo al titolo del reato* (*Nota* nel *Foro It.*, 1891, 2, 337). — Cultrera, *Pene*

(1) Cass. Palermo, 4 aprile 1893, *Pirandello* c. *Espallace* (*Foro Sic.*, 1893, 115). — Cont. App. Venezia, 20 febbraio 1890 *Levy* c. *Gajo* (*Temi Ven.*, 1890, 263).

e competenza, Caltagirone 1887. — De Giuli, *La competenza delle Autorità giudiziarie in relazione al nuovo codice penale*; Bergamo 1889. — De Mauro, *Della competenza per connessione di causa o di reato* (*Riv. Pen.*, XIX, 1884, 468). — De Notaristefani, *Il reato continuato per gli effetti della competenza* (estratto dal *Foro Pen.*), Roma 1895. — Fiocca, *Il fatto delittuoso nei riguardi della cosa giudicata e della competenza* (*Riv. Pen.*, XL, 1894, 5); Id., *Sui criteri per determinare la competenza in ordine ai reati commessi anteriormente al 1° gennaio 1890* (*Nota* nel *Foro It.*, 1890, 2, 177); *Il pretore è competente a conoscere dei reati in cui la legge infligge anche l'interdizione temporanea dai pubblici uffici o la sospensione da una professione od arte?* (*Foro pen.*, I, 247). — Garofalo, *La competenza per ragione di materia nei giudizi penali* (*Scuola positiva*, 1891, 10). — Girardini, *Del modo di determinare la competenza in caso di reato continuato* (*Temi ven.*, 1893, 457). — Gismondi, *Per una questione di competenza* (*Foro pen.*, 1893, 123). — Glaser, *Per la storia della competenza territoriale tedesca* (nei *Strafprocessuale Studien*, Wien 1885). — Impallomeni, *Il titolo del reato per gli effetti della competenza* (*Riv. Pen.*, XXXV, 1892, 5). — Le Sellyer, *Études historiques, théoriques et pratiques sur le droit criminel: Traité de la compétence*, ecc. Paris 1875 (vedi anche la traduzione italiana di Giustiniani e Benevolo, annotata e messa in relazione con la legislazione, con a dottrina e con la giurisprudenza italiana, Torino, Unione Tip.-Editrice, 1888). — Longhi, *La gravità specifica del reato come elemento determinativo di competenza* (*Scuola positiva*, 1893, 289). — Lupati, *Manuale per i pretori: delitti di competenza propria e di rinvio, con richiami all'ultimo progetto del nuovo codice penale*, Padova 1887. — Manduca, *La responsabilità penale dei reati commessi nello spazio aereo e la giurisdizione istruttoria*, Roma 1891. — Maneo, *La continuazione dei reati e la competenza* (*Temi Veneta*, 1895, 243). — Miraglia, *Il titolo del reato e le giurisdizioni d'istruzione*, Roma 1893. — Mortara, *Intorno a una importantissima questione di competenza in materia penale* (*Riv. Pen.*, XXXIII, 1891, 327). — Ortloff, *Ueber die Wahl zwischen dem Gerichtsstand der Delichtsverülung und dem des Wohnsitzes* (*Gerichtssaal*, XXXVI, 1884, n. 3-4). — Parlati, *Della competenza del giudice penale a conoscere di questioni civili inerenti al reato* (*Riv. Pen.*, IX, 1878, 16). — Pellegrini, *La competenza penale delle preture giusta il regio decreto 1 dicembre 1889*, Roma 1891. — Piccolo, *Della competenza pretoriale nel concorso di reati commessi in vari mandamenti* (*Monit. dei pret.*, XVI, 1890, n. 48). — P. G., *Se la diversa pena applicabile per legge al reato tentato o mancato influisca sulla determinazione della competenza* (*Monitore trib.*, 1890, 181). — Pomodoro, *Della competenza in materia penale* (*Riv. di giurepr.* di: Trani, XII, 1881, 241); Id., *Della competenza nei procedimenti penali, è assoluta per ragione di materia, relativa di luogo* (*Giurispr. pen.*, VII, 1887, n. 6); Id., *Se l'incompetenza per ragione di territorio possa essere dedotta per la prima volta in Cassazione* (*Nota* nel *Foro It.*, 1887, 2, 112). — Rameri, *L'art. 11 proc. pen. secondo il progetto Calenda* (*Cass. Unica*, VII, 1895, n. 29). — Ranieri, *Sugli art. 12 e 252 proc. pen.* (*Nota* nel *Foro It.*, 1895, 498). — Richter, *Die Zuständigkeit in Strafsachen*, Dresden 1878. — Romano, *Se l'incompetenza per ragione di territocio si debba elevare d'ufficio, e possa proporsi per la prima volta in Cassazione* (*Nota* nel *Foro It.*, 1789, 2, 335). — Sangiorgi, *Competenza territoriale delle Corti straordinarie di assise*, Catania 1884. — Sighele, *Illustrazione dell'art. 12 proc. pen.* (*Monitore trib.*, 1892, 57). — Suman, *La competenza, gli aumenti e le diminuzioni di pena*, ecc., Ascoli 1890. — Tancredi, *Un caso di estraterritorialità nel diritto giudiziario penale* (*Riv. Pen.*, XXXIX, 1894, 30). — Vacca, *La riforma del codice di proc. pen. in Italia: la competenza* (*Riv. Pen.*, XXXVIII, 1893, 293); *Della dichiarazione d'incompetenza del magistrato di merito in seguito a rinvio delle giurisdizioni istruttorie* (Id. XII, 1880, 451). — Villey, *De l'autorité des ordonnances ou des arrêts de renvoi en police simple ou correctionnelle, au point de vue de la compétence* (*Revue pratique*, XL, 1875, n. 1 a 3). — Zuppetta, *Della giurisdizione e della competenza* (*Filangieri*, I, 1876, 1). — Zuliani, *Contravvenzioni di competenza pretoriale* (*Monit. dei pret.*, XVI, 1890, n. 4).

Titolo I. — Storia e diritto comparato.

Capo I. — Diritto greco e romano.

1. — *A*) La competenza penale nel diritto attico era distribuita fra l'assemblea popolare, l'Areopago, il collegio degli Efeti e quello degli Eliasti o Eliati.

La massima potestà, per l'intera natura dell'organizzazione ateniese, era certamente concentrata nell'assemblea del popolo, dal quale emanavano tutti i pubblici poteri. L'assemblea popolare aveva attribuzioni estesissime, ed a queste congiungeva la giurisdizione penale con potestà di giudicare e reprimere i reati contro la sicurezza dello Stato, e di giudicare, come magistrato supremo d'appello, su tutti i reati giudicati dalle altre magistrature dello Stato. Avendo essa l'esercizio della sovranità, non era legata alla diretta osservanza del testo della legge, e i suoi pronunziati, quantunque se ne discostassero, erano intrinsecamente legittimi e validi. Ma, dai documenti storici che ci sono pervenuti (1), non risulta ch'essa si avvalesse frequentemente della volontà di giudicare i delinquenti, anzi, secondo l'apprezzamento comune degli storici e proceduristi in materia criminale, poche volte avrebbe fatto uso della sua giurisdizione primitiva.

L'Areopago aveva, prima della costituzione del collegio degli Eliasti (2), la cognizione di tutti i reati; ma il suo potere fu successivamente ristretto, specialmente quando Pericle preferì di deferire a collegi di giudici scelti dal popolo la potestà di giudicare la maggior parte dei delitti (3). Onde la sua competenza rimase limitata agli omicidî premeditati, ai venefici, agli incendi e ad alcuni altri reati passibili della pena di morte.

Il collegio degli Efeti, composto di 51 giudici scelti dal Senato ogni anno mediante sorteggio, aveva una competenza penale più ristretta: giudicava degli omicidî involontari e di quelli non premeditati (4).

Il tribunale penale, che aveva maggiore importanza ed esercitava ordinariamente la sua giurisdizione punitiva,

(1) V. Faustin-Hélie, *Trattato dell'istruzione criminale*, trad. it., vol. I, pag. 13, Napoli-Palermo, Pedone-Lauriel, 1873.

(2) Faustin-Hélie, loc. cit.

(3) Faustin-Hélie, loc. cit.

(4) Demostene, contro Beot., citato da Faustin-Hélie, loc. cit.

era quello degli Eliasti, o Eliati. Aveva questa denominazione, perchè sedeva in luogo aperto al sole (ἥλιον sole). Era numerosissimo, e si componeva di cittadini: sedeva, come si è detto, in pubblica piazza. Per farvi parte, era richiestà l'età di 30 anni, si doveva aver menato e menare una vita intemerata, e non essere in debito verso l'erario (1).

Esso, ordinariamente, si divideva in 10 sezioni, costituenti altrettanti collegi giudicanti, che potevano anche funzionare riuniti, ove l'importanza dell'accusa, che veniva al loro esame, l'avesse richiesto. Non rilevasi dai dati storici esistenti se il numero dei giudicanti fosse stato stabilito. Gli storici ritengono che poteva ascendere a cinquecento o a mille e anche a sei mila giudici (2).

La giurisdizione di questo tribunale era estesa: aveva la cognizione di quasi tutt'i reati, massime delle accuse pubbliche, salvo quei delitti che erano esclusivamente di competenza del collegio degli Efeti. Esso può considerarsi come una specie di assemblea popolare, e però nei casi comuni teneva luogo di questa nell'amministrazione della giustizia penale (3).

2. Una speciale giurisdizione era attribuita all'arconte, cioè quella sui delitti di sacrilegio, di offesa alla religione e agli uffici sacerdotali. Al polemarco era riservata la giurisdizione militare.

Il tribunale di Delo, in virtù di una legge solonica, era stato investito di una larga competenza penale; ma posteriormente eragli rimasta quella sui colpevoli di omicidio, ai quali era mancata la specifica *voluntas occidendi*. I tribunali che risiedevano nei borghi avevano la cognizione dei reati di oltraggio, di percosse e di altri lievi delitti che non si sarebbero potuti giudicare dai tribunali ateniesi, a causa della lontananza.

Al Senato spettava la cognizione dei reati politici contro la sicurezza dello Stato, non specificamente contemplati nella legislazione penale.

Sono storicamente notevoli nella Grecia le leggi di Zeleuco e di Caronda. Ma il loro contenuto non è pervenuto con certezza storica fino a noi.

3. — *B*) La giurisdizione penale, nel primo periodo del diritto romano, all'epoca regia, era concentrata nel re. Il re in Roma, come presso gli altri popoli più antichi di origine ariana, era investito della suprema magistratura, alla quale era annessa la potestà di amministrare la giustizia punitiva. *Quod ad magistratus attinet*, narra Gaio, *initio civitatis huius constat reges omnem potestatem habuisse* (L. 2 § 16, ff. *de origine iuris*). Alcuni esempi e documenti storici potrebbero far credere, ed hanno in molti scrittori generata tale opinione, che il re esercitasse la sua giurisdizione penale assistito da un Consiglio pubblico o per mezzo di altre persone espressamente da lui delegate. Così Dionigi d'Alicarnasso riferisce che Romolo fu tolto di mezzo quando principalmente fece a meno del pubblico Consiglio nei giudizi penali (4); e Tito Livio annovera fra le cause dell'espulsione di Tarquinio il fatto di avere presa cognizione delle cause capitali senza essere assistito dai pubblici Consigli, e che Tullo Ostilio aveva eletto i duumviri pel giudizio penale a carico di Orazio (5). Ma da queste testimonianze e affermazioni non può discendere che la suprema potestà penale regia sia stata limitata e che dovesse, per la sua retta e ordinaria esplicazione, esercitarsi in concorso con quei pubblici Consigli. Si deve piuttosto ammettere che, per maggiore garentia, i re solevano praticamente amministrare la giustizia penale coll'assistenza di quei Consigli e talvolta delegare il loro potere ai duumviri, come fece Tullo Ostilio, o ad altri commissari in casi speciali, perchè, investiti dei sommi poteri dello Stato, del comando dell'esercito, trovantisi spesso in guerra, colle gravi cure pubbliche, molte volte non potevano da soli o personalmente ocuparsi dell'esercizio della loro giurisdizione. Essi però avevano la piena giurisdizione penale ed erano, per l'accentramento del sommo potere, competenti a giudicare dei misfatti e ad infliggere le pene.

4. Sostiene l'Jhering (6) che in questo primo periodo la giurisdizione criminale ebbe carattere puramente militare, che si estese anche alle relazioni della vita civile, sia per l'usurpazione e violenza dei re, che per forza stessa delle cose in un popolo eminentemente guerriero: la *perduellio* era considerata come un atto ostile allo Stato, alla cosa pubblica, e però il perduelle veniva trattato da nemico. *Perduellionis reus est hostili animo adversus rempublicam vel principem animatus* (7). La stessa *provocatio* non sarebbe stata negata contro i giudizi regi trascendenti i confini della competenza reale, e i testi di diritto romano, che negano la *provocatio ad populum*, si dovrebbero intendere riferibili a delitti d'indole militare, perchè, in tema di delitti comuni, *provocationem etiam a regibus fuisse*. Quindi, indipendentemente dalla giurisdizione militare, dal punto di vista costituzionale, la suprema potestà punitiva si sarebbe mantenuta nel popolo, il quale di fatto, nel periodo consolare, ne riprese l'esercizio in quei casi, in cui gli era stata usurpata dalla prepotenza regia. Ma, senza prendere in minuto esame le argomentazioni e le ipotesi storiche, ci limitiamo a constatare che, nell'epoca regia, la potestà penale, come insita nell'*imperium*, o come conseguenza o estensione di essa, appartenne ai re e fu da loro esercitata o direttamente o assistiti da *publicis consiliis*, o per mezzo dei loro delegati, dei *duumviri perduellionis* o dei *quaestores parricidii*. Crediamo però che il popolo partecipasse alla giurisdizione penale, investito dalla *provocatio* nei delitti che non avevano carattere militare. E la competenza regia si svolge nella cerchia dei *publica crimina*, cioè di quei misfatti contemplati dalla *leges publicae*. E pare che nei primi tempi questi *crimina publica* sieno stati limitati al *parricidium* e alla *perduellio*, e che la loro classe si sia, a mano a mano, estesa, a misura che si affievoliva la potestà punitiva dei *patresfamilias* e dei capi delle *gentes*, e propriamente del tribunale domestico. E alla *iurisdictio* penale del re e, dopo, a quella dei consoli era congiunta la *coercitio*, come potere inerente all'*imperium*.

5. Caduto il potere regio, la giurisdizione penale passò, cogli stessi caratteri giuridici, al potere consolare.

La legge Valeria, pubblicata nell'anno 245 di Roma, modificò l'assolutezza della potestà consolare punitiva, come attesta Gaio, *ne (consules) per omnia regiam potestatem sibi vindicarent*, e statuendo*: ut ab eis provocatio esset neve pos-*

(1) Samuel Petit, *Leg. att.*, pag. 451, cit. da Faustin-Hélie, loc. cit.

(2) Sigonius, *De Republica Athen.*, lib. III, cap. 14; Samuel Petit, op. cit., pag. 392 — entrambi citati da Faustin-Hélie, op. e vol. cit., pag. 14.

(3) Faustin-Hélie, loc. cit.

(4) Lib. XI, 14.

(5) *Hist.*, lib. I, 29, 26.

(6) *Esprit du droit rom.*, vol. I, IV.

(7) L. 11, Dig. *ad Leg. Jul. maiest.* (LXVIII, 4).

sent in caput civis romani animadvertere in iussu populi: solum relictum est illis ut coercere possint et in vincula publica duci iuberent (L. 2, § 16, Dig. *de orig. iur.*). Il Montesquieu (1) intende le parole *populus* e *civis* in senso ampio in opposizione al senso datone da Giambattista Vico (2) di schietta aristocrazia. Il Niccolini (3) commentando questo frammento di Gaio, afferma che bisogna distinguere la giurisdizione penale consolare esplicantesi verso i cittadini, partecipi della sovranità, da quella contro tutti gli altri che non erano tali: verso i primi non si sarebbe esercitata che nella forma solenne legislativa, e ciascun cittadino avrebbe potuto *anteire damnationem et de se statuere;* laddove contro gli altri si sarebbe esplicata senza restrizione e bisogno di un *iussu populi*. Questa distinzione pare che trovi la sua giustificazione nell'organismo potente della società romana, nell'importanza che aveva, nel diritto pubblico e privato, il diritto di cittadinanza. Quindi la competenza penale dei consoli sarebbe stata illimitata verso i non cittadini, e limitata dalla legge Valeria verso i cittadini. Però le indagini storiche su questo punto non sono sufficienti, nè l'opinione dell'illustre criminalista napoletano ci sembra, anche nello stato attuale degli studi romanistici e delle documentazioni storiche, completamente accettabile ed esauriente.

Non è certo che il concetto giuridico, voluto esprimere da Gaio colle parole *iussu populi*, sia proprio quello di una legge che il popolo avrebbe dovuto solennemente votare. La legge Valeria introdusse due profonde modificazioni, la *provocatio ad populum* e la necessità di un ordine o consenso popolare per l'*animadversio in caput civis romani*, ma non la necessità di una vera e propria legge. Si ammette in generale storicamente che i consoli, in principio, delegarono spesso la loro potestà punitiva, perchè alla somma dei loro poteri era inerente anche quello della libera delegazione della giurisdizione criminale, quando, specialmente, la potestà consolare, nella sua essenza, rivestiva tutto il carattere giuridico e conservava l'intensità del potere regio. E il Mommsen (4) osserva che, ad evitare il conflitto fra le magistrature superiori, aventi l'*imperium*, e l'assemblea del popolo, s'introdusse l'istituto della delegazione obbligatoria dell'esercizio della giurisdizione penale ai questori o ai duumviri: onde i consoli non ebbero più che una influenza indiretta nell'amministrazione della giustizia criminale, e finchè mantennero il diritto di scegliere i loro delegati, che, in fine, perdettero in favore dei comizi, quando il consolato fu ristabilito, dopo la caduta del decemvirato. Onde in fatto i consoli perdettero l'esercizio effettivo della giurisdizione criminale.

6. A canto alla giurisdizione penale regia prima e consolare poi si conservava ancora forte il potere punitivo dei tribunali domestici per tutti quei delitti che non toccavano la cosa pubblica, la comunità, i poteri pubblici dello Stato e l'interesse generale dei cittadini, e non previsti dalle *leges publicae*. Su questa istituzione v'hanno pochi documenti storici, ma la esistenza ne è accertata. La sua costituzione, la precisa sfera della sua competenza criminale, il suo funzionamento sono stati poco studiati, a giudicarne dalle indagini di lieve importanza finora fatte dagli storici e dai romanisti. In ogni modo dobbiamo, allo stato presente, ritenere che la sua competenza penale si svolgesse in ordine a quei reati, che tenevano all'ordine, alla dignità e all'integrità delle famiglie. Il *iudicium domesticum* costituiva anche una garentia pei figli di famiglia e per le mogli, soggetti alla *patria potestas* del *paterfamilias*, che in quel periodo era intensa e quasi assoluta. Penalmente, si esplicava colla *castigatio* verso gli impuberi, colla *coercitio* o *animadversio* o *poenitio* verso i puberi e la moglie soggetta alla *manus*, e, secondo alcuni, quantunque non soggetta alla *manus* del marito. È preferibile però l'opinione che la giurisdizione criminale, derivante dal potere che il marito acquistava sulla moglie, la quale entrava nella famiglia di lui *filiae loco*, nascesse colla *in manum conventio*, come rettamente si avvisa Tito Livio.

In certi casi il *iudicium domesticum* era necessario e funzionava come limitazione del potere punitivo del capo di famiglia. Il tribunale domestico, secondo le notizie a noi pervenute, esercitava la sua competenza nei reati di adulterio, di arti magiche, omicidi, fabbrificazione di chiavi e ubbriachezza abituale. Esso si componeva degli agnati, cognati e amici, di tutti coloro, cioè, che avevano interesse a tutelare la integrità e la stima della famiglia, secondo l'autorità di Valerio Massimo (5). Nei casi di flagrante adulterio, il marito conservava il potere di uccidere la moglie, indipendentemente dal *domesticum iudicium:* non si trattava di una discriminazione, ma di una vera potestà criminale consentitagli, come dell'esercizio di un diritto.

7. La competenza consolare subì un'altra restrizione, propriamente intorno all'anno 300 ab u. c., in forza della legge Aternia Tarpeia, la quale limitò il potere dei consoli nelle imposizioni di multe fino ad un massimo di 3020 assi.

Dunque la competenza penale risiedeva, per i delitti capitali, nei comizi centuriati, o, come dice una legge probabilmente dell'epoca decemvirale, nel *maximum comitiatum* (6), e quanto ai delitti importanti pene pecuniarie, nei comizi tributi; ma il diritto alla *provocatio* produsse anche la conseguenza di affievolire l'esercizio della competenza consolare, perchè i consoli, a poco a poco, preferirono di astenersi dal pronunziare condanne appellabili al popolo: onde l'esercizio effettivo della giurisdizione criminale passò a lui, che, come osserva il Gravina (7), soleva ordinariamente servirsi di apposite delegazioni, fra cui già esistevano i *quaestores parricidii*, come tribunale permanente, e i duumviri *perduellionis*, creati per ogni singolo caso. I consoli però conservarono in alcune ipotesi la primitiva competenza illimitata. Esse si possono riassumere nelle seguenti: *a*) quando l'accusato era confesso o manifestamente colpevole, il console, in virtù della *coercitio*, applicava senza altro la pena; *b*) quando la *provocatio* era esclusa dal popolo o dal Senato; *c*) quando trattavasi di un delitto oltre il pomerio della città, perchè la *provocatio* non era efficace fuori di esso; *d*) quando trattavasi di esercizio del potere contenuto nella *coercitio* (8); *e*) in caso di repressione di un misfatto contro il diritto delle genti; *f*) riguardo ai non cittadini e agli schiavi.

8. A fianco di queste giurisdizioni esisteva quella penale dei pontefici, sulla estensione della quale è viva controversia. Alcuni, come il Geib (9), la ritengono limitata ai de-

(1) *Esprit des lois,* lib. XI, cap. 18.

(2) *Scienza Nuova. - Corollari intorno alle cose romane antiche, passim.*

(3) *Procedura pen.*, p. II, 88-89.

(4) *Droit pubbl. rom.*, vol. 1°, IV, *La juridiction criminelle*, trad. per Paul Frédéric Girard (Paris 1887), pag. 181.

(5) V, 8, 3.

(6) Cic., *De leg.*, 3, 4.

(7) *Orig. juris civilis*, V, Firenze 1804.

(8) L. 2, § 16, Dig. *De origine juris.*

(9) Vedi Padelletti-Cogliolo, *Storia del diritto romano*, pag. 104, Firenze 1878.

litti contro la religione, perpetrati da coloro che erano investiti di uffici sacri; altri, come l'Ihering, credono che la giurisdizione pontificale sia stata molto più estesa, e abbia avuto influenza a noi sconosciuta nello stesso istituto della *provocatio* (1).

Tito Livio espone che il pontefice massimo aveva un diritto di coercizione contro i sacerdoti o privati cittadini, che disubbidissero ai suoi ordini, e che poteva applicare delle multe (2). Questo affermano del pari altri scrittori. Il pontefice massimo però aveva una vera e potente giurisdizione criminale e assoluta sulle Vestali per tutti i reati, e il Mommsen (3) ritiene che, nei casi gravi, il pontefice massimo doveva essere assistito dal collegio sacerdotale, che teneva, così, luogo del *consilium domesticum* nella giurisdizione criminale del capo di famiglia. Quindi il collegio sacerdotale spiegava la sua competenza in tutti i delitti capitali delle vergini Vestali. Ma, nei reati in cui queste aveano dei complici, come nel caso di seduzione, la competenza sacerdotale si estendeva necessariamente al complice. Il che non avveniva riguardo al seduttore di una giovane sotto la potestà paterna o la tutela degli agnati. Questa competenza ieratica, secondo la comune spiegazione, ha radice in una vera patria potestà dei pontefici sulle vestali (4). La estensione di essa il Mommsen crede che si debba ricercare nel concetto di espiazione attribuito alla pena. Il Carle recisamente non riconosce nel pontefice massimo altra competenza criminale (5). Ma si è costretti ad ammettere generalmente un'altra forma di competenza del pontefice massimo verso i sacerdoti suoi dipendenti, e l'ammette lo stesso Mommsen, quantunque colla facoltà, nelle persone soggette, della *provocatio* ai Comizi tributi. Questa competenza si esplicava colla comminazione di pene pecuniarie. Talchè, secondo l'illustre archeologo e romanista, il pontefice massimo era competente a comminare le ammende, anche nella misura per la quale era consentita la *provocatio*, contro i sacerdoti del suo collegio, che contravvenivano ai suoi ordini; ed era consentita per quella multa eccedente il massimo non soggetto a gravame l'appellazione ai Comizi tributi.

Tal'è lo stato presente della dottrina sulla giurisdizione criminale dei pontefici massimi. A noi sembra che la storia del diritto romano debba meglio lumeggiare, valutando con profonda e minuta analisi le fonti storiche e la funzione del collegio sacerdotale nell'organismo romano, in quel momento storico, la ricostruzione della competenza penale dei pontefici massimi su basi eminentemente di diritto pubblico. Dubitiamo che sia esatto il paragone fra la giurisdizione penale domestica del *paterfamilias* e quella del sommo sacerdote, fra il *iudicium domesticum* e il tribunale sacerdotale. Il pontefice massimo, nella vita pubblica romana, aveva una funzione altissima e d'immensa importanza, che influiva su tutta la vita pubblica. Custode del culto e della religione nell'interesse dello Stato, egli esercitava una vera e propria giurisdizione su tutte le infrazioni di carattere esclusivamente religioso, commesse sia da privati cittadini che dai sacerdoti suoi dipendenti, e aveva una giurisdizione *propter personas* assoluta sulle vergini Vestali, sui loro complici, e sui sacerdoti che trasgredivano ai suoi ordini, salvo in costoro la *provocatio ad populum* quando la misura della pena la consentiva.

9. La competenza del Senato in questo periodo aveva poca esplicazione, perchè quasi tutta la giurisdizione criminale era distribuita fra i Comizi, centuriati e tributi, i consoli, i sacerdoti, i duumviri *perduellionis*, i *quaestores parricidii*, il tribunale sacerdotale e il tribunale domestico. Era riservata al Senato una competenza sui delitti straordinari, specialmente d'indole politica. Esso però aveva il diritto di convocare sempre i Comizi centuriati per l'esercizio della giurisdizione criminale.

Non bisogna dimenticare un'altra forma di giurisdizione criminale, quella militare, risiedente nel capo dell'esercito in tempo di guerra. Era assoluta, libera da ogni forma processuale, di esecuzione immediata, e riguardava qualunque trasgressione agli ordini del comandante in capo.

10. Nel periodo che va dalle XII Tavole a Cicerone, cioè dall'anno 300 a 650 a u. c., avanti l'èra volgare dal 450 al 100, la giurisdizione criminale ebbe un più largo svolgimento.

In generale, i Comizi centuriati continuarono a giudicare o direttamente o per delegazione i delitti capitali, e continuarono a sussistere la giurisdizione dei Comizi tributi, quella sacerdotale e quella domestica. Ebbero però criminalmente una qualche importanza i censori e gli edili riguardo alla comminazione di lievi multe, per le quali non v'ha esempio che siano state inflitte dal popolo.

In questo periodo la competenza penale delle diverse magistrature si determina con maggiore precisione. I *Comitia curiata* si limitavano a conoscere le infrazioni relative alla religione e agli auguri in quella parte in cui non si estendeva la giurisdizione del pontefice; e i Comizi tributi avevano circoscritta la propria competenza ai delitti d'indole politica, alle esazioni e prevaricazioni dei magistrati, e comminavano solamente pene pecuniarie (6). La vera e grande giurisdizione criminale di Roma risiedeva nei Comizi centuriati.

Essa, può dirsi, era duplice, di prima istanza e di appello. In prima istanza colpiva tutti i delitti capitali, e in appello tutte le cause decise dagli altri magistrati, per le quali la *provocatio* era consentita. Si accrebbe, a mano a mano che si aumentarono i delitti pubblici, e che parecchi delitti privati vennero sottratti alla giurisdizione domestica. Tale era *ratione materiae*. Ma può anche essere considerata *ratione personarum*. I Comizi erano competenti a giudicare i soli cittadini romani. Le cause dei *peregrini* o anche degli alleati non furono mai devolute al *maximus comitiatus*.

Il Senato aveva un'ampia giurisdizione criminale sopra i *peregrini*.

La competenza senatoria nella città comprendeva tutte le imputazioni relative agli stranieri: fuori di Roma si estendeva ai reati d'indole politica, come le congiure e le ribellioni degli alleati, i tradimenti verso la patria, perpetrati però dai *non cives* (7).

Talvolta era investito di una potestà delegatagli dal popolo, e poteva giudicare anche dei delitti di competenza dell'assemblea popolare.

---

(1) *Esprit du droit romain*, tom. 1, cap. 3, paragrafo 22, Paris 1812.

(2) Liv., *Hist.* XXXV, 11, 51. XL. 42.

(3) *Römisches Staatsrecht*, tom. 3, pag. 6 e seg.

(4) Carle, *Le origini del diritto romano*, § 261, Torino 1880; Padelletti-Cogliolo, op. cit., pag. 105; Bouché-Leclercq, *Les pontifes de l'ancienne Rome*, Paris 1871.

(5) Op. e loc. cit. alla nota precedente.

(6) Liv., III, 57; IV, 21; IV, 40, 41; V, 3*

(7) Livii, *Hist.* XXVI, 33

Indipendentemente dal potere di giudicare, il Senato poteva denunciare i reati al popolo, istituire indagini sulla loro esistenza, ammannire le prove, e disporre che le accuse fossero portate alla cognizione del popolo.

Quanto ai reati di alto tradimento, non è storicamente sicuro che fossero giudicati sempre dal Senato, quantunque commessi da *cives*. È vero che Cicerone, a proposito dei complici di Catilina, spiega che: *legem Semproniam esse de civibus romanis constitutam; qui autem reipublicae sit hostis eum civem esse nullo modo posse* (1); ma parecchi storici e criminalisti ne dubitano. In ogni modo è innegabile il fatto che talora, nei casi in cui v'era di mezzo la salute della repubblica, il Senato assumeva, se non di diritto, di fatto, il potere di giudicare i colpevoli e ne commetteva ai consoli la punizione.

11. Il potere che avevano il popolo e il Senato di delegare la propria giurisdizione penale ebbe in questo periodo, e, specialmente, al principio del VI secolo, una grande estensione.

Lucio Calpurnio Pisone, tribuno della plebe, nel 604, propose e fece approvare una legge, colla quale fu istituita una *perpetua quaestio de pecuniis repetundis;* e ristabilì all'uopo una pretura permanente, la cui funzione era esercitata da *annui praetores*. Da Sigonio si ha che a questa seguirono tre altre *quaestiones perpetuae: de peculatu, de maiestate, de ambitu*. In seguito Silla ne aggiunse altre quattro: *de sicariis, de veneficiis, de falso et de parricidio*. Così hanno origine le *perpetuae quaestiones*. Vennero anche altre: *de vi privata, de vi publica, de periuriis, de adulteriis*. Onde l'Ayrault affermava che a Roma ciascun misfatto era devoluto a un proprio magistrato (2). Cicerone: *plura judicia fieri caeperunt; nam et quaestiones perpetuae hoc adolescente constitutae sunt quae antea nullae fuerant* (3). Questi tribunali e composti di *judices jurati* e presieduti da un pretore, giudicavano delle cause, per le quali erano stati istituiti.

Nelle provincie la giurisdizione criminale spettava ai pretori e ai proconsoli, che riunivano la somma dei poteri civili, penali e militari. Le provincie erano divise in tante giurisdizioni e distretti secondo che erano più o meno vaste. E il proconsole, o il pretore, a determinate epoche dell'anno, si recava nel capoluogo di ciascun distretto per l'amministrazione della giustizia penale. Siffatti capoluoghi si addimandavano *conventus juridici*, e ogni distretto *conventus* o *jurisdictio* (4).

12. In entrambi questi periodi storici della repubblica romana, sorge e si esplica importante il tribunato della plebe, anche dal punto di vista penale. La limitazione del potere consolare, in tema di giurisdizione criminale, non influì in modo alcuno sul potere penale dei tribuni della plebe.

Questa magistratura ha due fondamentali fasi storiche: nella prima si delinea come protettrice esclusiva della classe, per la tutela della quale era stata creata, e tale si mantenne nel primo periodo; e nella seconda essa assunse, nel corso della sua evoluzione, il carattere di una vera ed organica magistratura, non di una classe, ma dello Stato intero.

La sua funzione è quella di tutela del popolo contro gli abusi dei magistrati e del tribunale politico superiore (5). Il Mommsen tenta darle criminalmente una estensione maggiore di quella che in realtà dalle fonti storiche risulta, quantunque riconosca che la sua competenza non sia ben definita. Sembra però che il potere di punire, riservato ai tribuni della plebe, sia stato circoscritto a tutti quegli attentati contro i diritti popolari, dei quali rimanevano custodi, in conformità all'indole della loro istituzione politica e giuridica. Si può anche consentire col Mommsen che, in prosieguo, nella procedura criminale romana, abbiano sostituiti i *duumviri perduellionis*, e che abbiano assunta la competenza penale di questi (6).

12 *bis*. Nel secondo periodo è pure di un'importanza massima la competenza dell'Assemblea popolare in grado d'appello. Colle XII Tavole il diritto alla *provocatio* è riconosciuto in tutta la sua pienezza: *ab omni iudicio poenaque provocare licere iudicant XII Tabulae compluribus legibus* (7).

Questo diritto però ha i suoi limiti storicamente constatati: *a*) non è dato che a favore dei cittadini romani; *b*) contro la *coercitio* del magistrato che esercita la sua giurisdizione in Roma e non oltre la prima pietra miliare, e in materia penale; *c*) per determinate pene (8).

Il *Concilium plebis* aveva anche una propria giurisdizione in grado di appello avverso quelle decisioni dei magistrati che offendevano i diritti e le prerogative popolari.

13. L'ordine delle giurisdizioni continua a sussistere nel terzo periodo, cioè da Cicerone ad Alessandro Severo (dal 650 al 1000 ab u. c.), salvo le modificazioni necessarie, che le convulsioni politiche sulla fine della repubblica e la costituzione imperiale, che ne seguì, apportarono all'esplicazione e all'amministrazione della giustizia penale.

Nel periodo dai Gracchi ad Augusto lo stato delle leggi penali era incerto, contraddittorio, dominato più dalla violenza che da solide regole giurisdizionali: il funzionamento degli organi della giustizia penale turbato a talento dagli uomini e dalle fazioni politiche, che si avvicendavano al potere. *Nemo unquam imperium flagitiis quaesitum bonis artibus exercuit* (9). *Secutae leges, aliquando in maleficos ex delicto, saepius tamen dissentione ordinum et adipiscendi illicitos honores aut pellendi claros viros, aliaque ob prava, per vim latae* (10). Ma le *quaestiones perpetuae*, nondimeno, resistettero anche ai tempi dell'impero.

Tiberio sottrasse loro il giudizio dei reati politici, deferendoli alla cognizione del Senato (11). A quest'epoca la giurisdizione senatoria si estende anche ai delitti *de pecuniis repetundis et de ambitu* (12) e a qualche altro delitto comune (13).

(1) Cicerone, *Orationes, in Catilinam*, IV, 5, citato da Faustin-Hélie, op. cit., 811.

(2) *Inst. jud.*, parte 2ª, pag. 130, citate da Faustin-Hélie, op. cit.

(3) *Orationes, in Brutum*, XXXVI, citate da Faustin-Hélie, l. c.

(4) Cicerone, *Orationes. in Verrem*, VII, 11; Plin., 3, 1, 3, X, ep. 66; V, 29, Caesar, *De bello gallico*, VI, 44; V, 2; Nicolini, op. cit., 105.

(5) Mommsen, *Droit public romain*, tom. I, pag. 186.

(6) Mommsen, op. e loc. cit.

(7) Cic., *De Republica*, 2, 21, 54.

(8) Mommsen, op. cit., tom. 6, prima parte.

(9) Tacito, *Hist.*, 1, 83.

(10) Tacito, *Ann.*, 3, 27.

(11) Tacito, *Ann.*, 1, 74.

(12) Plinio, *Epist.*, VI, 5.

(13) Faustin-Hélie, op. cit., § 24.

14. Stabilito l'impero, sorge, a poco a poco, la giurisdizione straordinaria dell'imperatore, sia per l'accentramento in questo di ogni pubblica potestà, sia pel ricorso stesso delle parti che gli si rivolgevano come al capo supremo dello Stato riunente tutt'i pubblici poteri. A fianco dell'imperatore si ha un *consilium* con facoltà consultive.

Questa giurisdizione criminale, in diritto, non aveva alcuna limitazione; e in fatto si esplicava nelle cose naturalmente più importanti. Essa era potente e illimitata come la somma dei poteri accentrati nella persona del principe.

All'epoca adrianea l'istituzione del *consilium* diviene una istituzione giuridica permanente, tanto che, più tardi, Papiniano (L. 30 *fr. de excus.*) affermava che coloro i quali erano assunti all'alto ufficio *circa latus (principum) agerent et honor delatus finem certi temporis ac loci non haberet.* E a mano a mano la giurisdizione di questa magistratura si estendeva invadendo il campo riservato al Senato e alla giurisdizione pretoria.

15. Un'altra magistratura, dopo Augusto, incominciò ad avere una grande importanza, il *praefectus urbi.* Esso finì coll'assorbire la maggior parte della giurisdizione sui reati più gravi. Nominato a vita, teneva tutta la polizia della città, era superiore a tutte le altre magistrature cittadine, s'impadronì della potestà di giudicare sui delitti di maggiore importanza che avvenivano nel circuito di 100 miglia di Roma e all'uopo creò un tribunale proprio, l'*auditorium*, al quale deferì la giurisdizione penale. La sua competenza latissima è sintetizzata da Ulpiano nel suo *libro singulari de officio praefecti urbi* (L. 1, D. h. t.): *omnia omnino crimina praefectura urbis sibi vindicavit nec tantum ea quae intra urbem admittuntur, verum ea quoque quae extra urbem intra Italiam, epistula divi Severi ad Fabium Cilonem praefectum urbi missa declaratur.* Le sue decisioni erano appellabili soltanto, e non sempre, innanzi al *consistorium imperiale* (1). Aveva una competenza di appello contro le sentenze dei magistrati di una parte d'Italia (2); conosceva delle accuse fatte ai senatori, assistito da 5 assessori scelti nel Senato (3).

Il tribunale del *praefectus urbi* era detto *auditorium sacrum;* rapppresentava la stessa persona del principe (L. 11, Cod. Teod., *eod. t.*).

Il *praefectus urbi* poteva delegare la sua giurisdizione ai suoi assessori, o consultarli (4).

A questo risultato non si giunse subitamente, ma colla lenta preponderanza delle *extraordinariae cognitiones* sulla procedura ordinaria. Il *praefectus urbi* aveva il potere di delegare la sua giurisdizione criminale al *vicarius urbis Romae*, come, nel procedimento comune, i pretori, per l'amministrazione della giustizia, alla quale non potevano attendere personalmente, erano sostituiti dai *iudices quaestionum.*

Augusto istituì il *praefectus vigilum* con giurisdizione penale sui reati d'incendio, ma, posteriormente, questo magistrato ingrandì il suo potere e l'estese ad altri reati.

La sua competenza, circoscritta originariamente alla punizione dei responsabili d'incendio colposo (5), si allargò ai servi fuggitivi, agli *effractoribus, furibus, raptoribus, receptatoribus* (6) e agli schiavi colti in flagrante reato (7) Ma le cause capitali, benchè riguardanti queste persone, erano sottratte alla sua competenza.

16. Nelle provincie la giurisdizione criminale apparteneva ai *legati Caesaris*, ai *praesides, proconsules, rectores provinciae.*

La denominazione di preside era generale, afferma il giureconsulto Macro, che fiorì alla fine di questo periodo, sotto Alessandro Severo, in quanto che comprende *proconsules, legatos Caesaris et omnes provinciarum regentes, licet senatores sint, proconsulis appellatio specialis est* (8). La loro competenza è sinteticamente definita da Ermogeniano nel lib. 2 *Juris epitomarum: ex omnibus causis, de quibus vel praefectus urbi, vel praefectus praetorio, itemque consules et praetores caeterique Romae cognoscunt, correctorum et praesidum provinciarum est notio* (9). E altrove Ulpiano, nel suo lib. 2 *de officio proconsulis*, di questo afferma: *cum plenissimam autem iurisdictionem proconsul habeat: omnium partes, qui Romae vel quasi magistratus vel extra ordinem ius dicunt, ad ipsum pertinent* (10).

I proconsoli avevano anche i loro legati, ai quali potevano delegare, dopo il loro ingresso nella provincia (11), la loro giurisdizione. Ma a niun patto potevano delegare la loro *gladii potestatem* (12). I legati però avevano una competenza penale pei reati di lieve momento, come si argomenta dalla L. 11, Dig. *eod.*

17. Il quarto periodo va da Alessandro Severo a Giustiniano (ann. di Roma dal 1000 al 1300 — 250 a 550 dell'êra volgare).

Sotto Diocleziano le *quaestiones perpetuae* furono del tutto abolite.

Tutta la giurisdizione criminale rimase distribuita definitivamente fra il *praefectus urbi*, il *praefectus vigilum*, il *consistorium imperiale* pei gravi reati politici, e quelli di appello dal tribunale del *sacrum auditorium* o per altri portati direttamente dalle parti, i *praesides* e i *proconsules* e i *legati Caesaris* nelle provincie. In queste però, verso la metà del IV secolo, sorse l'istituto dei *defensores civitatum*, creati per tutelare le città contro gli abusi e le prepotenze dei legati imperiali. Avevano una certa giurisdizione criminale, da prima istruttoria e di polizia, commessa loro dai governatori, poi di vera repressione di delitti meno gravi, in virtù di una costituzione di Arcadio e Onorio (13).

In quest'ultimo periodo si osserva una competenza privilegiata *propter personas.*

I senatori, come innanzi si è notato, non potevano essere soggetti che alla giurisdizione punitiva del *praefectus urbi* circondato da 5 assessori scelti dal Senato; e talvolta neppure il *praefectus urbi* poteva procedere al giudizio senza un ordine imperiale (14).

(1) L. 23 Cod. Theod., x, 30.
(2) L. 27 Cod. Theod., xi, 30.
(3) L. 13 Cod. Theod., ix, 1; L. 12 Cod. Theod., ii, 1; L. 3 Cod. Theod., iii, 17; L. 10 Cod. Theod., ix, 16; L. 18 Cod. Theod., ix, 40.
(4) Cod. Theod., i, 12.
(5) L. 3, § 1, Dig., 1, 15.
(6) L. 3, 5, *eod.*
(7) L. 15, Dig., xii, 4.
(8) L. 1, Dig., 1, 18.
(9) L. 10, *eod.*
(10) L. 7, § 2, Dig., 1, 16.
(11) L. 4, § 6, *eod.*
(12) L. 6, *eod.*
(13) Cod. Theod., 1, 8, *De iurisdict.*
(14) L. 13 Cod. Theod., ix, 1; L. 4, *eod.*, ix, 16; L. 10, *eod.*, ix, 40; L. 12, *eod.*, 2, 1.

Gli ecclesiastici non potevano mai essere soggetti alla giurisdizione dei magistrati inferiori; il magistrato più elevato della città era solo competente. Così a Roma e a Costantinopoli era competente il *praefectus urbi;* nelle provincie il governatore (1).

Capo II. — Diritto intermedio.

18. Epoca bizantina. — 19. Diritto germanico. — 20. Longobardi. — 21. Franchi. — 22. Epoca feudale. — 23. Comuni. — 24. Stati italiani. — 25. Vicende successive all'epoca feudale in Francia.

18. Nell'epoca bizantina ai magistrati municipali spettava la competenza sui *crimina leviora*, cioè ai *defensores civitatum*, già esistenti all'epoca giustinianea. Questa stessa giurisdizione apparteneva al *curator rei publicae.* In Roma continuavano a vigere il *praefectus urbi* e il *praefectus vigilum*, il *vicarius urbis*, e, sotto certi rispetti, il *praefectus annonae.* Il *vicarius* però era subordinato al prefetto della città e non estendeva il suo potere al di là del quarantesimo miglio di circuito intorno a Roma. Sembra che nel Senato, secondo taluni fatti storicamente constatati, sia rimasta superstite l'antica giurisdizione sui reati d'indole politica più importanti, come appare dal giudizio commessogli da Teodorico per la ribellione e le violenze dei romani contro i giudei e l'incendio della sinagoga. Presiedeva il Senato il prefetto della città. Alcuni, come il Calisse (2), affermano che questa potestà scaturisse da una delegazione regia. Non è accettabile quest'opinione, perchè il Senato non perdette mai di diritto la sua competenza a giudicare dell'alta delinquenza politica; gli fu di fatto usurpata dagli imperatori e dai principi barbari succeduti: non trattasi di una nuova attribuzione di competenza, ma del riconoscimento di quella antica esistita sempre di diritto.

Nelle provincie l'alta giurisdizione criminale è riposta nei *rectores.* Ma, nell'ultimo periodo di quest'epoca, ai *rectores* subentrarono i duchi, nei quali conseguentemente passò la giurisdizione penale e nei loro delegati, i conti.

La giurisdizione superiore risiedeva nel prefetto del pretorio, il quale divenne anche giudice ordinario pei rettori delle provincie (3), poscia nell'*esarca.* A canto a queste magistrature vi erano il *questore* e il *maestro degli uffici.* A queste magistrature superiori era devoluta tutta la competenza in materia di appello. Il prefetto del pretorio aveva la competenza di appello sulle cause giudicate dai *rectores*, l'*esarca* sui duchi e sui conti.

19. Per il diritto germanico la giurisdizione penale risiedeva nel popolo, che la esercitava nelle sue assemblee dotte *mallum* e poi *placitum.* Le cause meno gravi erano decise nelle assemblee popolari di minore importanza, denominate *antene.* Le assemblee popolari eleggevano ordinariamente i *principes*, specie di magistrati che esercitavano la giustizia penale pei delitti di minore gravità (4). Negli Stati retti a monarchia le assemblee popolari erano presiedute dal re.

20. Appo i longobardi il duca aveva una giurisdizione assai potente nei limiti del territorio formante il ducato, su qualsiasi persona e di qualunque condizione. Doveva perseguire i colpevoli e punirli, sotto pena della propria responsabilità in caso di volontaria omissione: aveva l'obbligo di scovrire i rei di magia, far pagare il guidrigildo e le multe, comminare pene agli adulteri e ai ladri, e tenere anche le carceri nel suo castello (5). A fianco del duca, più come manifestazione della potestà regia, che a tutela della giustizia, eravi il *gastaldo*, che aveva la speciale competenza di proteggere i liberi dalle prepotenze ducali e all'uopo ricorrere al re.

Nella scala giudiziaria, il giudice supremo era il re: la sua potestà si estendeva a tutto il territorio del regno e a qualsivoglia causa penale di prima istanza e di appello. Non aveva limiti nè *propter materiam*, nè *propter personas.* Gli stessi magistrati dovevano rivolgersi alla giurisdizione regia per qualsiasi fatto che sfuggiva al loro potere. La storia ci narra frequenti esempi di pubblici giudizi presieduti dal re, perchè non era vietato ai cittadini ricorrere al re in primo grado e in appello per la decisione delle cause civili e criminali. Avevano poi i re una competenza speciale per tutto ciò che si riferiva alla libertà personale e ai conflitti di giurisdizione (6).

Avevano il loro tribunale, *curia regis*, al quale ordinariamente affidavano la cognizione delle cause. Si vuole riconoscere anche nell'assemblea popolare una ristretta competenza criminale, in quanto sarebbe stata necessaria la proclamazione di una norma giuridica. Ma non riteniamo provata quest'affermazione storica.

I re longobardi solevano anche mandare nei distretti del regno appositi delegati per l'amministrazione della giustizia, e questi definivano gli affari pendenti; e all'epoca dei franchi la istituzione divenne permanente coi *missi dominici.*

21. Presso i franchi corrispondeva alla giurisdizione ducale dei longobardi quella del conte, che appare un vero e proprio dipendente e delegato del re nell'amministrazione della giustizia penale; ed era questa la giurisdizione ordinaria e comune, che conosceva di tutti i delitti salvo quelli riservati al placito del re. C'è un capitolare di Luigi il Dabbene, dell'anno 815, che enumera le cause di competenza dei conti: *Ipsi vero suo maioribus caussis sicut sunt homicidia, raptus, incendia, depraedationes, membrorum amputationes, furta, latrocinia, alienarum rerum invasiones, ad Comitis sui mallum nescire non recusent* (7), a proposito degli spagnuoli rifugiati, a cui estendeva le norme generali della giurisdizione. Altri capitolari (8) si citano che ad altri reati ne estendono le competenze sino al punto che abbiamo detto.

Al di sotto del *mallum publicum* del conte vi erano i placiti dei centenari e dei vicari, ma con competenza limitata alle *causae leviores* (9), dalle quali fosse esclusa la perdita della vita e della libertà (10).

Al di sopra vi era il *placitum palatii* o del re, che, sôrto con una competenza piuttosto limitata, mano mano andò svi-

(1) L. 33 Cod., 1, 3; *Nov.* 83.

(2) *Storia del diritto italiano*, vol. II, 42, Firenze, Barbèra, 1891.

(3) Cod. Theod., 1, 5, 10; Calisse, op. cit., 44.

(4) V. anche Castori, *Trattato della proc. pen. ital.*, n. 48, Verona-Padova, F.lli Drucker, 1896.

(5) Rot. 9, 127, 108, 376; Liutpr., 8°, 81, 130. V. anche Calisse, op. cit., 109.

(6) Calisse, op. e loc. cit.

(7) V. Faustin-Hélie, op. e vol. cit., pag. 73.

(8) Li cita Faustin-Hélie, op. e loc. cit.

(9) *Ut ante vicarios nulla criminalis actio definiatur, nisi tantum leviores caussae quae faciliter possunt iudicari.* Così un capitolare di Carlo Magno dell'anno 801 riportato da Balugia, in Faustin-Hélie, loc. cit., in nota.

(10) *Ut mallus homo in placito centenarii neque ad mortem neque ad libertatem suam amittendam aut ad res reddenda: vel mancipio iudicetur.* Così un capitolare dell'anno 812, c. 8.

luppandosi ed estendendosi, sia in primo grado che in appello, sino ad avocare spesso a sè finanche le cause di alto tradimento, che per regola erano di competenza del sovrastante *placitum generale Francorum* (1), che conosceva delle accuse politiche le più gravi (2).

Ma ciò che caratterizza il periodo in esame, e più precisamente la seconda fase di esso, cioè quella del regno dei carolingi, è l'istituzione (se tale può dirsi) dei *missi dominici* e degli *scabini*.

Di missioni giudiziarie affidate ad inviati del re si hanno esempî anche prima di Carlo Magno, ma, come sopra abbiamo avvertito, chi generalizzò l'istituzione, rendendola permanente, fu Carlo Magno. Diviso il territorio dello Stato in *missatici*, ogni anno due fedeli, un conte e un vescovo o un abate, si mettevano in giro per le varie circoscrizioni col duplice incarico di sorvegliare l'opera dei funzionari pubblici ed ecclesiastici, e di amministrare giustizia per delegazione del re. In virtù di che potevano presiedere e tenere essi stessi i placiti dei conti; decidevano le cause pendenti e quelle neglette o lasciate in disparte dai conti e tutte quelle loro deferite in grado d'appello, e punivano i disubbedienti alle leggi sovrane.

Fra le mansioni dei *missi dominici* v'era pur quelle di scegliere in concorso del conte e del popolo gli *scabini*, intorno ai quali ci dispensa dallo intrattenerci il rinvio alla voce Scabinato, Scabini in questa Raccolta.

Vi è poi un terzo fatto, nei riguardi della competenza, notevolissimo, che caratterizza la dominazione carolingia, e cioè lo sviluppo della giurisdizione ecclesiastica.

Carattere generale dei giudizi penali è la collegialità nei giudicanti. Il re, i conti, i duchi, non giudicavano da soli, si circondavano di un'assemblea di uomini liberi.

Gli imperatori Valente, Graziano e Valentiniano II avevano delegata ai vescovi una competenza disciplinare *in negotiis ecclesiasticis*, comprese le lievi infrazioni degli ecclesiastici (3). Poi Clotario conferì ai vescovi un diritto di sorveglianza sui giudici (4). S'incominciò dopo a sottrarre ai giudici laici ordinari la cognizione dei delitti capitali degli ecclesiastici; si proseguì impedendo di trarre gli ecclesiasti a giudizio criminale senza il consenso del vescovo; poi ad attribuire ai vescovi una vera competenza penale verso i loro dipendenti. Quindi la competenza penale rimase definitivamente alle Autorità ecclesiastiche, e si vietò deferire i chierici ai tribunali ordinari *sine iussu pontificis sui*.

Il carattere giuridico di questa competenza è spiccatamente *propter personas*, da non confondersi con l'altra territoriale della chiesa medesima.

22. Ma le istituzioni dei Franchi si sommergevano nell'anarchia incominciata alla morte di Carlo Magno e ingranditasi nei due secoli successivi; e intanto, come dice Faustin-Hélie, l'albero feudale stendeva le sue radici nel suolo e lo copriva per intiero con gli immensi suoi rami. Tutto si concentra nei signori, e così la giurisdizione penale era, più o meno intensamente, distribuita fra i feudatari. Primeggiava la *iurisdictio plena*, alla quale erano congiunti il *bannum sanguinis* e la *potestas gladii*. Non poteva sussistere se non come una emanazione diretta della sovranità dello Stato, e nei feudi *in capite* o *maggiori*. I signori, che ne erano investiti, solevano in sull'ingresso dei loro castelli tenere, come simbolo di essa, le forche.

La giurisdizione criminale poteva essere separata dal feudo o concessa per determinate categorie di reati.

Sennonchè ad ogni feudatario era inerente una certa potestà penale limitatamente al feudo e ai suoi dipendenti, e nei limiti della concessione e del contratto feudale. E per questo i signori percepivano in compenso multe e altri balzelli. Onde, in molti luoghi, accadeva che, a canto alla limitata competenza penale dei feudatari, esisteva quella regia per ogni altra forma di delinquenza.

Quanto alle persone dei feudatari, verso di essi non poteva esplicarsi che la competenza di giudici eguali di grado nella gerarchia feudale. Il signore poteva egli stesso presiedere la *curia*, cioè i *pares curiae*. Il tribunale, così composto, emetteva il *laudamentum curiae*.

Si hanno anche esempi di giudizi solenni innanzi alle assemblee popolari, come ricordo dell'antica giurisdizione popolare, per accuse contro grandi signori.

23. Succeduta all'epoca feudale l'epoca dei Comuni, almeno sui primordi, l'autorità imperiale, e però la giurisdizione dell'imperatore coesisteva colla giurisdizione criminale delle Autorità municipali, ma era prevalente.

Venuta a poco a poco meno l'autorità degli imperatori, resi più potenti e autonomi i Municipi italiani, in costoro si concentrò la competenza penale. In tesi generale, essi avevano l'esercizio della giustizia punitiva; ma, moltiplicati gli affari e cresciuti i bisogni, sorsero magistrature apposite, che ebbero diversi nomi e varia esplicazione.

Nei Comuni italiani, in principio la giurisdizione criminale, come la civile, apparteneva ai consoli, con alcune limitazioni, come in caso di dissensi tra loro. L'alto criminale, cui era congiunto il *banno* di sangue, si esercitava in comune. Essi erano assistiti da un collegio di giudici e dai *sapientes*, che funzionavano come mediatori del potere consolare.

24. Nell'Italia meridionale il re in principio manteneva personalmente l'esercizio della giurisdizione criminale, circondato dai grandi dignitari della Corte. Poi sorse, per l'amministrazione della giustizia penale, quanto ai delitti gravi, il gran giustiziere, istituito dal re Ruggiero e disciplinato da Federico II. Così questo magistrato si appellò il tribunale della *magna curia*; e la sua competenza si estendeva alla cognizione delle cause di 2ª istanza dei tribunali inferiori, dei delitti dei magistrati dipendenti e dei reati di lesa maestà. Nelle provincie la giurisdizione criminale era esercitata, per le accuse di grave importanza, da maestri giustizieri.

In Sicilia vi era una Corte composta di quattro giudici, presieduta da un gran giustiziere, che aveva giurisdizione su tutta l'isola.

In Sardegna Filippo II creò nel 1564 il tribunale della reale udienza, avente la suprema giurisdizione penale in tutta l'isola. Per le cause penali ordinarie era competente la *corona* del luogo, e per le più lievi il *podestà*, assistito da 7 giurati.

Nella monarchia di Savoia la competenza era così distribuita: ogni anno si tenevano le supreme generali udienze per gli abusi dei prepotenti e per le violenze contro l'ordine pubblico; i Senati avevano la cognizione dei reati commessi dai grandi dignitari dello Stato, dei reati di lesa maestà e di tutti quelli che credevano di avocare al loro

(1) Faustin-Hélie, op. e loc. cit.
(2) Faustin-Hélie, op. e loc. cit.

(3) L. 23 Cod. Theod., XVI, 2.
(4) Faustin-Hélie, op. e vol. cit., pag. 89.

giudizio; e per tutte le altre cause, escluse da privilegi, erano competenti i *balì*.

A Firenze per i delitti più gravi erano competenti gli *Otto di Guardia* e *Balia*, per gli altri di minore entità i *Conservatori* delle leggi e i *Cinque* del contado. E nel 1680, pei reati maggiori, fu creata un'apposita *ruota criminale*.

A Venezia, oltre il Consiglio dei Dieci e il *Criminal, sezione* delle *quarantie*, esistevano gli *uditori* vecchi, nuovi, *nuovissimi*, competenti pei reati punibili con pene pecuniarie, gli avogadori del Comune pei reati minori, i signori della notte al criminale, i cinque provveditori della pace, i capi del sestiere, gli esecutori della bestemmia, gli inquisitori sui dazi pei contrabbandi e i censori pei brogli elettorali (1).

25. A questo punto, prima di passare al diritto moderno, nell'esame del quale dovremo cominciare dalla Francia, per evitare distacchi e interruzioni, è indispensabile qualche accenno alle vicende successive all'epoca feudale nella stessa Francia.

Sotto il feudalismo, oltre la giustizia signorile (alta, media e bassa) e l'ecclesiastica (la cui competenza non ebbe regole fisse, ma variabili secondo i tempi e le fluttuazioni della potenza ecclesiastica), il re, oltre il suo diritto di alta signoria sui domini dei grandi vassalli, aveva i suoi domini particolari, nei quali, come i signori, teneva i balivi (siniscalchi), prevosti, vicecomiti e vicari a capo della giustizia. Questo fu il primo inizio delle giustizie regie, le quali man mano dovevano usurpare le giustizie signorili, di conserva a quel movimento accentratore per cui la potestà feudale cedeva alla potestà regia, il potere centrale subentrava al potere dei signori, e di cui il più prossimo effetto risentir dovevano le istituzioni giudiziarie. E così si affermano e amministrano giustizia i prevosti, i siniscalchi, i baliaggi, e, al vertice, le Corti di Parlamento o Parlamenti, a cui erano deferite le accuse più gravi, oltre gli appelli dai pronunziati dei baliaggi e dei senescalcati e altre incombenze. Ai baliaggi e ai senescalcati, alla loro volta, quando meglio ne risultò determinata la competenza, e ciò verso la fine del XV secolo, spettava: 1° la conoscenza in appello delle sentenze rese sia dalle prevosture regie, sia dalle giustizie signorili, purchè non pronunziassero pena afflittiva (altrimenti l'appello andava al Parlamento); 2° la conoscenza in primo grado dei casi privilegiati (procedure contro i nobili, contro i chierici sottratti al privilegio ecclesiastico per l'enormità del delitto, contro gli ufficiali della giudicatura) e dei casi regi (lesa maestà, falsificazione di moneta, porto d'armi, ecc.). Ai prevosti poi rimaneva la conoscenza di tutti gli altri delitti commessi nell'ambito della loro giurisdizione che non rientrassero fra i casi regi o fra i casi privilegiati, nè fra i casi gravi (2).

La competenza dei prevosti, baliaggi e senescalcati, mentre in generale rimase invariata quella dei Parlamenti, andò nei secoli successivi modificandosi, ed anche restringendosi per le usurpazioni continue delle tante giurisdizioni speciali sorte nel frattempo (officialità, prevosti dei marescialli, luogotenenti criminali, vice-balivi, vice-siniscalchi, gran Consiglio, Camere dei conti, Corte delle gabelle, Corte delle zecche, giudici degli ammiragliati, giudici della giurisdizione dei contestabili, prevosti dei mercanti, giudici delle elezioni, dei magazzini di sale e dei dazi), per cui ogni delitto speciale aveva i suoi giudici, e spesso il delitto comune per connessione ne seguiva la sorte (3).

L'ordinanza di Luigi XIV d'agosto 1670 diè norme alla competenza in ispecie e alla procedura in genere (4), che ebbero vigore di legge fino alle prime riforme della Rivoluzione.

Capo III. — **Diritto moderno.**

26 e 27. Francia. — 28. Spagna. Portogallo. — 29. Svizzera. Canton Ticino. — 30. Austria. — 31. Germania. — 32. Ungheria. — 33. Olanda. — 34. Svezia. Danimarca. — 35. Inghilterra. — 36. Nord-America. Stato di New-York.

26. *Francia.* — Prima della grande codificazione, le leggi del 16 e 24 agosto 1790, 10 e 15 maggio, 19-22 luglio, 16-29 settembre 1791 costruirono un nuovo ordinamento della giustizia penale. La competenza penale fu ripartita fra i tribunali di polizia municipale e di polizia correzionale, i tribunali criminali e un'alta Corte nazionale. Ai primi era riservata la cognizione di tutte le contravvenzioni in materia di polizia; e le loro sentenze erano appellabili al tribunale distrettuale; ai secondi, quella dei lievi reati, i quali, secondo la legislazione anteriore, erano stati perseguibili col procedimento ordinario, e anche dalle loro sentenze si appellava al tribunale distrettuale; e ai tribunali criminali, contenenti un doppio elemento, giudici permanenti e giurati, era devoluta la cognizione degli altri reati più gravi.

L'Alta Corte nazionale era una specie di Alta Corte di giustizia, competente a giudicare i reati dei membri delle Camere, che le sarebbero stati deferiti.

L'Assemblea costituente aveva creato un magistrato di Cassazione contro le sentenze dei tribunali criminali.

L'ordinamento della competenza subì poi una modificazione, specialmente quanto ai tribunali di polizia giudiziaria, col codice dei delitti e delle pene del 3 brumaio anno IV, e con la legge 7 piovoso anno IX.

27. Sulle rovine degli antichi ordinamenti, a traverso lo svolgimento dei principi processuali che fino a quel momento avevano dominato, sorgeva indi quella vasta opera legislativa che è il codice d'istruzione criminale del 1808, il quale ha esercitata una grande influenza sopra tutte le altre legislazioni europee.

La competenza fu così distribuita:

a) ai giudici di pace: tutte le contravvenzioni commesse nell'estensione del Comune capoluogo del Cantone, le contravvenzioni negli altri Comuni del loro circondario, quando, fuori del caso in cui i colpevoli fossero stati presi in flagranza, le contravvenzioni fossero state commesse da persone non domiciliate o non presenti nel Comune, o quando i testimoni non vi avessero dimorato o fossero stati presenti; le contravvenzioni per le quali le parti reclamanti conchiudessero per una somma di danni o indeterminata o eccedente i 15 franchi; le contravvenzioni in materia di foreste o selve promosse a richiesta dei privati; le ingiurie verbali; le contravvenzioni in materia di affissi, annunzi, vendite, distribuzioni o spaccio d'opere, scritture o

(1) Castori, op. cit., 58.

(2) Faustin-Hélie, op. cit., tom. cit., pag. 156 e 157.

(3) Id., id., pag. 191.

(4) « Cette ordonnance fut un véritable code de compétence et de procédure » (Ortolan, *Eléments de droit pénal*, V ed., tom. I, n. 115, Paris, Plon, Nourrit et C., 1886).

carte intagliate contrarie ai buoni costumi; l'azione contro le persone che facessero il mestiere d'indovinare, pronosticare o spiegare sogni; e, in concorrenza coi *maires*, tutte le altre contravvenzioni commesse nel loro circondario (articoli 139 e 140);

b) ai *maires* dei Comuni non capiluoghi di Cantone, in concorso coi giudici di pace: le contravvenzioni commesse nell'estensione del loro Comune da persone colte in flagranza o da persone abitanti nel Comune o che fossero presenti, quando i testimoni fossero egualmente abitanti o presenti, e si richiedesse un indennizzo non superiore ai 15 franchi (art. 166);

c) ai tribunali correzionali: gli appelli avverso le sentenze rese in materia di polizia e comminanti una pena restrittiva della libertà personale o portanti condanna a spese o a restituzioni oltre 5 franchi; tutti i delitti commessi nelle foreste o selve perseguibili a richiesta dell'Amministrazione, e tutti i delitti punibili con oltre 5 giorni di prigionia e 15 franchi di pena pecuniaria (art. 172 e 179).

Le sentenze rese in materia correzionale sono appellabili; gli appelli dalle sentenze rese in polizia correzionale sono portati dai tribunali del circondario al tribunale del capoluogo del dipartimento; quelli dalle sentenze in polizia correzionale nel capoluogo del dipartimento al tribunale del capoluogo del dipartimento vicino, ove sia nel circondario della stessa Corte. Nei dipartimenti ove siede la Corte, gli appelli sono deferiti a questa, come quelli dalle sentenze rese nel capoluogo più vicino (art. 199 a 201);

d) alle Corti d'assise è devoluta la cognizione di tutti i crimini (art. 221).

V'ha eccezione pei funzionari giudiziari, cioè pei giudici di pace, pei membri dei tribunali correzionali e del Pubblico Ministero presso di questi, che abbiano perpetrato un delitto importante pena correzionale: sono deferiti alla Corte, senza diritto ad appello; e se trattasi di crimini, la rimessione è fatta ad altra Corte.

Per motivi di sicurezza pubblica o di legittima sospicione, la Corte di cassazione può rimettere la cognizione della causa ad un'altra Corte, da un tribunale ad un altro tribunale, da un giudice di polizia ad un altro (art. 542).

I crimini commessi da vagabondi, da malviventi e da condannati a pene afflittive o infamanti sono devoluti alla cognizione di una Corte speciale (art. 553, 554).

28. *Spagna.* — I reati minori sono devoluti al giudice municipale. In ogni *partido* o circondario risiedono uno o più tribunali con giudice unico, competente in grado di appello. V'ha poi le *audiencias* o Corti, che delegano i propri membri a giudicare, con l'intervento del giurì, i maggiori reati. V'ha infine un tribunale supremo che funziona da Corte di cassazione.

Portogallo. — La giurisdizione penale è affidata, per le contravvenzioni, al giudice di pace, pei delitti al giudice di diritto e, quanto ai crimini, allo stesso giudice di diritto con l'assistenza del giurì.

29. Nella *Svizzera* ciascuno dei 22 Cantoni, dai quali è costituita la repubblica federale, ha un ordinamento procedurale proprio. C'è pure il tribunale federale, che ha una camera criminale, la quale, con l'intervento dei giurati federali (Assise federali), è competente a giudicare dei crimini e delitti politici e di quelli che offendono la sicurezza dello Stato. Per quanto il tribunale federale risieda a Losanna, le Assise federali si tengono ordinariamente nel luogo ove il reato avviene.

Il tribunale federale funziona anche come Corte di cassazione ed è competente a giudicare i ricorsi penali.

Dei codici cantonali il più recente, che è quello del Canton Ticino (3 maggio '95), regola la competenza per connessità di causa (art. 12 e 13) e per ragione di territorio (art. 14 a 18), rinviando alla legge organico-giudiziaria (4 maggio '95) la determinazione della competenza per ragione di materia (art. 11). La quale è così distribuita:

a) ai giudici di pace: le trasgressioni di polizia contemplate nel libro III c. p.; le infrazioni delle leggi cantonali che importino multa fino a cento lire o gli arresti fino a sette giorni, e la cui cognizione non sia dalla legge deferita alle Autorità comunali o cantonali, al Consiglio di Stato o ai suoi dipartimenti (art. 10);

b) alle Assise distrettuali: i reati qualificati delitti dal codice penale, nonchè i delitti e le contravvenzioni prevedute in leggi speciali cantonali o federali, se la pena comminata sia superiore a cento franchi di multa o a sette giorni d'arresti (art. 12);

c) alle Assise cantonali: i reati qualificati crimini dal codice penale (art. 13).

Il tribunale d'appello giudica in seconda istanza sui ricorsi diretti contro le sentenze dei giudici di pace in materia contravvenzionale (art. 30).

La Corte di cassazione e di revisione pronunzia: sui ricorsi in cassazione diretti contro le decisioni della Camera dei ricorsi e contro le sentenze delle Assise cantonali e distrettuali; sulle istanze di revisione delle sentenze definitive delle assise cantonali e distrettuali (art. 33).

Quanto alla competenza *ratione loci*, se il luogo del commesso reato non è conosciuto o se il reato venne commesso fuori del Cantone, sono competenti le Autorità del luogo di domicilio, di dimora o di attinenza del prevenuto; in difetto quelle del luogo dove seguì l'arresto (art. 14).

Le cause connesse, che individualmente apparterrebbero alla cognizione di giudici di diverso ordine, devono, di regola, essere riunite e deferite al giudice competente per il reato più grave (art. 12).

30. *Austria.* — Ai termini del regolamento di proc. pen. del 23 marzo 1873:

Ai giudizi distrettuali appartiene la cognizione delle contravvenzioni in forza della legge di attivazione, la cooperazione nei rilievi preliminari e nei processi istruttori per crimini e delitti (§ 9).

Le Corti di giustizia di 1ª istanza agiscono come giudizi d'istruzione, come Camere di consiglio sui rilievi preliminari e processi istruttori, come giudizi di cognizione e come giudizi di ricorso nei casi di contravvenzione. La loro competenza si estende al dibattimento e alla discussione per tutti i crimini e delitti che non sono di competenza della Corte d'assise, alla trattazione e decisione dei rimedi di legge interposti contro le sentenze e le disposizioni dei giudizi distrettuali in casi di contravvenzione (§ 13).

La Corte d'assise è competente per tutti i crimini o delitti riservati dalla legge d'introduzione, cioè pei reati più gravi e più notevoli, sia per l'indole loro che per la quantità della pena (§ 14).

La Corte di giustizia di 2ª istanza è competente a giudicare dei gravami contro le ordinanze delle Camere di consiglio, dei reclami contro le posizioni in istato di accusa e dei ricorsi contemplati nei paragrafi 283 e 345 del regolamento. Inoltre sorveglia l'attività dei giudizi penali del loro

circondario e decidono i gravami contro di essi, in quanto non sieno espressamente preclusi o altrimenti regolati i rimedi di legge (§ 15).

Alla Corte Suprema è riservata la cognizione di tutti i gravami per nullità (§ 51).

La competenza *ratione loci* è determinata dal luogo del commesso reato. Se mai l'azione punibile sia stata commessa in vari distretti o sul confine di due distretti giudiziali, o quando vi sia incertezza, vale la regola della prevenzione. Questa si determina a favore di chi per primo abbia assunto un atto d'istruttoria (§ 51).

Se la denunzia per un'azione incriminabile venga fatta a quel magistrato, nel distretto del quale l'imputato abbia il suo domicilio o la dimora, o dove venga sorpreso, sarà quel magistrato stesso competente, salvo il dritto di prevenzione del magistrato del luogo del commesso reato. L'imputato però sarà sempre rinviato a questo magistrato dietro richiesta delle parti o del procuratore di Stato (§ 52).

Quando stieno a carico di uno stesso imputato varie azioni punibili, o quando varie persone abbiano partecipato ad una azione, o se una di esse abbia commesso altre azioni anche in unione di altre persone, il procedimento penale sarà unico, e sarà competente quel magistrato che abbia prevenuto gli altri. E se spetti alla Corte di assise una delle cause concorrenti, la competenza sarà attribuita a questa per tutte; e la stessa regola vale per le Corti di giustizia in concorrenza coi tribunali distrettuali. In tutte e due le forme di concorso, la prevenzione non ha influenza (§ 56).

Senonchè il giudice competente per tutte le cause, secondo le regole sopra cennate, ha la facoltà di ordinare la separazione delle cause che ordinariamente non sarebbero di propria competenza (§ 57).

31. *Germania.* — A termini del codice di proc. pen. del 1° febbraio 1877 la competenza è distribuita fra il tribunale degli scabini, i tribunali provinciali, i tribunali dei giurati, il tribunale dell'impero.

Il tribunale degli scabini, istituito per la trattazione degli affari penali presso i tribunali distrettuali, è competente a conoscere: 1° di tutte le contravvenzioni; 2° dei delitti importanti il carcere non maggiore di tre mesi o la multa non oltre 600 marchi, sola o congiunta agli arresti o al carcere, salvo quelli contemplati nel § 320 del c. p. e nel § 74 della legge sull'ordinamento giudiziario; 3° delle ingiurie o lesioni personali perseguibili a istanza di parte; 4° del delitto di appropriazione indebita preveduto nel § 246 c. p., quando il valore della cosa appropriata non superi 25 marchi; 5° del delitto di furto preveduto nel § 242 c. p., quando il valore della cosa rubata non superi 25 marchi; 6° della truffa preveduta nel § 203 c. p., se il danno non ecceda del pari i 25 marchi; 7° del danneggiamento volontario preveduto nel § 308 c. p., quando il danno non superi quello indicato nei numeri precedenti; 8° dei delitti di favoreggiamento e di ricettazione preveduti nel § 258, n. 1, e del § 259 c. p., quando il reato principale sia di competenza del tribunale degli scabini (§ 27 ord. giud. 27 gennaio 1877). Quando la competenza di questo tribunale sia fondata sul valore di una cosa o sull'ammontare del danno, e nell'udienza pubblica risulti un valore o un danno maggiore di 25 marchi, il tribunale deve pronunziare la propria incompetenza, se altri motivi rendano necessario il rinvio del dibattimento (§ 28).

È devoluta ai tribunali provinciali (camere penali) la cognizione: *a*) dei delitti che eccedono la competenza degli scabini; *b*) dei crimini importanti la reclusione non maggiore di 5 anni, sola o con altre pene, tranne che nei casi dei §§ 96, 100 e 166 c. p.; *c*) dei crimini commessi da persone che al tempo del fatto non avevano ancora compiuto i 18 anni; *d*) del crimine di libidine contro natura contemplato dal § 176, n. 3, c. p.; *e*) dei crimini di furto nei casi dei §§ 143 e 244 c. p.; *f*) del crimine di ricettazione nei casi dei §§ 260 e 261 c. p.; *g*) del crimine di truffa nella ipotesi del § 264 c. p. (§ 73).

Le camere penali sono poi esclusivamente competenti nelle violazioni della legge 25 ottobre 1867 intorno alla nazionalità dei navigli mercantili, dei reati contemplati dagli art. 206, 249 e 249-*a* della l. 11 giugno 1870 intorno alle società in accomandita per azioni e anonime; delle violazioni delle disposizioni dei §§ 1, 2 e 3 della L. 8 giugno 1871 intorno alle cedole al portatore con premi; dei reati contemplati nei §§ 67 e 69 della l. 6 febbraio 1875 intorno agli atti dello stato civile, e dei reati preveduti dal § 59 della L. bancaria 14 marzo 1875 (§ 74). Questa competenza è in ragione dell'indole dei reati.

Le camere penali hanno inoltre una competenza di 2° grado (§ 76) sulle sentenze dei tribunali degli scabini; decidono sui gravami contro i provvedimenti del giudice istruttore e del giudice distrettuale, e trattano le cause devolute dal codice di procedura penale ai tribunali provinciali (§ 72).

I tribunali dei giurati sono competenti a giudicare dei crimini che non sono di competenza delle camere penali e del tribunale dell'impero (§ 80).

I tribunali provinciali superiori (sezioni penali) conoscono del rimedio della revisione contro le sentenze pronunciate in grado di appello dalle camere penali; della revisione contro le sentenze delle camere penali pronunziate in 1ª istanza, in quanto la revisione sia fondata esclusivamente sulla violazione di una norma di dritto stabilita dalle leggi locali; e dei gravami contro le decisioni giudiziarie penali di 1ª istanza, in quanto non sia stabilita la competenza della camera penale, e contro le decisioni delle camere penali in grado di appello o di gravame (§ 123).

Il tribunale dell'impero è competente per l'istruttoria e la decisione, in 1ª ed ultima istanza, dei reati di alto tradimento e di attentato contro lo Stato, in quanto questi crimini sieno diretti contro l'imperatore o contro l'impero; per la trattazione e la decisione intorno ai rimedi della revisione contro le sentenze delle camere penali in 1ª istanza, in quanto non sieno competenti i tribunali provinciali superiori, e contro le sentenze dei tribunali dei giurati. Nelle cause penali per contravvenzioni alle disposizioni riguardanti la riscossione dei dazi e delle imposte pubbliche, spettanti all'erario dell'impero, il tribunale dell'impero è competente anche per la trattazione e la decisione sul rimedio della revisione contro le sentenze delle camere penali competenti in grado d'appello, ove la decisione del tribunale dell'impero sia richiesta dalla procura di Stato contemporaneamente alla trasmissione degli atti al tribunale della revisione (§ 136).

Vi ha un'eccezione alla competenza *ratione materiæ*, e consiste nel rinvio che il tribunale provinciale può ordinare di alcune categorie di delitti relativamente lievi al giudizio degli scabini, sulla richiesta della procura di Stato, nel momento dell'apertura del dibattimento, quando dalle circostanze del fatto sia da presupporre che al reato non sarà comminata una pena diversa e più grave di quella stabilita nel § 27, n. 2, cioè del carcere maggiore di tre mesi, e della multa maggiore di 600 marchi (§ 75).

In caso di connessità di cause, esse, pur appartenendo

singolarmente alla cognizione di tribunali di diverso ordine, possono essere riunite e deferite al tribunale di competenza superiore. E questo, per motivi di opportunità, è competente anche ad ordinare la separazione di cause già riunite (§ 2 cod. proc. pen.).

Durante la riunione delle cause, la competenza a procedere è determinata da quello fra i reati che appartiene alla competenza del tribunale superiore (§ 5).

Nel concetto della connessità è compreso tanto il rapporto di complicità, di correità, di favoreggiamento e di ricettazione, quanto la reiterazione (§ 3).

Inoltre il codice germanico eleva a precetto di legge un principio generale: che ogni tribunale deve verificare di ufficio la propria competenza *ratione materiæ* in ogni stadio del processo (§ 7).

Quanto, finalmente, alla competenza *ratione loci*, di regola è determinata dal luogo del commesso reato (§ 6), ovvero dal domicilio dell'imputato nel momento in cui fu presentata l'accusa (§ 58). Se l'imputato non ha domicilio nell'impero, è determinata dal luogo della sua residenza abituale, e, in mancanza, dal luogo della sua ultima dimora (§ 8, capov.).

Se il reato è commesso all'estero, e la competenza non può determinarsi secondo la norma precedente, sarà determinata dal luogo dell'arresto, e, in difetto, dal tribunale dell'impero (§ 9).

Pei reati commessi a bordo di una nave germanica all'estero e in aperto mare, sarà determinata dal luogo del porto, in cui prima giunga la nave dopo il reato (§ 10). I tedeschi che godono la estraterritorialità conservano la competenza del domicilio di origine, e, in mancanza, quella della capitale dello Stato di origine (§ 11).

Fra i diversi tribunali competenti la preferenza è determinata dalla prevenzione (§ 12). L'eccezione d'incompetenza *ratione loci* non è assoluta, come quella in ragione di materia. L'imputato può proporla fino alla chiusura della istruttoria, e, ove questa non abbia avuto luogo, fino alla lettura del conchiuso che dichiara aperto il dibattimento (§ 16). E il tribunale, dopo l'apertura formale del processo, può pronunziare la propria incompetenza soltanto sopra richiesta dell'accusato (§ 18).

Eccezioni: *a*) per ragioni di convenienza può essere competente un tribunale diverso da quello del luogo del commesso reato o del domicilio, cioè o quello del luogo dell'arresto o quello che sia designato dal tribunale dell'impero, se non vi sia stato arresto (§ 8); *b*) malgrado la prevenzione, può essere prescelto qualche altro fra i diversi tribunali competenti (§ 11); *c*) più cause connesse possono essere riunite e deferite ad un solo tribunale (§ 10); *d*) in caso d'impedimento legittimo e di fatto del tribunale competente, o per motivi di sicurezza pubblica, la cognizione della causa può essere deferita ad un altro tribunale di pari grado (§ 15); *e*) in caso di annullamento, il tribunale della revisione può rinviare la causa ad un tribunale diverso da quello che pronunciò la sentenza annullata, viciniore ed eguale di grado, e anche ad un tribunale inferiore se la causa risulti di sua competenza (§ 394).

32. *Ungheria*. — Il nuovo codice di procedura penale del 4 dicembre '96 ha un capitolo secondo intitolato « della giurisdizione e della competenza, » ma non regola che la competenza per ragione di luogo e per connessità di causa (art. 16 a 27), rinviando per la competenza in ragione di materia alla legge introduttiva del medesimo, secondo la quale spettano alla Corte d'assise tutti i crimini e delitti commessi col mezzo della stampa, tranne delle ingiurie e diffamazioni contro privati; i crimini importanti pena nel loro massimo maggiore di anni cinque; alcuni casi di perduellione nei quali si tratta di segreti militari e diplomatici; i crimini contro il pudore; la falsa testimonianza, la calunnia, la falsità in documenti, la falsità in monete e in carte di pubblico credito; — ai tribunali i crimini che non sono di competenza della Corte d'assise, i delitti che non sono di competenza della Corte d'assise, nè dei giudizi distrettuali, e specialmente la diffamazione e le ingiurie contro i privati commesse col mezzo della stampa e quelle perseguibili d'ufficio, la ripubblicazione o smercio di opere d'ingegno colpite già da condanna pronunziata dalla Corte d'assise; — ai giudizi distrettuali (preture) tutti i delitti, o quasi, importanti pena non superiore a un anno di prigionia, e parte delle contravvenzioni, altra parte essendo riserbata alle autorità politiche.

Quanto alla competenza *ratione loci* (art. citati), dessa spetta al magistrato nel cui territorio è stato commesso il reato, benchè le conseguenze siansi verificate altrove. Quando il reato sia commesso nel territorio di più tribunali, o sul confine, o quando siavi incertezza, la competenza è del tribunale che arriva primo a proferire una decisione o a emettere qualche provvedimento.

In caso di connessità, è competente quel tribunale la cui giurisdizione nessuna delle cause connesse eccede, e, se più sieno tali tribunali, quello che è competente per il reato più grave, e in caso di dubbio quello che abbia preceduto gli altri. Nel caso però di reato di competenza delle Assise, di altri di competenza minore, la decisione per la riunione della causa e per l'ulteriore procedimento spetta alla Corte d'assise.

33. *Olanda*. — I giudici cantonali conoscono dei reati di *maraudage* e contravvenzioni non attribuite ad altri giudici. Le loro sentenze sono appellabili, tranne quelle che infliggono l'ammenda fino a 25 fiorini (ord. giud., art. 44).

I tribunali di circondario sono magistrature di appello dai giudici di cantone, e conoscono in 1ª istanza delle contravvenzioni previste negli art. 433 e 434 del codice penale, di quelle in materia d'imposte pubbliche e di tutte le altre infrazioni punibili che non sono di competenza di altro magistrato. Le loro sentenze sono appellabili, tranne in materia contravvenzionale (art. 56).

Le Corti d'appello, che sono cinque in tutto lo Stato, giudicano in secondo grado le controversie decise dai tribunali circondariali (art. 68).

L'Alta Corte decide in prima ed ultima istanza i fatti criminosi contemplati negli art. 381 a 385 e da 388 a 389 del codice penale, e le contravvenzioni degli alti funzionari dello Stato, e funziona come Corte di cassazione (art. 91).

Per le azioni punibili commesse da una stessa persona o connesse fra loro, è competente uno stesso tribunale, al quale possono essere rimesse per una sola decisione.

34. Nella *Svezia* la giurisdizione penale è affidata ai tribunali di 1ª istanza, che sono in numero di 206, dei quali 116, cioè quelli delle campagne, con giudice unico, alle Corti d'appello (*Hofrät*), e al tribunale supremo. Vi sono tre gradi di giurisdizione.

E tre gradi di giurisdizione presenta l'ordinamento giudiziario della Norvegia: tribunali di 1ª istanza con giudice unico, Corte d'appello e tribunale supremo (*hojesteret*).

Nella *Danimarca* la giurisdizione penale è distribuita fra i tribunali di 1ª istanza con giudice unico (*herredsfoged*,

byfoged), i tribunali di 1ª istanza della capitale, la Corte di appello in 2° grado, e la Corte Suprema in 3ª istanza.

35. In *Inghilterra* la giurisdizione penale è affidata in primo luogo ai giudici di pace, la cui giurisdizione è locale, non personale, cioè limitata alle rispettive contee, città od altri distretti. O giudicano da soli o uniti due a due nei giudizi « sommari », la cui essenza sta nella mancanza dei giurati, o uniti a tre a tre nelle sessioni trimestrali con intervento dei giurati. I reati, che possono formare oggetto dei giudizi sommari, si distinguono come appresso: 1° reati commessi da « fanciulli » (escluso l'omicidio); 2° reati commessi da « adolescenti » (furto, reati assimilati ugualmente punibili, appropriazione indebita qualificata, ricettazione, partecipazione e tentativo in detti reati, reati contro la sicurezza delle persone viaggianti in ferrovia, danneggiamento di macchine e carri delle ferrovie, reati preveduti nelle leggi sulle poste); 3° reati commessi da « adulti » (piccoli furti e appropriazioni indebite, furto e appropriazione indebita di cose d'un valore oltre quaranta scellini); 4° vie di fatto semplici o percosse; 5° furti non passibili d'accusa; 6° lievi danneggiamenti volontari alla proprietà; 7° reati di caccia. Le prime tre classi comprendono reati passibili d'accusa, che possono formare obietto dei giudizi sommari o per la confessione dell'imputato, o col consenso dell'imputato, o dei genitori o rappresentanti di lui, trattandosi di minorenni: le altre comprendono reati esclusi dalla competenza dei giurati.

Le sessioni trimestrali sono di due specie: sessioni generali di pace per la contea, e sessioni di una data città, secondo che si tengano in ogni contea ad epoche determinate di tre in tre mesi (od anche nel tempo intermedio), o siano proprie di alcune città e borgate, che perciò vanno esenti dalla giurisdizione delle sessioni di contea, ma la competenza è uguale nelle une e nelle altre, cioè limitata ai crimini o delitti più lievi.

In ogni contea poi per le cause più gravi si radunano, periodicamente, le Corti dette di « udire e decidere e di liberare le prigioni », volgarmente designate col titolo di Assise.

Ha in genere la stessa competenza delle Assise la Corte centrale criminale, istituita per il giudizio degli alti procedimenti dei crimini e delitti commessi nella città di Londra e nella contea di Middlesex e in certe determinate parti delle contee di Essex, Kent e Surrey, le quali per questo riguardo sono considerate come una contea sola.

Finalmente il Banco della regina, che non è altro che una sezione dell'Alta Corte di giustizia, conosce di tutti i reati, dall'alto tradimento al più lieve: ma la sua giurisdizione viene raramente esercitata e in circostanze straordinarie. La sua giurisdizione originaria comprende tutti i reati commessi nella contea di Middlexes, perseguibili dietro accusa; possono inoltre esserle deferiti tutti i delitti (*misdemeanors*) commessi in qualunque contea dell'Inghilterra per citazione *ex ufficio* del proc. gen., e dietro istanza privata di chi proceda in luogo dell'ufficio della Corona con licenza della Corte. Ma ciò succede, ripetiamo, raramente, anche per i reati commessi in Middlexes, che passano alla Corte centrale criminale o alle sessioni trimestrali. Più estesa è la giurisdizione derivata del Banco, potendoglisi rinviare cause di Corti inferiori, in caso di sospettata parzialità, o di questioni di diritto difficili o non comuni, o di necessità di ispezionare i luoghi, o di occorrenza di un giurì speciale.

Circa alla competenza *ratione loci*, il luogo indicato dall'atto d'accusa e che denota il distretto dal quale venne tolto il gran giurì che ha pronunziato l'accusa stessa, è quello nel quale, di regola, deve essere tenuto il dibattimento. A questa regola sono stabilite varie eccezioni, per cui il dibattimento, p. es., può essere tenuto in qualunque contea (trattandosi di estorsione, resistenza o ribellione agli ufficiali del dazio consumo, reati in materia di dazi doganali, tentativo di distogliere soldati o marinari dal loro dovere o eccitamento a ammutinarsi), o nella contea limitrofa (quando sia commesso sul confine di due contee, o parte in una e parte in altra, ecc.), o nella contea dove il reato è stato commesso o dove il reo è stato arrestato o si trova detenuto (trattandosi di falso o uso di documenti falsi, di bigamia, di furto o appropriazione indebita qualificata), o in qualunque luogo dove il reo si trovi o sia condotto (reati contro la dogana commessi in alto mare, quando l'imputato venga a terra; sbarco forzato o abbandono, in qualunque parte fuori i domini della regina, d'una persona della ciurma), o in qualsiasi contea traversata da un veicolo o da una nave (nel caso di uomini o delitti commessi contro persone o cose esistenti in veicoli viaggianti o navi naviganti) (1).

36. Per il *Nord-America* ci limiteremo al codice di New-York (1° giugno 1881), il quale distribuisce la competenza fra sette diverse Corti.

La Corte per il giudizio dei pubblici funzionari messi in accusa dall'Assemblea è competente a conoscere di tutte le accuse contro i funzionari dello Stato che mancano, scientemente e per corruzione, ai loro doveri, salvo i giudici di pace, i giudici delle Corti di giustizia e i giudici di polizia.

Le Corti d'assise criminali esistenti in ciascuna contea dello Stato sono competenti:

1° ad accusare mediante il grande giurì per tutte le infrazioni commesse nella contea o che debbano essere ivi giudicate, salvo per gli affari penali, di minore importanza, devoluti esclusivamente alle Corti delle sessioni speciali e alle Corti di polizia;

2° a procedere al dibattimento e al giudizio di tutti gli affari criminali, ed a giudicare tutte le persone che ne sono state accusate;

3° a mettere in libertà, se la legge lo prescrive, tutte le persone detenute nella contea;

4° a giudicare tutte le accuse (*indictment*) dichiarate fondate davanti la Corte delle sessioni della contea o la Corte delle sessioni generali di New-York.

Essa, in sostanza, ha la pienezza della giurisdizione criminale e una competenza esclusiva nelle cause capitali provenienti dalle contee.

Le Corti urbane di Brooklyn, Buffalo, Osweyo e Hudson hanno competenza, la prima come Corte di assise criminale per la contea di Kings, la seconda per la città di Buffalo; e per le altre è determinata da leggi speciali.

Le Corti di assise correzionali hanno una estesa competenza per tutti gli affari criminali, salvo le cause capitali ed eccettuata la contea di New-York: in appello giudicano sulle decisioni dei giudici di pace, di polizia e dei magistrati municipali inferiori (§ 39).

Le Corti di assise speciali hanno una competenza ristretta ad alcune determinate materie speciali ed enumerate nel § 56.

(1) Queste notizie sono state desunte dai *Principii di diritto procedura penale* del Seymour Harris, testo tradotto in italiano dal Bertola (Verona, Tedeschi, 1898), pag. 208 e segg., 247 e segg., 331 e segg.)

La Corte di assise generale nella città e contea di New-York e la Corte delle sessioni nella contea di Kings hanno anche una competenza estesissima, compresi i crimini puniti colla pena capitale o con pena a vita.

Finalmente le Corti di polizia hanno competenza limitata agli affari loro attribuiti dagli statuti.

La competenza *ratione materiae* è determinata in modo preciso davanti alle Corti inferiori, alle sessioni speciali e al magistrato di polizia. Le magistrature superiori devono rinviare alle inferiori gli affari di cui queste hanno la competenza esclusiva. L'incompetenza *ratione materiae* è operativa in tre casi: *a*) quando una Corte di sessioni, tranne quella di New-York, è adita per una causa capitale; *b*) quando una Corte di sessione speciale o di polizia è adita per un affare che non le è attribuito; *c*) quando una Corte superiore (*of record*) è adita per una causa di competenza di un magistrato inferiore, e pel quale non si reclama la procedura dell'atto d'accusa (1).

Il principio territoriale domina nella competenza *ratione loci*. Esistono le seguenti specialità: quando un'azione si perpetri parte in un distretto e parte in un altro (§ 134), o quando un'infrazione sia commessa nel limite di due circoscrizioni, la competenza appartiene alle due giurisdizioni. Quando una infrazione sia commessa fuori di uno Stato, per eludere e violare le leggi di esso, tutte le giurisdizioni dello Stato leso sono competenti. Se una infrazione sia commessa nel corso di un viaggio, tutte le giurisdizioni dello Stato traversato sono competenti. In certi casi di diffamazione, la competenza può essere determinata dal domicilio della parte offesa (2).

Capo IV. — Gli Stati italiani avanti la costituzione del regno.

37. Due Sicilie. — 38. Stati Pontifici. — 39. Toscana. — 40. Stati estensi. — 41. Parma. — 42. Lombardo-Veneto. — 43. Piemonte.

37. Nel regno delle *Due Sicilie*, prima delle leggi del 1819, i governatori, nelle cui mani si era concentrata la potestà dei *baglivi*, conoscevano dei piccoli furti e di altri lievi reati; le regie udienze in 2° grado delle cause giudicate dai governatori locali e in 1° grado di tutte le altre. La Gran Corte della Vicaria non rappresentava che la trasformazione della Magna Curia sotto gli Angioini in ordinario tribunale civile e criminale per Napoli e Terra di Lavoro.

Il sacro regio Consiglio, il più glorioso e sapiente tribunale d'Europa, aveva la cognizione di tutte le cause in grado di appello giudicate da tutti gli altri tribunali del regno. La real Camera di S. Chiara, istituita da Ferdinando il Cattolico, finì per avere la cognizione di molte cause gravi civili e criminali, e, per le innovazioni di Carlo III, ebbe la cognizione di tutti i reclami e di tutti i rimedi straordinari contro le sentenze dei tribunali inappellabili, oltre una larga competenza consultiva giudiziaria sulle competenze e sui conflitti di giurisdizione. Omettiamo di dire delle competenze speciali di speciali magistrati.

Nel 1819 la competenza fu regolata e distribuita in modo più determinato e razionale, tanto da superare per eccellenza tutte le altre organizzazioni contemporanee.

Tutta la materia di polizia e correzionale è attribuita ai giudici regi di circondario. Le loro sentenze, sia nei giudizi *ammonitivi* che correzionali, sono appellabili alle *Gran-Corti criminali*. Tutte le cause criminali competono alle *Gran-Corti*, e quelle in grado di appello dai giudici regi.

Al disopra di tutte queste magistrature sta la Corte Suprema di giustizia, cioè la Corte di cassazione, succeduta alla *Real Camera* e *alla suprema Giunta delle questioni*.

La competenza *ratione loci* è distribuita in circondari per le materie di polizia e correzionale, e in provincie o valli in materia criminale.

Regola generale: ogni imputato è soggetto alla giurisdizione del giudice, nel cui territorio commette il reato. Si ha principalmente in mira la competenza territoriale (3).

1° Nel caso di più reati commessi dalle stesse persone in diverse giurisdizioni, il reato maggiore attrae la cognizione del reato minore, se questo non sia reato speciale; 2° nel caso di più reati commessi in diverse giurisdizioni, e che portano alla stessa competenza, il giudice del luogo, nel cui territorio l'imputato è stato arrestato, procederà per tutti i reati; 3° i complici di uno stesso misfatto, se sono imputati di altri reati particolari a ciascuno, e si trovino tutti in istato di essere giudicati, sono sottoposti alla medesima accusa per tutt'i reati, ed un solo giudice è competente; 4° quando si tratti di reati connessi, e le istruzioni si trovino nello stato da far luogo al giudizio, l'atto di accusa deve essere unico, e la Gran Corte pronunzia su tutti con una sola decisione; 5° se un fatto è delitto, l'altro contravvenzione, il giudice e il rito sono correzionali.

La connessità è concepita sotto tre rapporti: o per la identità del tempo e del luogo in cui sono commessi i reati; o per l'unità del disegno, che, concepito precedentemente, riunisce più reati e li coordina ad un fine; o per esser l'un reato causa principale per commetterne altri (4).

38. *Stati pontifici*. — La legislazione processuale del 5 novembre 1831 costituisce una imitazione di quella delle Due Sicilie, ma con una minore quantità di garentie liberali.

Nelle provincie la giurisdizione era distribuita fra: *a*) i governatori, gli assessori e in ogni capoluogo di legazione i giusdicenti criminali; *b*) i tribunali residenti nei capoluoghi; *c*) i tribunali di appello.

I governatori e gli assessori residenti nel capoluogo di legazione e i giusdicenti criminali che erano destinati a farne le veci nel capoluogo di delegazione, ciascuno entro i limiti della propria giurisdizione, erano competenti a conoscere, in primo grado, di tutte le cause concernenti i delitti *minori* a termini delle leggi penali (art. 15).

I tribunali residenti nei capoluoghi conoscevano tutte le cause relative ai delitti maggiori; pronunziavano in prima istanza le sentenze comminanti pene capitali, e pronunziavano altre condanne inappellabilmente (art. 20).

Conoscevano in secondo grado di tutte le cause giudicate dai governatori, assessori o giusdicenti per i delitti contemplati nell'art. 15; conoscevano, come tribunali di revisione, le controversie sulla competenza fra due o più governatori della stessa provincia, compreso l'assessore o il giusdicente (articolo 30).

I tribunali di appello conoscevano in secondo grado delle cause giudicate dai tribunali dei capoluoghi con sentenze

(1) V. Fournier, *Code de proc. crim. de New-York*; introduction, Paris, Larose, 1893.

(2) Fournier, op. e loc. cit.

(3) Art. 495 cod. proc. pen.

(4) Art. 161 cod. proc. pen.; Nicolini, *Proc. pen.*, parte 1ª, n. 68, IV.

contenenti condanne alla pena capitale, e conoscevano, come tribunali di revisione: *a*) delle questioni di competenza fra due o più governatori, assessori o giusdicenti dipendenti da diversi tribunali di provincia; *b*) delle questioni di competenza fra due o più tribunali di provincia dipendenti dallo stesso tribunale di appello; *c*) delle questioni di competenza fra giudici e tribunali civili e giudici e tribunali criminali; delle domande di remissione dal criminale al civile e viceversa; di quelle di sospensione del giudizio civile e criminale, fino all'esito dell'uno o dell'altro, qualora i giudici o tribunali civili o criminali fossero stati soggetti al medesimo tribunale d'appello; delle istanze del condannato per l'annullamento delle sentenze proferite dai tribunali di provincia, a termine dell'art. 16.

In Roma i governatori della Comarca di Roma esercitavano la stessa giurisdizione attribuita ai governatori e assessori nelle provincie.

Il tribunale del Governo di Roma conosceva, in secondo grado, delle cause giudicate dai governatori, e giudicava, come tribunale di revisione, le controversie e le istanze che, a forma dell'art. 30, dovevano conoscersi e giudicarsi dai tribunali residenti nei capoluoghi delle provincie (art. 34).

Nelle cause relative ai delitti di qualunque specie, maggiori o minori, commessi nella città di Roma, procedeva lo stesso tribunale del Governo cumulativamente al tribunale dell'A. C. e con quello del senatore, ossia di Campidoglio.

I capi o presidenti di questi tribunali delegavano uno dei loro dipendenti per le cause *minori* (art. 35).

Nelle cause che si decidevano dai luogotenenti delegati, le rispettive Congregazioni, a cui presiedeva il delegante, costituivano tribunali di appello e di revisione, e avevano le facoltà attribuite ai tribunali di provincia e a quello del Governo per le cause giudicate dai governatori della Comarca secondo gli art. 29 e 34 (art. 36).

Il tribunale del prefetto dei Sacri Palazzi Apostolici esercitava la sua giurisdizione pei delitti commessi dai familiari descritti nel ruolo di palazzo e direttamente adibiti ad esso e stipendiati, nonchè pei delitti commessi da qualsiasi persona, laica o ecclesiastica, dentro i palazzi apostolici di Roma e fuori Roma. Esercitava ancora la giurisdizione sui laici di Castel Gandolfo e suo territorio.

E il governatore di Castel Gandolfo per le cause minori aveva le stesse facoltà dei governatori nelle provincie.

Il tribunale della Sacra Consulta, diviso in due turni, l'uno presieduto dal Ponente più anziano in ragione di nomina col titolo di decano, l'altro dal segretario, conosceva, come magistrato di appello, di tutte le cause giudicate dai tribunali di Roma, compreso il prefetto dei Sacri Palazzi, dai tribunali di provincia e delegazioni di Perugia, Rieti, Viterbo, Orvieto, Frosinone e Benevento, con sentenze comminanti pene capitali (art. 43). E conosceva, come tribunale di revisione, le questioni di competenza, di remissione o sospensione relative ai giudici o tribunali di Roma e delle provincie e delegazioni, enunciate nell'art. 43, salvo la disposizione dell'art. 19 in ordine ai giudici e tribunali ecclesiastici (art. 44); e giudicava, come tribunale supremo: 1° in tutte le cause relative ai delitti contemplati nel titolo X del libro VII, art. 556 e seguenti; 2° nelle questioni di competenza fra due o più tribunali criminali residenti nelle provincie di tutto lo Stato, che non dipendevano da un medesimo tribunale di appello; 3° in tutte le questioni di competenza fra tribunali di appello, compresa anche la stessa Sacra Consulta; 4° nelle questioni di competenza fra giudici o tribunali civili e giudici o tribunali criminali; nelle domande di remissione o di sospensione contemplate nell'art. 32, n. 3, quando i giudici o tribunali erano soggetti a diversi tribunali di appello; e 5° sulle istanze del condannato per l'annullamento delle sentenze in 2° grado rese dai tribunali di appello e dall'altro dei due turni della Sacra Consulta, che riguardavano le condanne a pena capitale (articolo 45).

Nei delitti per contravvenzioni o frodi a danno dell'erario, se la pena non oltrepassava 200 scudi, compreso il valore delle cose « cadute *in commissum* » e la multa, ovvero un anno di carcere, giudicavano nelle provincie i governatori, gli assessori e i giusdicenti nei luoghi di legazione, e, in Roma, cumulativamente i luogotenenti del cardinale camerlengo e il tesoriere generale; e, quando la pena era maggiore, la Congregazione criminale del cardinale camerlengo e quella del tesoriere generale. E l'una e l'altra Congregazione giudicavano in grado di appello le questioni di competenza fra i suddetti giudici, e le domande di remissione o di sospensione (art. 46).

Dalle sentenze per i delitti *maggiori* competeva l'appello dall'una all'altra Congregazione (art. 49).

La competenza si determinava dal luogo del commesso reato. Incominciata la perpetrazione del delitto in un luogo e completata in un altro, era preferito il luogo dove era seguita la cattura dell'imputato (art. 61).

Se una stessa persona era imputata di più delitti commessi in separate giurisdizioni, competeva la cognizione di tutti al tribunale nel cui circondario era stato commesso il delitto che per ragione del suo titolo era riputato più grave. Una identica regola valeva, trattandosi di più delitti connessi fra loro o per precedente concerto, commessi nella stessa o diversa delegazione o legazione, sia da una o più persone, o quando un delitto era stato oggetto, mezzo o cagione della perpetrazione di un altro (art. 62).

Nella concorrenza di più *inquisiti* in uno stesso delitto, aveva luogo la prevenzione a favore di quel tribunale ch'era il primo ad arrestare uno degli inquisiti, sebbene fosse stato soltanto complice.

Nel caso di *cumulativa*, la prevenzione determinava la competenza. La prevenzione era data o dalla cattura dell'inquisito o dalla sua condanna in contumacia colla promulgazione della sentenza (art. 68).

I ministri addetti al servizio dei tribunali che avevano giurisdizione criminale erano a questi soggetti nei reati di ufficio.

Nella ipotesi di delitti che comprendevano persone privilegiate e non privilegiate, la prevenzione determinava la competenza, ad eccezione dei chierici e degli ecclesiastici.

Se la inquisizione comprendeva chierici o ecclesiastici e laici, il tribunale ecclesiastico o esercente giurisdizione ecclesiastica traeva a sè l'intera inquisizione in qualunque stato essa si trovava. Onde nelle cause di misto fôro, il tribunale ecclesiastico era preferito, malgrado qualunque prevenzione.

39. *Toscana.* — Secondo il regolamento per l'istruzione dei processi criminali del 22 novembre 1849, la competenza per giudicare i leggieri delitti e le trasgressioni in una misura determinata apparteneva ai pretori criminali entro i limiti del rispettivo circondario.

I delitti e le trasgressioni giudicate dai pretori consistevano: 1° in furti semplici, tanto propri, che impropri, del valore non eccedente le lire 10; 2° nei danni dati semplici

per ingiuria e quelli anche con asportazione, scompagnati da qualsivoglia resistenza o offesa contro i padroni dei fondi, purchè non superiori al valore di lire 10; 3° nelle ingiurie tanto verbali che reali, eccetto quelle atroci; 4° nelle vie di fatto od offese semplici, che non avessero portato impedimento al lavoro per più di tre giorni; 5° in tutte le trasgressioni contemplate dalle leggi di polizia, sempre che non eccedessero 15 giorni di carcere e 5 lire di multa. Le sentenze dei pretori erano appellabili al tribunale collegiale di 1ª istanza, quando la condanna era del carcere o della multa oltre lire 30.

Tutte le trasgressioni a leggi e a regolamenti d'ordine pubblico e di polizia municipale, locale o generale, che per la pena superavano la competenza dei magistrati inferiori, erano devolute ai tribunali di 1ª istanza.

Quanto a tutti gli altri reati provvedevano le leggi anteriori.

40. *Stati Estensi.* — Secondo il codice di procedura criminale del 14 dicembre 1855 i giusdicenti hanno la cognizione dei delitti importanti soltanto pena di carcere o di multa, ovvero carcere e multa insieme (art. 29).

Appartiene ai tribunali di prima istanza la cognizione di tutti indistintamente gli altri delitti importanti pene maggiori (art. 30).

La competenza si determina in riguardo al titolo del reato e non alle circostanze di esso, quand'anche l'imputato per queste non dovesse soggiacere a pena, o potesse aver luogo il passaggio a una pena inferiore.

Nel concorso di pene di diverso genere, applicabili al medesimo delitto, la competenza è regolata dal genere di pena superiore (art. 31).

In ordine alla competenza territoriale, essa è determinata dal luogo del commesso reato o da quello della dimora dell'imputato o da quello dove ne sia seguito l'arresto (articolo 32).

Il giudice del luogo del commesso delitto ha la preferenza sopra ogni altro giudice, tanto per l'istruzione che per il giudizio (art. 33).

Quando il luogo del commesso reato non sia conosciuto, il giudice del luogo in cui seguì l'arresto è preferito a quello della dimora dell'imputato, salvo che quest'ultimo giudice avesse già rilasciato mandato di cattura o di comparizione (art. 34).

Se il delitto sia incominciato in un luogo e consumato in un altro, la cognizione appartiene al giudice del luogo del delitto consumato (art. 35).

Se il delitto è stato commesso nel confine di due giurisdizioni, ha luogo la prevenzione (art. 36).

Questa è stabilita o dal mandato di cattura o da quello di comparizione. Se una stessa persona sia imputata di più delitti perpetrati in diverse giurisdizioni, e siano fra loro connessi, la competenza è attribuita al giudice del luogo dove sia stato commesso il reato. Se poi i delitti non sieno fra loro connessi, la competenza è determinata dal luogo ove sia stato commesso il reato più grave, o, in pari gravità, il maggior numero di reati (art. 37).

Vi ha connessione sia quando sono stati commessi i delitti nello stesso tempo da più persone unite, o da diverse persone anche in tempi e luoghi diversi, ma previo concerto fra esse, sia quando gli uni furono commessi per procurarsi i mezzi di commettere gli altri, per facilitarne o consumarne l'esecuzione od assicurarne l'impunità (articolo 38).

Qualunque giudice, quantunque incompetente, può ricevere denunzie o querele, e assumere informazioni sopra ogni delitto, trasmettendole dopo al giudice competente. E in caso di urgenza, il giudice può fare, anche fuori la sua giurisdizione, quegli atti che reputi necessari, purchè ne dia previo avviso al giudice del luogo ove si trasferisce e lo informi subito dopo che vi avrà proceduto.

Quando nel corso di un giudizio civile insorga ragionevole sospetto di un delitto di azione pubblica, il giudice procederà a termini dell'art. 122 cod. proc. civ.

Pei reati commessi all'estero e punibili negli Stati a norma del codice penale, la competenza è attribuita al giudice del luogo, dove l'imputato ha domicilio o dov'è stato arrestato, o di sua ultima dimora.

Le sentenze dei giusdicenti sono appellabili, ove si tratti di pena di carcere o di multa eccedente le lire cento, ai tribunali criminali; e le sentenze di questi tribunali al tribunale di appello da cui dipendono.

41. *Parma.* — Secondo il codice di procedura penale del 1820 si avevano:

a) tribunali di buon governo o di semplice polizia, che conoscevano delle contravvenzioni di buon governo (fatti importanti multa non maggiore di 29 lire o prigionia non maggiore di 15 giorni anche con cumulo) (art. 207);

b) i pretori che conoscevano delle contravvenzioni avvenute nella rispettiva giurisdizione (art. 238);

c) i tribunali correzionali (sezione dei tribunali civili e criminali) di Parma e Piacenza, e tribunale di Borgotaro, che giudicavano i reati importanti oltre 15 giorni di prigionia e oltre 29 lire di multa: le sentenze loro erano appellabili, quelle dei tribunali di Borgotaro e di Piacenza al tribunale di Parma, e quelle del tribunale di Parma al tribunale di Piacenza;

d) il tribunale supremo di revisione, che pronunciava sui ricorsi contro le sentenze inappellabili.

I crimini e delitti dei pretori erano giudicati dalla sezione criminale del tribunale da cui dipendevano (art. 530).

I delitti e crimini commessi da un giudice, assessore di un tribunale di prima istanza, di un tribunale civile e criminale, del tribunale di appello o dai componenti del Pubblico Ministero presso di essi, erano giudicati dal supremo tribunale di revisione.

Nel caso di più crimini o delitti commessi da diverse persone in giurisdizioni diverse, il crimine o delitto maggiore trae a sè la cognizione degli altri. Nel caso di crimini o delitti commessi in giurisdizioni diverse e soggetti a pena eguale, il giudice del luogo nel cui territorio seguì l'arresto dell'imputato assume il giudizio di tutti. Se il delitto sia incominciato in un luogo e si compia in un altro, prevale il giudice del luogo in cui fu compiuto il delitto. I complici di uno stesso crimine, se sono incolpati di altri crimini particolari a ciascuno, ove anche per questi si trovino in istato di essere giudicati, saranno per tutti i reati sottoposti a uno stesso tribunale.

Vi ha connessità: quando i crimini o i delitti sieno commessi nel tempo medesimo da più persone riunite; quando in tempi diversi, in luoghi diversi e da diverse persone sieno commessi in seguito di accordo preventivamente formato; quando uno dei fatti sia stato commesso per procurarsi il mezzo di commettere l'altro; e quando un fatto sia stato commesso per facilitare l'esecuzione dell'altro o per consumarlo o per assicurarne l'impunità (art. 318).

42. *Lombardo-Veneto.* — Secondo il regolamento gene-

rale di procedura penale austriaco 29 luglio 1853, la giurisdizione penale era esercitata in prima istanza (§ 7): *a*) dagli uffici distrettuali (Giudizi di sede) in qualità di Giudizi distrettuali, e dai Giudizi di distretto, esclusivamente tali (preture); *b*) dalle Corti di giustizia di prima istanza (tribunali provinciali, di Circolo e di Comitato).

Le preture (Giudizi distrettuali) esercitavano le funzioni di ufficio loro incombenti in affari penali per mezzo di giudici singoli: i tribunali, come Giudizi collegiali in quanto la legge non vi facesse eccezione (§ 8).

Alla pretura spettano tutti gli atti di punitiva giustizia, cioè il procedere, pronunziare ed eseguire le proprie decisioni in riguardo a quelle contravvenzioni che nel codice penale generale sono indicate come tali, o rispetto a quelle di cui il processo e la punizione sono demandati ai Giudizi in forza di prescrizioni speciali (§ 9).

Norme speciali stabilivano per quali fra le contravvenzioni indicate nella seconda parte del codice penale, la giurisdizione penale in 1ª istanza doveva esercitarsi, entro il raggio di polizia delle città capitali o di altri luoghi, dall'Autorità di sicurezza ivi istituita, anzichè dalla pretura. E le Autorità di sicurezza, come sostituite ai giudizi penali, dovevano per altro attenersi, per queste specie di contravvenzioni, alle norme del regolamento processuale. E la decisione di seconda istanza spettava alla Corte superiore di giustizia (tribunale di appello) e quella in terza istanza alla Suprema Corte di giustizia (§ 18 e 19).

Ad ogni tribunale di prima istanza sono demandati, entro il suo circondario giurisdizionale, il finale dibattimento sopra tutti i crimini e delitti e la relativa decisione (§ 16).

Per i crimini di alto tradimento, di offesa alla Maestà Sovrana e ai membri della Casa Imperiale, e di perturbazione della pubblica tranquillità, la cognizione spettava al tribunale provinciale del luogo in cui risiedeva il dicastero politico del dominio (§ 10, lettera *a*).

La competenza penale di seconda istanza sui crimini, delitti e contravvenzioni indicate nel § 9 è esercitata dalle Corti superiori di giustizia (tribunale di appello, tavola banale). In terza istanza la giurisdizione penale sui crimini, sui delitti e sulle contravvenzioni indicate nel § 9 spettava alla suprema Corte di giustizia.

La giurisdizione di ogni Giudizio penale si estende a tutto il suo circondario. Quelle persone peraltro, che trovavansi fuori il circondario del Giudizio inquirente ad una distanza maggiore di due leghe tedesche dal luogo in cui siedeva, potevano sentirsi mediante la pretura nel cui circondario si trovavano.

Di regola l'inquisizione per crimini e delitti spettava, riguardo a tutti coloro che avevano preso parte alla perpetrazione di essi, al Giudizio inquirente; e il dibattimento e la decisione al tribunale di prima istanza nel cui circondario era stata commessa l'azione punibile (§ 38). E qualora un crimine o delitto fosse stato commesso da una o più persone nel confine dei circondari di più Giudizi, procedeva al riconoscimento del fatto quel Giudizio inquirente che si trovava per primo alla portata di farlo. Al riconoscimento del fatto, per quei crimini e delitti che venivano commessi in più circondari, procedeva ogni Giudizio inquirente per quanto poteva farsi nel suo circondario. E l'ulteriore procedura incombeva in entrambi i casi a quel Giudizio che preveniva l'altro o con una citazione, o con un mandato di accompagnamento o di cattura, ovvero con una circolare di arresto, ovvero avesse ordinato l'inseguimento giudiziale (§ 39).

Il Giudizio penale, presso cui era già pendente una procedura per crimine o delitto contro un imputato, estendeva la propria giurisdizione anche sopra tutti gli altri crimini e delitti e sulle contravvenzioni demandate a procedura giudiziale a carico dell'imputato stesso, quando anche tali reati fossero stati commessi nel circondario di altri Giudizi, oppure mentre era in corso il processo rispetto ai primi (§ 40).

Qualora taluno avesse commesso nei circondari di giudizi diversi più crimini ovvero più delitti, oppure crimini e delitti, si riguardava, fra i diversi Giudizi in tali casi chiamati ad assumerne la procedura, come esclusivamente competente, rispetto a tutti i crimini e delitti commessi dall'imputato, quel Giudizio che aveva prevenuto gli altri (§ 39). E a questo Giudizio si rimettevano quindi per la continuazione anche i processi che si fossero posteriormente intrapresi presso altri Giudizi penali contro l'imputato, per crimini, delitti e contravvenzioni (§ 41).

Se per altro taluno era imputato di uno dei crimini indicati nel § 10, lett. *a*, ed anche di altri reati sottoposti alla procedura di Giudizi penali, spettavano al tribunale provinciale, chiamato in forza di quel paragrafo a procedere per crimini suddetti, tanto la procedura d'inquisizione, quanto le operazioni di ufficio di cui al § 15, come il dibattimento finale e la relativa decisione anche rispetto a tutti gli altri reati che stavano a carico dell'imputato (§ 42).

Portandosi la denunzia per crimini o delitti a quel Giudizio penale, nel cui circondario veniva colto l'imputato, era quello il Giudizio che doveva procedere, se il Giudizio del circondario nel quale era avvenuto il fatto non lo avesse prevenuto (§ 38 e 41), oppure il procuratore di Stato dell'uno o dell'altro circondario o lo stesso imputato, ovvero, essendovene più, uno soltanto di essi, non avesse chiesto che il procedimento fosse rimesso al Giudizio del luogo in cui accadde il fatto (§ 43).

Trattandosi di crimini o delitti commessi in uno Stato estero, che, secondo le prescrizioni del codice penale, potevano essere puniti nell'impero, era competente quel Giudizio dell'impero, nel cui circondario l'imputato aveva il suo domicilio o la sua dimora. E ove non avesse avuto nè domicilio nè dimora negli Stati austriaci, era competente il Giudizio nel cui circondario veniva colto (§ 44). Ma se l'imputato di un crimine o delitto veniva consegnato da uno Stato estero, era competente il Giudizio che aveva provocata l'estradizione.

All'incontro, quando ne era offerta l'estradizione dallo Stato estero, si doveva riportare, per accettarla, l'approvazione del tribunale di appello, il quale in pari tempo doveva stabilire a quale Giudizio penale dell'impero fosse in questo caso devoluta la giurisdizione (§ 45).

Per riguardi di pubblica sicurezza, per sospicione del Giudizio, come pure allo scopo di facilitare o di accelerare il procedimento, di evitare spese necessarie, per mancanza di sufficienti prigioni, ovvero per altri motivi rilevanti, i tribunali di appello, sentito il procuratore di Stato superiore, o sopra proposta di lui, avevano facoltà di sottrarre al Giudizio competente una procedura penale e di assegnarla ad un altro Giudizio della stessa categoria entro il loro circondario.

Per i motivi stessi, anche la suprema Corte di giustizia poteva ordinare il trasferimento di una procedura penale dal circondario di un tribunale di appello a quello di un altro. E nei casi del § 10, lett. *a*, poteva farsi luogo soltanto ad una delegazione per parte della Corte Suprema (§ 49).

43. Nel *Piemonte* si ebbe un certo progresso col codice di procedura criminale del 1847, che ebbe vigore finchè non fu pubblicato il codice processuale del 26 novembre 1859.

Secondo il codice del 1847 apparteneva ai Magistrati la cognizione dei crimini, ai tribunali di prefettura quella dei delitti e ai giudici di mandamento quella delle contravvenzioni punite con pene di polizia.

Nel determinare la competenza si aveva riguardo al titolo del reato e non alle circostanze che lo accompagnavano, quantunque per esse l'imputato non fosse stato passibile di pena o si dovesse far luogo al passaggio ad una pena inferiore. Nel concorso di pene di diverso genere, la competenza era determinata dal genere di pena superiore.

La competenza *ratione loci* era determinata dal luogo del commesso reato o da quello della dimora o dell'arresto, salvo eccezioni. Era preferito il primo; e se non era conosciuto, il luogo dell'arresto prevaleva a quello della dimora, salvo che il giudice di quest'ultimo luogo non avesse rilasciato un mandato di cattura o di comparizione. Se il reato si cominciava in un luogo e si consumava in un altro, questo determinava la competenza. Per i reati commessi sul confine di due giurisdizioni, si faceva luogo alla prevenzione.

Se taluno era imputato di uno o più crimini commessi nel distretto di un Magistrato, e di uno o più delitti commessi sì nel medesimo distretto, che in quello di altro Magistrato, e se questi delitti erano o connessi coi crimini o del novero di quelli che la legge puniva col carcere non minore di tre anni, la cognizione di tali delitti apparteneva al Magistrato nel cui distretto erano stati commessi i crimini. Lo stesso Magistrato conosceva inoltre le contravvenzioni connesse sia coi crimini che coi delitti sopra indicati. In questo caso si procedeva per i delitti e per le contravvenzioni nel modo stesso che per i crimini. E vi era connessità fra i crimini, e fra questi, i delitti e le contravvenzioni, sia quando erano stati commessi nello stesso tempo da più persone riunite o da diverse persone anche in tempi e luoghi diversi, ma previo concerto fra di esse, e sia quando gli uni erano commessi per procurarsi i mezzi di commettere gli altri, per facilitarne o consumarne l'esecuzione od assicurarne l'impunità.

Se la stessa persona era imputata di più crimini commessi in giurisdizioni di magistrati diversi, la cognizione apparteneva al Magistrato nel cui distretto era stato commesso il crimine più grave o in difetto il maggior numero dei crimini stessi. E se i crimini erano della stessa gravezza e in egual numero, o se nell'interesse della giustizia o per altre circostanze fosse stato conveniente derogare alle norme sopra menzionate, gli ufficiali del Pubblico Ministero presso il Magistrato trasmettevano i documenti col loro avviso al dicastero della grande cancelleria, che alla sua volta li dirigeva al Magistrato di Cassazione, il quale designava il Magistrato per la cognizione dei crimini. E se si trattava di persona imputata di crimini, dei quali uno era di competenza speciale per ragione di materia o di persona, e gli altri di competenza ordinaria, gli ufficiali del P. M. presso i rispettivi Magistrati trasmettevano i documenti col loro avviso al dicastero della grande cancelleria, il quale ne faceva relazione al re.

Se la stessa persona era imputata di uno o più delitti commessi nel distretto di un tribunale, e di una o più contravvenzioni connesse e seguite tanto nello stesso distretto che in quello di altro tribunale, la cognizione di quelle contravvenzioni apparteneva a quel tribunale, nel cui distretto erano stati commessi i delitti. E se la stessa persona era imputata di più delitti commessi nel distretto di tribunali diversi dipendenti da più magistrati, la competenza era determinata come pei crimini.

Apparteneva ai Magistrati la cognizione dei crimini e dei delitti i quali, a termini degli art. 5, 6, 7, 8 e 9 cod. p., erano punibili nei regi Stati. Il luogo del domicilio o dell'ultima dimora o dell'arresto o della consegna dell'imputato determinava la competenza, e si faceva luogo alla prevenzione. Poteva tuttavia il Magistrato di Cassazione, sulla domanda del P. M. o della parte civile, rimettere la cognizione al Magistrato vicino al luogo dove i crimini e i delitti erano stati commessi.

TITOLO II. — NOZIONI GENERALI.

CAPO I. — Essenza giuridica.

44 e 45. Concetto della competenza, e differenza dalla giurisdizione. — 46. Definizione. Limiti. — 47 a 49. Teorie comuni. — 50. Organi della competenza. — 51. Differenza di competenze.

44. Non bisogna confondere la giurisdizione con la competenza. La giurisdizione, secondo la dottrina comunemente insegnata, consiste nel potere, dato dalla legge al magistrato, di giudicare, sia essa ordinaria o speciale. Deve necessariamente derivare dalla legge, e non vi si può derogare se non in forza di una espressa disposizione legislativa. Niun cittadino può essere distolto dai suoi giudici naturali: onde essa è anche inalterabile. In materia penale, v'ha la giurisdizione ordinaria o comune per tutte le infrazioni delle comuni leggi penali, e la giurisdizione speciale, stabilita per determinate classi di reati e di persone, la quale si tripartisce in giurisdizione politica, militare e mercantile (1).

Questa potestà legale di giudicare, nella quale si sostanzia la giurisdizione, va, per ordinamenti organici, frazionata fra le diverse magistrature alle quali in genere appartiene.

La giurisdizione, in generale, è deferita all'intero ordine giudiziario, ma è deferita frazionata e distribuita fra i vari componenti di esso, in guisa che ciascuno di loro non ha che quella parte di giuridizione assegnatagli. È inesatto considerare che le varie magistrature giudicanti abbiano tutta la giurisdizione, che loro in generale attribuisce la legge, e che ne sia solo delimitato e frazionato l'esercizio. La delimitazione e il frazionamento sono organicamente insiti nell'attribuzione della giurisdizione e coevi ad essa, in maniera che ogni magistrato è investito di una frazione della giurisdizione e rimane privo delle altre. Ogni magistrato, o collegiale o singolo, ha la potestà di giudicare, ma l'ha in sè limitata ad una data sfera di fatti e di persone, cioè non ha che il potere di giudicare quella determinata categoria di fatti o di persone.

45. Per ragioni di necessità o anche di convenienza, un solo organo giudiziario non potrebbe essere sufficiente o adatto all'esplicazione di tutta la *potestas iusdicendi* dello Stato, ma occorre che sieno più e costituiti in maniera che, complessivamente, tutti corrispondano all'adempimento della funzione giudiziaria in tutte quelle categorie di fatti e di controversie assegnate alla giurisdizione propriamente detta. E in quelle stesse categorie si possono presentare altre varietà, sia per l'indole giuridica, che per la intensità o importanza delle controversie e dei fatti. È necessario, in molti casi, che la giurisdizione sia composta di un complesso di orga-

(1) Lucchini, *Elementi di procedura penale*, n. 173, Firenze, Barbèra, 1895.

nismi o simili o differenti, a seconda l'entità e il carattere delle controversie; che alcuni sieno deputati ad un primo esame di esse, e altri ad un secondo o ad un terzo, alcuni in una data zona di territorio dello Stato, altri in zona diversa. In sostanza, la giurisdizione può essere costituita, anzi è sempre costituita da un complesso di organi funzionanti in determinate categorie di fatti e di controversie, che formano e delimitano la sfera della loro operosità. Ora tutti questi organi singoli, parti del complesso organismo giurisdizionale, rappresentano e raffigurano il primo termine della competenza. E questi organi singoli esplicano la loro funzione sopra una parte delle controversie e dei fatti costituenti il complesso delle categorie devolute all'intera giurisdizione. E questa parte di controversie forma il secondo termine o elemento della competenza.

Come nella giurisdizione il complesso degli organi, per i quali si esplica la *potestas iusdicendi*, e il complesso delle categorie delle contese giuridiche, sulle quali i primi funzionano, sono gli elementi giuridici che la compongono, così nella competenza ciascuno di quegli organi e una frazione di controversie, su cui esso funziona, la compongono e la costituiscono. I termini, così, sostanzialmente considerati, sono identici, diversi soltanto in ragione di *quantità*, sia riguardo all'organo pel quale si svolge la funzione giudiziaria, che all'obbietto sul quale si svolge. Ma parecchi di questi organismi giudiziari, per la vastità e la molteplicità degli affari, possono essere identici, perchè un solo non potrebbe bastare ai bisogni della giustizia.

Quindi sorge, in diritto positivo, la necessità di distribuirli e fissarli in determinate zone territoriali per la trattazione di identici affari giudiziari. Di qui nasce la competenza esclusivamente in ragione di territorio. La competenza adunque è creata da un triplice ordine di necessità positive: *a*) da quella di avere una pluralità di organi per l'espletamento di determinate classi di affari giudiziari formanti il campo di tutta la giurisdizione; *b*) da quella di assegnare a ciascun organo o a più organi giudiziari identici la decisione di una parte di quegli affari; *c*) da quella di distribuire fra più organi identici la trattazione di affari simili, determinando ad ognuno di quelli una zona del territorio dello Stato.

Se mancassero queste necessità e per ogni categoria di affari fosse bastevole una sola Autorità giudiziaria, la giurisdizione si confonderebbe colla competenza. Così, se per gli affari civili o per gli affari penali fosse sufficiente un solo giudice, è innegabile che non sussisterebbe alcuna differenza fra la giurisdizione civile e la competenza relativa o fra la giurisdizione penale e la competenza penale.

46. La competenza, come essenza, ha gli stessi caratteri della giurisdizione, perchè i termini di cui si compone sono della stessa natura: non c'è altra differenza che di quantità. Da ciò deriva che, se la giurisdizione è organicamente delimitata e precisata dalla totalità degli organi giudiziari e degli affari che la compongono, la competenza del pari è determinata e circoscritta dall'organo e dalla parte degli affari che la costituiscono. E come la totalità dell'organismo giurisdizionale non può funzionare in un campo diverso da quello pel quale è stato creato, così l'organo singolo in cui si compenetra la competenza non può estendere la sua funzione giudiziaria al di là del proprio obbietto, sul quale è destinato a funzionare.

Possiamo ora proporre una definizione più razionale della competenza, che ne comprenda tutta la nozione. Constatato che la competenza ha sostanzialmente tutt'i caratteri giurisdizionali, essa non può definirsi in altro modo che nel seguente: l'esplicazione della suprema potestà *iusdicendi* per mezzo di uno degli organi e sopra una parte di controversie, che compongono la giurisdizione.

La costituzione degli organi giudiziari, l'assegnazione delle categorie di fatti e controversie è tutta opera legislativa, e variano a seconda gli Stati, i momenti storici della civiltà, l'ambiente sociale in cui si vive, i bisogni e le necessità sociali, le forme di governo e l'elemento che in esse predomina. Onde la distinzione delle giurisdizioni e la loro divisione in competenze sono operate dal potere legislativo dello Stato e variano da Stato a Stato, da civiltà a civiltà, da un'èra ad un'altra, e spesso da un periodo ad altro periodo di tempo.

La giurisdizione e la competenza, riguardate come esplicazione e determinazione di un'unica potestà, presentano una questione di limiti. Esse sono contenute in certi precisi confini, entro i quali si muovono e operano, senza che, ordinariamente, sia loro dato trascenderli. Onde, per regola generale, una giurisdizione non può invadere il campo di un'altra, nè una competenza quello di un'altra competenza. Queste limitazioni non creano tante potestà giusdicenti, ma tanti organismi giudiziari per i quali la potestà giusdicente dello Stato si attua e opera nel mondo giuridico. Non si devono adunque intendere come limitazioni o restrizioni di essa, ma limitazioni o restrizioni della capacità giuridica degli organi giudiziari destinati a metterla in attuazione. Di qui discendono notevoli e gravi conseguenze, delle quali si terrà discorso in prosieguo. Se, razionalmente, la giurisdizione e la competenza risultano dalla esplicazione della potestà giusdicente dello Stato, la loro disciplina giuridica non può essere che di diritto positivo, perchè lo Stato deve legislativamente determinare il modo, le forme e gli organi, che devono attuare, nella infinita varietà dei casi, la sua funzione giudiziaria.

47. Le teorie universalmente insegnate trattano con poca profondità l'importantissimo argomento intorno alla determinazione scientifica del concetto della giurisdizione e della competenza. Affermano senz'altro essere la giurisdizione la potestà di giudicare attribuita dalla legge al magistrato, ed essere la competenza la delimitazione delle facoltà del magistrato stesso nell'esercizio del suo potere o la misura della giurisdizione. Così Borsani e Casorati definiscono la giurisdizione: « la facoltà o la podestà attribuita dalla legge al funzionario pubblico di conoscere le azioni, chiarirle e giudicarle »: sarebbe attributiva di carattere al funzionario. E per competenza intendono la delimitazione delle facoltà del magistrato, quella che dichiara le condizioni che ne determinano l'esercizio e circoscrive i confini a cui quelle facoltà si devono arrestare (1).

Non diverso nella sostanza è il concetto espresso dal Saluto. « La competenza, egli si esprime, è in effetto, secondo i principii del codice di procedura penale, quella sfera di attribuzioni che le leggi hanno assegnata alle autorità giudiziarie per la persecuzione e per la punizione dei reati » (2).

Fra coloro che ebbero un concetto più scientifico della competenza è l'Ortolan (3). La delegazione parziale, egli

(1) *Cod. di proc. pen.*, vol. I, § 236.
(2) *Comm. al codice di procedura pen.*, vol. I, cap. II.

(3) *Eléments de droit pénal*, tom. II, lib. II, tit. II, *Compétence*, Paris, Plon, Nourrit et C.ie, 1886.

afferma, di forza o di potenza sociale, va fatta a ciascuna Autorità in vista dell'effetto che quest'Autorità è incaricata di produrre; ora questa parte di forza o di autorità, che appartiene alle Autorità giudiziarie appunto in virtù di quella delegazione, forma la competenza. Dato questo concetto filosofico della competenza, egli sintetizza le regole che la debbono governare. Le regole della competenza, come quelle di ogni forza di un meccanismo qualunque, potrebbero, secondo lui, riassumersi nelle seguenti: *a)* le Autorità, alle quali è legato il potere sociale, non possono produrre altro effetto che quello voluto dalla legge, cioè non possono esercitare altra funzione che quella loro assegnata; *b)* non possono produrre alcun effetto in un altro grado gerarchico; *c)* non hanno vita e funzione che nel luogo circoscritto loro dalla legge, e però non possono muoversi e agire al di là dei limiti di esso; *d)* non possono produrre alcun effetto su altro obbietto diverso da quello, sul quale sono chiamate ad esercitare la loro attività. Fuori di queste regole fondamentali, aggiunge l'Ortolan, non v'ha forza o potestà delegata: « il ne reste que des individualités privées.

48. Del pari, da un punto di vista razionale fu trattata la competenza da Nicola Nicolini. Egli fa la storia ideale del concetto evolutivo della giurisdizione, dal quale deriva, come logica conseguenza, il concetto di competenza. Il primo grado di questa storia ideale è rappresentato dalla *mens, vox, manus;* il secondo grado dal *jus, lex, tutela;* il terzo dall'*auctoritas, sanctio, potestas;* il quarto dal *dominium, mandatum, officium;* il quinto dalla *ditio, dictio, imperium;* il sesto dalla *juris-ditio, juris-dictio, merum et mixtum imperium;* il settimo dalla cognizione, pronunzia, esecuzione. Nel quarto grado di questo cammino scientifico sorge l'idea della competenza.

« Ogni autorità dei pubblici funzionari è una parte di potestà pubblica delegata, prosegue l'illustre giurista, *commessa, mandata* ad essi dal potere sovrano. Quindi l'*autorità* che viene attribuita al magistrato non può essere esercitata che nei limiti della concessione.

« Tanto è dunque un'autorità quante sono le attribuzioni ch'ella ha dalla legge. *Tribuere,* voce solenne di diritto, giustifica abbastanza nel foro l'introduzione della voce *attribuzione.* Le attribuzioni di ogni Autorità hanno il duplice confine già segnato da Paolo, che non possa essa estendersi *al di là* del territorio, nè *al di sopra* delle *facoltà* attribuite. *Nec extra, nec supra,* sono sue parole (L. ult. Dig. *de jurisd.*). Questo è quello che *judici competere dicitur.*

« Da ciò le parole solenni *competenza, incompetenza.* Il concetto *nec extra territorium,* significherebbe i limiti della competenza territoriale; quello, *nec supra jurisdictionem* significherebbe i confini della competenza in ragione di materia e di persone. Quando due Autorità volessero esercitare la loro giurisdizione sullo stesso obbietto o sulla stessa controversia giuridica, avviene fra esse il conflitto: *conflictantur, dimicant, inter se colliduntur.* Ove accada che della facoltà che si richiede per definire la controversia nemmeno il genere sia attribuito ad una delle autorità impadronite dell'affare, il conflitto è di attribuzione.

« Al duplice limite di *estensione* e di *altezza,* nel quale deve raggirarsi ogni Autorità, si aggiunge il dovere di uniformarsi entro quei limiti in ogni suo atto alla legge e a quella particolarmente di rito, la quale determina e misura tutti i passi del suo procedimento: terzo elemento e terza regola dell'esercizio dell'autorità » (1).

Su questi tre principî fondamentali il Nicolini fonda l'idea della competenza: *non extra territorium, non supra jurisdictionem, non contra solitum iudiciorum ordinem.*

49. Il Tolomei tratta, anche da un punto di vista scientifico, la materia della giurisdizione e della competenza. Egli afferma che la giurisdizione consista nella potestà concessa dal sovrano al magistrato di applicare la legge al fatto, di deciderne le conseguenze e attuarle. Tale è il suo concetto generico di ogni giurisdizione, civile e penale, o di qualsivoglia autorità, che il potere sovrano, ch'egli ripone nella persona del principe, delega alle diverse magistrature, ordinarie o straordinarie o eccezionali.

Applica questo concetto alla giurisdizione penale, e ne dà la seguente definizione: la potestà concessa dal sovrano al giudice di applicare la legge penale ai fatti punibili, determinare la pena dalla legge stabilita ed irrogarla al reo: in altri termini la « podestà di conoscere, pronunciare ed eseguire in materia di reato e di rei » (2).

Distingue poi la competenza in ordinaria, straordinaria, propria e delegata. E ritiene che la competenza sia « il diritto che, fra più magistrati aventi la medesima giurisdizione, spetta ad uno di essi di esercitarla a preferenza degli altri ». Onde, se le funzioni proprie dell'Autorità giudiziaria fossero attribuite ad un solo magistrato, la giurisdizione, come si è detto, si confonderebbe colla competenza. Dalla giurisdizione e dalla competenza distingue il *potere,* che sarebbe il grado di forza o di efficacia attribuita dal sovrano agli atti della competente Autorità nell'esercizio della sua giurisdizione.

Il Saredo si lamenta che nella legislazione e anche nella dottrina si faccia spesso confusione fra la nozione giuridica della giurisdizione e quella della competenza. Egli crede costruire una teoria esatta, che dilegui le incertezze e i dubbi; per lui, la giurisdizione sarebbe quella potestà del magistrato, che si traduce in sentenze o decisioni, colle quali, previa una *causae cognitio,* si ponga termine alle controversie giuridiche. Separa il concetto della giurisdizione da quello dell'*impero,* il quale consisterebbe nella potestà conferita, in virtù di legge, a quei pubblici ufficiali cui spetta di agire per via di comando e che devono essere ubbiditi. La competenza poi altro non sarebbe che il riparto territoriale della giurisdizione e dell'imperio. (3)

Queste idee, com'è facile constatare, non si allontanano dalle teorie comuni e sono state seguite da parecchi, fra i quali v'ha il Puglia (4).

Il Pessina, che pur segue le dottrine generalmente accolte, definisce la competenza: « la giurisdizione che da astratta si traduce in concreta, cioè la giurisdizione avvisata in rapporto a ciascuna causa ». Riassume i canoni fondamentali della competenza nel principio: *nemo iudex neque ultra neque supra fines iurisdictionis suae.* E (per giurisdizione penale intende la potestà di applicare la legge punitiva ai singoli casi: essa rappresenterebbe la sovranità medesima dello Stato e sarebbe rivestita d'*imperium* (5).

(1) Nicolini, *Proc. pen.*, parte I, pag. 133.
(2) *Il diritto e la proc. pen.*, n. 2071 e segg., Padova 1884.
(3) *Ist. proc. civ.*, vol. 2, Firenze, Pellas, 1873.
(4) *Ist. p. p.*, pag. 23, Napoli, Anfossi, 1884.
(5) *Sommario di lezioni di proc. pen.*, pag. 44-45, 2ª ed. Napoli, Marghieri, 1883.

Il Lucchini, che ha sintetizzato in un sistema scientifico tutta la materia della procedura penale italiana, dà della competenza la seguente definizione: « La competenza è la misura della giurisdizione distribuita fra i vari magistrati che compongono organicamente il potere giudiziario dello Stato » (1).

50. La competenza è devoluta a ciascuno degli organi giurisdizionali col relativo campo d'infrazioni punibili, sul quale funzionano e al quale sono circoscritti. Della struttura di questi organi e del campo giurisdizionale loro riservato terremo singolarmente discorso. Con questa concezione giuridica della giurisdizione e della competenza, non solo si è in armonia con quella dello Stato, una delle funzioni del quale è appunto la funzione giudiziaria, ma si perviene alla logica definizione delle più ardue e sottili questioni, che all'uopo hanno affaticata la mente dei giuristi e la giurisprudenza, la quale spessissimo ha offerto lo spettacolo di stridenti contraddizioni. Nè si menoma il prestigio e l'altezza dell'Autorità giudiziaria, perchè questa, nell'esercizio della sua missione, impersona la suprema potestà dello Stato esplicante per suo mezzo la funzione giudiziaria. E qui cade opportuno rilevare un errore del Carrara, che per altro è stato seguito dalla maggioranza degli scrittori. « La persona del giudice, egli scrive (rappresentanza attributiva ad un uomo di poteri eccezionali sopra i suoi simili, che sarebbero naturalmente e politicamente eguali) si costituisce dalla giurisdizione o competenza. Nella giurisdizione (*facultas iusdicendi*) sta tutta l'essenza del giudice » (2). Non si tratta di poteri eccezionali di un uomo sopra altri uomini. Qui le personalità spariscono: rimane la funzione che le magistrature esercitano, quella funzione che lo Stato svolge per loro mezzo. La *potestas iusdicendi* non risiede nella persona del magistrato come persona, non è un attributo della sua personalità, ma è da lui esercitata quale organo del potere sovrano, che per lui la esplica. La differenza fra il nostro concetto e quello delle teorie dominanti è principalmente questa: esse concepiscono la giurisdizione come una potestà attribuita ad una magistratura o ad un dato ordine di magistrature, e però devono necessariamente presupporre o che sia insita alla magistratura medesima, in virtù della stessa sua costituzione, o che sia una delegazione del potere sovrano. Invece è la stessa potestà dello Stato che si svolge per mezzo di quelle istituzioni giudiziarie, all'uopo positivamente create. La *potestas iusdicendi* non è un potere distaccato dalla vita e dall'essenza dello Stato, nè una delegazione che esso fa a determinate persone per l'esercizio della sua funzione giudiziaria. Lo Stato è una potente forza giuridica operante, che ha tre funzioni fondamentali, che poi si spiegano e si svolgono in mille modi: creare le norme giuridiche regolatrici dei rapporti pubblici e privati, ottenere, anche mediante una esterna *coercitio*, l'osservanza di queste norme e promuovere il benessere sociale, e applicare le norme stesse nella decisione delle controversie e nella reintegrazione dell'ordine giuridico violato. Ora quest'ultima funzione è propriamente quella che si esplica per mezzo degli appositi organi giudiziari.

51. Dimostrato che le diverse magistrature adempiono all'ufficio di organi della funzione giudiziaria dello Stato, non possono avere altro compito che quello loro tassativamente circoscritto, per qualunque ragione di ordine pubblico sia stato circoscritto. E questo principio vale tanto per le giurisdizioni quanto per le competenze, perchè, come abbiamo provato, queste nella loro essenza hanno gli stessi caratteri giuridici di quelle. È vano adunque, quanto alle conseguenze, distinguere le une dalle altre, e tener fermo il principio dell'assolutezza del loro carattere in ordine alle prime e attenuarlo riguardo alle seconde. Devono essere giudicate alla stessa stregua.

Si ricorre, generalmente, al concetto che l'ordine giudiziario, nei limiti di una giurisdizione, abbia virtualmente la facoltà di giudicare tutte le controversie e i fatti appartenenti a quella giurisdizione, e che le limitazioni di quella facoltà si riferiscano all'effettivo esercizio di essa per ragioni contingenti o di necessità o di convenienza o anche di opportunità. E però un magistrato, il quale giudichi un fatto devoluto ad un altro magistrato della medesima giurisdizione, non emetterebbe un giudizio che assolutamente non aveva potere di emettere e, in conseguenza, assolutamente nullo, ma non farebbe che estendere il suo potere al di là della sua sfera assegnatagli nella giurisdizione. Quindi in taluni casi la incompetenza presenta una idea di relatività ed è sanata. E questo concetto prevale specialmente in tema di competenza territoriale. Secondo noi, in qualunque caso e per qualsiasi ragione, sia per ragione di materia che di luogo, la incompetenza è sempre assoluta, non potendo essa avere un trattamento giuridico diverso dal difetto di giurisdizione.

Il Carrara fa una certa confusione, a questo proposito, fra la giurisdizione e la competenza. Egli afferma che la giurisdizione debba trovarsi nel giudice per ragione intrinseca e per ragione estrinseca congiuntamente. La prima costituirebbe la giurisdizione *ratione materiae*: la divisione in competenze e gerarchie sarebbe consigliata da motivi di necessità o di convenienza. Essa corrisponderebbe a quella che comunemente si addimanda competenza per ragione di materia. La giurisdizione estrinseca sarebbe quella, per cui, fra diversi giudici, i quali tutti sarebbero intrinsecamente competenti, si determina quale di loro dovrà, ad esclusione degli altri, conoscere di un dato fatto (3).

Non ci sembra esatta questa distinzione fra competenza intrinseca ed estrinseca, la quale menerebbe alla logica conseguenza che la mancanza della seconda, a differenza del difetto della prima, sarebbe sanata dall'accordo delle parti o dal loro silenzio o da quello dell'Autorità procedente. È sempre una questione di limiti, siano essi di materia che di territorio: l'organo giudiziario non ha funzione al di là dell'obbietto e del luogo assignatigli. Già questa distinzione è arbitraria nel campo del diritto razionale e del diritto positivo. L'uno, per le ragioni dette, la rigetta; l'altro non l'ha fatta, nè può essere dato all'interprete di crearla dove non esiste. Il concetto di un potere totale intrinseco a ciascuno dei magistrati componenti la serie delle Autorità giurisdizionali su tutta la materia dolla giurisdizione, di un limite soltanto nell'esercizio di fatto di questo potere, non è conforme nè ai principî razionali, nè a quelli positivi imperanti nell'argomento.

Capo II. — Caratteri.

52. Obbligo d'ogni Autorità giudiziaria che si riconosca incompetente. — 53. Ragione e corollari. — 54. La competenza è di ordine pubblico. — 55. Pregiudizialità. — 56. Improroga-

(1) Op. cit., n. 178.

(2) *Programma*, parte gen., § 873.

(3) Op. e loc. cit.

bilità. — 57 a 59. Teoria contraria per la competenza *ratione loci*. Confutazione. — 60. Scrittori recenti. — 61 a 63. Stato della giurisprudenza riguardo all'incompetenza *ratione materiae*. — 64. Id. id. id. *ratione loci*.

52. Proposta la questione di competenza, il magistrato deve occuparsi pregiudizialmente di essa, come di ufficio è tenuto a constatare s'egli sia, per il fatto sottoposto al suo esame, competente o meno. Ma, se decide di essere incompetente, non può entrare nella disamina del merito, il quale va riservato al giudice competente. In un solo caso ha facoltà, anzi è obbligato a decidere del merito, essendogli vietata l'elevazione del conflitto o il rinvio del processo *ex novo* al giudice istruttore, in quello dell'ultimo capoverso dell'art. 364 (Cod. proc. pen.). L'unico limite impostogli dal legislatore in questa ipotesi è di non potere aumentare la pena, se l'appello sia stato interposto soltanto dall'imputato. Quando il pretore ha conosciuto di un'imputazione di competenza del tribunale penale, e ne sia questo investito in secondo grado, per il solo gravame dell'imputato non deve sollevare il conflitto, qualora il pretore abbia proceduto in seguito ad ordinanza o sentenza di rinvio, e la dichiarazione d'incompetenza venga fatta per diversa definizione del reato, ovvero ordinare che si proceda secondo le forme prescritte dalla legge, annullando la sentenza, se la dichiarazione d'incompetenza sia, invece, motivata da circostanze nuove svolte nel dibattimento, in prima o in seconda istanza, o se non sia intervenuta ancora ordinanza o sentenza di rinvio; ma, pur non potendo aumentare la pena, deve annullare la sentenza del pretore e giudicare nel merito l'imputazione che riconosca di sua competenza. Qui non trattasi propriamente di una deroga alla norma che, dichiarata la incompetenza, debba il magistrato riservare ogni altro provvedimento di merito in un nuovo giudizio da svolgersi, secondo le forme ordinarie innanzi al giudice competente; non trattasi di una dichiarazione della propria incompetenza, da parte del giudice di appello; ma egli afferma e rivendica la sua competenza di fronte a quella del pretore e giudica come se fosse adito in prima istanza, entro i limiti però della pena applicata, che non può superare, perchè il gravame prodotto a favore dell'imputato non potrebbe riuscire a costui nocivo e servire a peggiorargli la condizione giuridica. Questa disposizione, della quale si avrà anche occasione di discorrere in altro luogo, è da considerarsi come una irrazionale transazione fatta dalla legge fra i motivi di opportunità e di economia dei giudizi e i più corretti principî di diritto. Siffatte specie di transazioni non si dovrebbero mai consentire dal legislatore, perchè turbano il corso logico delle norme giuridiche. Questa disposizione inoltre contraddice al principio, che, quando il magistrato, investito della causa in grado di appello, riconosca la incompetenza del giudice di prima istanza, non possa conoscere del merito della imputazione, ma debba limitarsi a dichiararla e regolarsi in modo che la causa possa essere rinviata all'autorità giudiziaria competente, o elevando il conflitto o rinviando gli atti al giudice d'istruzione.

53. Questa norma discende dai principii che regolano l'istituto, come dai principii razionali di diritto. Invero, colla dichiarazione d'incompetenza, si riconosce come nullo tutto il procedimento svolto innanzi al giudice incompetente, e si afferma il diritto dell'imputato di essere giudicato dal proprio giudice naturale, dal quale, per disposizione statutaria, non può essere distratto (art. 71 dello Statuto). Onde tutto ciò che è seguito innanzi a quel giudice adito, il dibattimento e la sentenza, si deve considerare come non avvenuto. L'imputato acquista il diritto di essere giudicato nuovamente, con un procedimento *ex integro*, come se mai fosse stato sottoposto a giudizio. Quindi può innanzi al proprio giudice competente proporre i suoi mezzi di difesa, senza tener conto se li abbia o meno sperimentati o dedotti nel precedente giudizio; può valersi delle garentie legali, che la legge gli stabilisce relativamente al giudizio svolgentesi davanti al giudice competente, sia per quanto riguarda i termini, che le forme e tutto ciò che tenga alla regolarità e alla legalità del giudizio stesso. Onde è necessario che la legge, dopo la dichiarazione d'incompetenza, rimetta l'imputato nella posizione giuridica di colui che non sia stato mai rimandato innanzi al giudice incompetente, e che soltanto si trovi rinviato davanti il giudice naturale. Le prove svolte nel primo giudizio, i dati raccolti nel dibattimento, non dovrebbero mai servire di base al convincimento giuridico del magistrato competente; ma si dovrebbero ripetere o raccogliere di nuovo, per essere rivestiti della legalità, e per potere costituire il sostrato giuridico di una sentenza o di condanna o di assoluzione. Se quel giudizio deve ritenersi nullo, è assurdo che rivivano gli elementi integrali di esso. Tutto dev'essere rinnovato e rifatto innanzi al giudice competente, senza tenersi conto di tutto quello che fu opera del giudice incompetente. Ora, ammettere, anche in caso eccezionale, che, pur riconosciuta la incompetenza dell'Autorità giudiziaria che ha proferita la prima sentenza e in conseguenza la nullità di questa e del dibattimento, il magistrato di appello, investito dal gravame dell'imputato, debba giudicare il merito della causa sulle prove svolte e sugli elementi raccolti in un giudizio nullo, significa un'aperta contraddizione alla regola sopra enunciata. Inoltre questa eccezione importa il sovvertimento dei più elementari principî giuridici. Da una parte si ritiene la nullità, vale a dire la inesistenza di tutto lo svolgimento del giudizio seguìto innanzi al magistrato incompetente, e dall'altra si fanno giuridicamente valere tutti gli elementi di fatto e di prove in quello raccolti come elementi giuridici del giudizio novello, senza garantie di termini e di forme, che per questo ha sancite il legislatore. In sostanza la dichiarazione d'incompetenza si riduce praticamente ad una pronuncia quasi inutile, perchè in ogni caso si sopprimono all'imputato la garentia procedurale e la forma di un giudizio di prima istanza innanzi al suo giudice naturale.

In ogni modo, tranne l'antinomia della eccezione limitata del citato capoverso, nel sistema procedurale italiano, la dichiarazione d'incompetenza impedisce all'Autorità che la rende ogni esame e provvedimento sul merito della causa deferitale e rimette l'imputato nella posizione giuridica di chi non sia stato mai rinviato al giudizio davanti al magistrato incompetente e si trovi la prima volta, per quella imputazione, rinviato, o sia per essere rinviato innanzi all'Autorità competente. Così, logicamente, provvede la disposizione dell'articolo 419 codice di procedura penale; e tale dev'essere l'insegnamento della dottrina e il precetto di un nuovo codice sul proposto, che dovrebbe essere logico, in tutte le applicazioni concrete, libero da ogni eccezione che contraddica alla solidità e alla logica del principio.

Dalle cose dette risulta che questa norma generale dovrebbe indistintamente valere tanto per il caso, in cui il giudice adito sia di prima istanza e dichiari la incompetenza a conoscere di un reato, quanto per quello in cui il magistrato sia adito in grado di appello e riconosca e affermi la incompetenza del giudice di primo grado. E se, nella nostra legislazione di rito penale, esiste una speciale e ristretta eccezione.

non razionalmente giustificabile, la dottrina e la giurisprudenza, come a suo luogo sarà detto, danno modo all'imputato, col proporre l'eccezione d'incompetenza davanti il tribunale in grado di appello, di evitare l'applicazione della eccezione medesima e di ottenere la integrale rinnovazione del dibattimento di prima istanza, di dedurre *ex novo* le sue difese, di essere rinviato per la risoluzione del conflitto innanzi al tribunale, o provocare una novella istruzione sulle circostanze nuove svolte al dibattimento, secondo le forme prescritte dalla legge. Da ciò scaturisce logicamente la conseguenza, che la incompetenza, essenzialmente, si traduce in mancanza di potestà di giudicare nell'Autorità giudiziaria, e però si risolve come in difetto di giurisdizione. Invero, altra cosa è per l'Autorità giudiziaria possedere virtualmente la potestà di giudicare tutte le controversie riferentisi alle imputazioni delle leggi penali, avere cioè tutta la giurisdizione punitiva su tutte le categorie dei fatti delittuosi, che vi sono sottoposti, e soltanto subire una limitazione nell'esercizio di essa, nella sfera dei fatti concreti; ed altro è avere in principio, contemporanea all'attribuzione, una circoscritta potestà di giudicare alcuni fatti e alcune questioni o persone, perchè, in questo caso, la posizione giuridica del magistrato investito è identica a quella di colui che abbia una propria giurisdizione, separata e distinta dalle altre.

54. In materia penale, queste delimitazioni giurisdizionali sono assolutamente di ordine pubblico, e non ispirate a riguardo d'interessi o vantaggi privati. Sotto questo secondo punto di vista, è stato giuridicamente possibile al legislatore di rito civile il concetto della relatività della competenza territoriale civile, modificabile e prorogabile dal consenso espresso o tacito delle parti contendenti (1). Ma ogni questione di competenza penale è pregiudiziale, d'interesse generale e di ordine pubblico, e deve essere sollevata di ufficio, perchè l'Autorità giudiziaria penale, oltre il confine del suo potere, non può, nè deve giudicare. La prima indagine, che il giudice è tenuto a fare, è quella di esaminare se entri nei limiti dei suoi poteri il giudizio sull'azione innanzi a lui istituita, perchè la sua attività giurisdizionale non può esplicarsi al di là di quelli. E a questa norma di ragione giuridica universale, in materia di giurisdizione e di competenza, sono soggette tutte le magistrature di qualsivoglia natura, o ordinarie o speciali o straordinarie e eccezionali. Così la stessa Alta Corte di giustizia, in cui si costituisce il Senato, nei casi contemplati dallo Statuto, secondo una disposizione organica del suo regolamento, nella quale quella norma è concretata, deve preliminarmente giudicare se essa sia competente pel reato pel quale è stata convocata.

55. Il carattere pregiudiziale della questione adunque, per necessità giuridica, la fa precedere qualsiasi altra questione, che si riferisca al rito e al merito del giudizio che si porti alla cognizione del magistrato.

Se però la questione di competenza, che, ordinariamente, va proposta e si traduce nella forma di eccezione d'incompetenza, deve dal magistrato adito essere, in precedenza di ogni altra questione, vagliata e risolta, e in questo senso è pregiudiziale, non è obbligatoriamente tale rispetto alle parti, le quali possono valersene in qualunque stato e grado del procedimento.

Onde la pregiudizialità non si deve identificare colla proponibilità riguardo alle parti in giudizio. La questione di competenza può quindi sollevarsi dalle parti in prima istanza o in appello e, finanche, in Cassazione.

I limiti dei poteri giurisdizionali in materia penale, essendo determinati per ordine pubblico, sono sempre stabiliti in senso assoluto. Il legislatore, nel fissarli, ha avuto riguardo alla maggiore o minore gravità dei reati, alla natura e all'indole loro, all'efficacia sociale della loro repressione, all'ambiente della società e del momento storico in cui si vive, alla tutela dell'innocenza, alla maggiore facilità e prontezza delle prove, all'influenza del giudizio penale nel luogo del commesso delitto rispetto all'educazione morale del popolo e al ristabilimento dell'ordine giuridico violato.

Le norme della competenza penale s'ispirano tutte a nobili ed alti interessi generali, sia nella determinazione di essa per materia, che per ragione di territorio. E male si avvisano quei legislatori i quali, come il germanico (§ 16 cod. proc. pen.), limitano il diritto alla proponibilità dell'eccezione d'incompetenza ad un certo stadio del processo.

56. La competenza penale è inoltre non suscettibile di modificazione e proroga per consenso espresso o tacito delle parti. Questo canone di diritto discende dalla stessa natura dell'istituto della competenza. Essendo essa improntata a concetti di ordine pubblico, è logico che non possa essere mutata o prorogata a volontà dei singoli contendenti: altrimenti l'interesse privato prevarrebbe su quello pubblico. Sono perfettamente applicabili sul proposito la regola papinianea: *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* (2), e quella di Ulpiano: *privatorum conventio juri publico non derogat* (3). Onde, se le parti siano tradotte innanzi ad un giudice incompetente, e prestino acquiescenza o si accordino espressamente nell'essere giudicate da lui, la loro acquiescenza o il loro espresso consentimento non può supplire al difetto di competenza dell'autorità adita. In questa ipotesi deve il giudice pronunziare di ufficio la propria incompetenza, senza distinguere se questa sia per ragione di materia o per ragione di luogo.

Non mancano autorevoli scrittori, come il Claro (4), il Farinacio (5), il Merlin (6), il Carnot (7), il Pescatore (8), i quali applicano alla competenza territoriale il concetto giuridico della relatività qual'è intesa in tema di procedura civile. Il Saluto (9) confuta, e con ragione, le loro opinioni, affermando che in materia penale tutte le giurisdizioni sono di ordine pubblico, e che la giurisdizione territoriale non è stata istituita soltanto a riguardo dei privati cittadini, ma anche nell'interesse dell'amministrazione della giustizia e dell'ordine pubblico.

57. Matteo Pescatore (10) scrive, seguito da tutti gli altri, che ne accettano l'insegnamento, che « le competenze territoriali si sono determinate per impedire l'arbitrio della scelta e per tutelare l'interesse dell'accusa e della difesa nel procedimento, e che, avvenendo un giudizio penale davanti un magistrato incompetente per ragione di luogo, per ac-

(1) Art. 187, capoverso, proc. civ.
(2) L. 38, Dig. *de pactis*.
(3) L. 45, § 1, Dig. *de regulis iuris*.
(4) *Quaest.* 42, n. 1 e 2: Lugduni 1578.
(5) *Quaest.* 7, n. 3; Romae 1715.
(6) *Quest. de droit*, v. *Incomp.*, Bruxelles 1828-30..
(7) *De l'instr. crim.*, tom. 1, Paris 1829.
(8) *Sposiz. comp. della proc. civ. e crim.*, p. 111, Torino 1864.
(9) *Commenti*, ecc., vol. 1, cap. II.
(10) Op. e loc. cit.

cordo o acquiescenza della difesa e dell'accusa, nulla manchi alla potestà, alla qualità pubblica del giudizio e alla sua validità. Ma, secondo i principî sopra esposti, l'affermazione dell'illustre scrittore non è accettabile. Al magistrato incompetente per territorio manca la vera potestà di giudicare, e questa non può essergli conferita da qualsiasi volontà delle parti, ove non sia data dalla legge, perchè, come si è osservato, la limitazione giurisdizionale nasce coeva all'attribuzione della giurisdizione stessa. E dove manca il potere di giudicare, è vana qualunque influenza della volontà privata dei contendenti. È bene però conoscere tutto il pensiero dell'illustre scrittore. La giurisdizione contenziosa, egli aggiunge, si determina essenzialmente dalla qualità degli affari: la distribuzione dei territori non provvede che ad un semplice interesse procedurale. Non si deve certamente consentire al pubblico accusatore di prescegliere fra le Autorità giudiziarie quella che meglio gli accomodi; la legge deve negare questo arbitrio, e deve fissare minute e precise norme giuridiche per stabilire nei casi concreti a quale autorità egli debba rivolgersi. L'accusato, adunque, che deve conoscere quelle norme legali, ove creda, se ne può valere ed eccepire la incompetenza del magistrato adito. Ma se, per suo comodo o vantaggio e nell'interesse della propria difesa, stimi meglio far trattare la causa innanzi a quel giudice sebbene incompetente per territorio, e non *declini* la competenza, la giustizia non ne resta offesa. L'Autorità adita, che non manca di giurisdizione per l'essenziale qualità dello affare, legalmente pronuncierà la sua sentenza, la quale, se può essere oppugnabile, coi rimedi di legge, nel merito, non potrà essere impugnata sotto il rispetto della competenza. Il principio di diritto, benchè espresso soltanto dalla legge di procedura civile, è un principio universale, applicabile a qualunque giurisdizione contenziosa, essendo impossibile notare in proposito una differenza fra i giudizî civili e penali ». E qui l'egregio scrittore si muove una obbiezione. « È vero, egli soggiunge, che l'uomo non può con rinunzie pregiudicare la difesa della sua persona, quando ne sieno compromessi l'onore e la libertà; ma questa impotenza morale e giuridica vale soltanto ad escludere le rinuncie preventive ».

Altra cosa è, egli prosegue, l'incompetenza *ratione materiae:* essa segna un difetto assoluto così della giurisdizione come della qualità stessa di giudice. Invece, si distinsero i luoghi e si fissarono le relative competenze per impedire l'arbitrio della scelta e per tutelare l'interesse dell'accusa e della difesa nel procedimento. Se adunque v'è accordo sul luogo e sul giudice, nulla manca alla potestà e alla qualità pubblica dei giudizi.

Nella legge civile v'ha una specialità positiva: che, cioè, l'eccezione d'incompetenza debba essere dedotta prima di ogni altra eccezione e difesa. Nel diritto penale, al contrario, questa specialità non esiste, e la proponibilità dell'eccezione dura quanto dura il dibattimento. Ma sempre l'accettazione del giudice incompetente, da parte dei litiganti e degl'imputati, è di ragione comune.

58. Tale è il pensiero dell'illustre scrittore. Anch'egli risente l'influenza del concetto comune della giurisdizione e della competenza e del loro carattere differenziale: onde perviene, circa la mancanza della seconda, a conseguenze diverse da quelle che trae dal difetto di giurisdizione. Colla nostra tesi, ogni dubbio di ragionamento non è possibile, e la questione va decisa anche indipendentemente dall'indole delle ragioni che consigliarono il legislatore a costruire una competenza per territorio, e dalla indagine se siano tutte di diritto e d'interesse pubblico o d'interesse privato delle parti contendenti. Ma su questo punto anche le teorie dominanti ammettono che la distribuzione della competenza territoriale sia stata fatta per ragione di ordine pubblico, nell'interesse generale e per i fini della giustizia penale. Dunque sotto questo aspetto non sarebbe neppure sostenibile la teorica del Pescatore. Non l'interesse dell'accusa o della difesa, come tale, ha mosso il legislatore a dividere la giurisdizione in tante zone territoriali, ma lo scopo, essenzialmente di ordine pubblico, di meglio attuare la giustizia positiva. L'interesse dell'accusa o della difesa, la maggiore comodità delle parti e il più facile raccoglimento delle prove non sono certamente esclusi dalle ragioni legislative; essi sono stati contemplati in quanto interessano l'ordine pubblico e concorrono al raggiungimento dei fini della giustizia penale.

59. Un altro ordine d'idee primeggia nel diritto civile privato. Qui le parti possono transigere sui loro diritti e sulle loro controversie, tranne nei casi speciali tassativamente indicati dalla legge; possono sostituire al vero giudice un giudice contrattuale, compromettendo le loro controversie in uno o più arbitri (art. 8 proc. civ.); possono, in forza della loro volontà, derogare alle regole della competenza territoriale con elezione di domicilio (art. 19 cod. civ. e 95 cod. proc. civ.). Trattasi d'interessi privati, e l'efficacia della volontà delle parti contendenti può anche estendersi alla competenza stabilita per ragione di territorio, sia in virtù di consenso espresso che tacito; e la legge presume questo consenso quando i contendenti non propongono l'eccezione prima di ogni altra istanza o difesa, e vieta che l'eccezione stessa venga pronunciata d'ufficio, tranne l'ipotesi della contumacia (articoli 187 sopra citato e 192 cod. proc. civ.). E sul proposito bene i proceduristi in materia civile affermano che, quando il legistatore ha distribuito i giudizi sul territorio dello Stato, ha inteso di offrire la migliore soddisfazione ai singoli interessi privati, rendendo facile a ciascun cittadino l'accesso alla giustizia (1). Ma qui giova fare una osservazione principale, che non è stata finora ben lumeggiata contro i sostenitori del concetto della *relatività* della competenza *ratione loci*. La legge ha sentito il bisogno di rendere relativa la competenza territoriale in materia civile, e di esprimere il suo pensiero con apposite disposizioni, come rilevasi dagli articoli 187 e 95 sopra citati. Talchè la relatività della competenza civile è una creazione positiva della legge, ed essa manca in ordine alla competenza penale. Siamo lontani dall'idea fondamentale del Pescatore, che la *relatività* della competenza, in generale, per ragione di territorio, sia un principio di diritto comune o un principio razionale, che non avrebbe bisogno di essere espressamente sanzionato. Dato il concetto giuridico che ogni Autorità giudiziaria sia un organo della potestà e della funzione giudiziaria dello Stato, essa non può funzionare al di fuori dei suoi limiti di obbietto e di territorio. L'istituto della *relatività* e della deroga della competenza per consenso delle parti è una creazione di diritto positivo, che modifica il principio razionale, sia pure per rendere più agevole ai cittadini l'adito alla giustizia e dar loro agio di provvedere meglio e con maggiore comodità ai loro interessi privati. Inoltre, nel campo del diritto privato, ha massima influenza la volontà privata, tanto nella creazione dei negozi giuridici che sul modo di di-

(1) V. la sintesi del principio in Mortara, *Princ. di proc. civ.*, tit. 2, cap. 1; Firenze, Barbèra, 1890.

rimere le controversie intorno ad essi, eccetto nelle ipotesi in cui vi si opponga, per ragioni d'interesse generale, espressamente la legge. Quindi il legislatore non ha negata questa influenza anche in tema di competenza territoriale, perchè, avendo ammesso che dalle parti si possa col compromesso elevare alla funzione di giudice, per le questioni compromesse, una persona diversa dai giudici dello Stato, *a fortiori* doveva consentire alla volontà privata uno spostamento di competenza territoriale. Nel diritto penale, in cui primeggia l'interesse pubblico, la volontà delle parti non può prevalere alla volontà della legge, l'interesse pubblico vince e assorbe il privato. La prevalenza dell'interesse privato e della privata volontà è riconosciuta dalla legge in pochi casi eccezionali, espressamente fissati *taxationis causa,* come in materia di desistenza, e anche in riguardo di un interesse generale, per quanto indiretto.

In tema di competenza, le regole sono fisse ed invariabili malgrado ogni contrario consenso delle parti. Qualunque espresso consentimento di accettare un giudice incompetente, qualunque acquiescenza, non possono impedire la dichiarazione d'incompetenza di ufficio in qualsiasi stadio del processo, perchè, secondo il nostro ordine d'idee, uguale deve essere il trattamento giuridico per la competenza *ratione materiae* e per quella *ratione loci.*

60. Fra i più recenti scrittori, è pregio dell'opera ricordare la grande autorità scientifica del Lucchini, il quale, nei suoi *Elementi di procedura penale,* che costituiscono un monumento di sintesi scientifica, trattando del concetto generale della competenza, non distingue, quanto al carattere sostanziale di ordine pubblico, fra la competenza in ragione di materia e quella in ragione di luogo. Invero, della competenza in generale egli insegna: « la competenza è l'attuazione pratica della giurisdizione; e come tale, per l'indole e per gli effetti suoi, ogni questione che vi si riferisca è di generale interesse, o, come dicesi, di ordine pubblico, tale cioè *che deve proporsi anche d'ufficio,* ed è pregiudiziale a ogni altra, nè ammette la sanatoria del silenzio e dell'acquiescenza delle parti » (1).

Il Castori (2) pure ripudia ogni distinzione fra l'una e l'altra forma di competenza, in ordine all'indole e agli effetti di essa.

« Non vi ha dubbio, egli dice, che, allorchè un giudice pronuncia in materia che non è di sua competenza, decide in modo nullo. Nel caso di un giudizio proferito da un giudice incompetente, vi ha violazione della legge, in quanto non si è ottemperato a ciò che il codice dispone in materia di competenza, e conseguentemente esiste un mezzo per dedurre, a seconda dei casi, o in sede di appello, o in sede di cassazione, la nullità del procedimento.

« Vi hanno non pochi scrittori, i quali vogliono distinguere l'incompetenza per materia dalla incompetenza per territorio. Notano che la prima riveste un carattere di gravità assai maggiore della seconda, perchè il giudice, che conosce di un reato per l'indole sua sottratto alla sua competenza, usurpa le funzioni di un giudice diverso, e viola i principi regolatori della competenza, che sono stabiliti da ragioni d'interesse pubblico. Non è così se si tratta d'incompetenza per territorio, perchè ragioni di risparmio di spese, di facilitazione nell'esaurimento delle prove, non sono ragioni che vulnerano l'essenza del giudizio. In altri termini si comprende quanto sia grave che un pretore giudichi una causa che dovrebbe giudicarsi da un tribunale, o che una Corte di assise giudichi un reato sottratto alla sua cognizione, alterando l'ordine delle giurisdizioni e in molti casi modificando l'indole dei mezzi di riparazione che spettano alle parti avverso la pronuncia dalla quale si tengono gravati; ma non si comprende invece che vi sia vera offesa alla giustizia nel fatto che il tribunale di una città giudichi una causa che avrebbe dovuto giudicarsi dal tribunale di un'altra città. Dinanzi ad Autorità dello stesso grado vale lo stesso procedimento, e il risultato deve ritenersi identico. Costoro, argomentando anche da quanto dispone il codice di procedura civile, vogliono che la competenza per ragione di materia sia assoluta, indeclinabile, da proclamarsi sopra istanza delle parti, anche di ufficio, in qualunque stato e grado della causa e perfino sopra istanza della parte a cui l'errore è attribuibile, e vogliono che la competenza per ragione di territorio, sia invece relativa in guisa che non possa l'autorità giudiziaria sollevarla d'ufficio, e che debba opporsi dalle parti *in limine* del procedimento, avanti ogni altra istanza o difesa ».

L'autore, dopo avere così riassunta l'opinione contraria e i principali argomenti che la sostengono, si dichiara fautore dell'opinione che rigetta ogni distinzione, la quale egli ritiene ottima nelle materie civili, pessima nelle materie penali, « in cui la giurisdizione territoriale deve ritenersi istituita nell'interesse dell'amministrazione della giustizia, e dell'ordine pubblico ». In materia civile, osserva le parti possono anche compromettere le loro controversie, possono scegliere fra più giudici, egualmente competenti per materia, quelli che meglio loro convengono; ma ripugna che accordi di siffatto genere possano permettersi in un giudizio penale, che avviene nell'interesse della società e non dei privati cittadini. Che in materia civile la competenza territoriale sia piuttosto nell'interesse privato e priva di quel carattere di assolutezza, che distingue la competenza *ratione materiae,* non vale a far ritenere lo stesso principio nella procedura penale, perchè ivi la legge ha stabilito una distinzione fra l'una e l'altra forma di competenza, e in materia penale non ha distinto affatto: *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Tutte queste argomentazioni, che la teoria qui seguita oppone alla contraria, hanno certamente un grande valore. Ma le idee espresse e tratte dall'intima natura della competenza, secondo il nostro modo di vedere, tolgono perfino la possibilità del dubbio, perchè un organo giudiziario non può esercitare altra funzione che quella creatagli dalla legge in un dato campo di controversie e di territorio.

Intanto è notevole che i più recenti studi intorno alla procedura penale giungono al risultato di negare, quanto all'indole giuridica e alle conseguenze della competenza, ogni distinzione fra quella per ragione di materia e quella per ragione di luogo. Rimane ancora restia la giurisprudenza; ma speriamo che, col progredire delle idee e del tempo, quando la dottrina qui propugnata sarà dominante, anch'essa si deciderà ad accoglierla.

61. La giurisprudenza ha ritenuto più volte che la competenza per ragione di materia si possa e si debba proporre in qualunque stadio del giudizio. Infatti, in una sentenza del 13 febbraio 1895 (3), sul ricorso del capitano francese *Romani*, la Corte di cassazione decise che ben si poteva per

(1) Op. cit., n. 178.
(2) *Trattato della proc. pen.*, vol. I, n. 197.
(3) *Riv. Pen.*, vol. XLI, p. 374.

la prima volta, in sede di cassazione, elevare l'eccezione di incompetenza. E in posteriori sentenze ha confermata questa giurisprudenza, tanto che si può oggi affermare essere ormai pacifica. Così, in un altro giudicato del 10 dicembre 1895, ricorrente *Chifarri*, la Cassazione proclamò il medesimo principio (1).

Nella prima sentenza sopracitata, la Corte ragionava nel modo che segue: « Attesochè non osta che tale eccezione non sia stata proposta nè in prima sede, nè in appello, imperocchè, essendo essa d'interesse generale e di ordine pubblico, può essere elevata in qualunque stadio del giudizio e anche d'ufficio, nè da acquiescenza di parte può mai essere sanata la illegalità giurisdizionale ».

Nella specie trattavasi che il Tribunale penale di San Remo e la Corte d'appello di Genova avevano giudicato di un reato, che per l'indole sua entrava nella competenza della Corte di assise (art. 110 codice penale). Contro questa sentenza si è mossa qualche censura, per avere la Corte detto che l'eccezione d'incompetenza *può* elevarsi per la prima volta in sede di cassazione, laddove avrebbe dovuto dire che si *deve* elevare (2). Ma la censura non regge, perchè la Cassazione non ha voluto intendere che sia meramente facoltativo per il magistrato, dedotta o notata di ufficio la incompetenza, dichiararla o meno. La Corte ha inteso affermare il principio che l'acquiescenza delle parti o la mancanza di deduzione dell'incompetenza, in primo e secondo grado del giudizio di merito, non importi un ostacolo giuridico alla dichiarazione dell'incompetenza nel giudizio di cassazione. Ma che per il magistrato, che conosca e si persuada essere incompetente, sia obbligatorio dichiarare la propria incompetenza, non v'è dubbio di sorta. Non si deve adunque, a scopo di censura, fraintendere il limpido pensiero ed esattissimo espresso in questa sentenza dal Collegio Supremo.

Ma questa opinione però non fu costante nella Cassazione: diversi altri giudicati ne mostrano alquanto oscillante sul proposito la sua giurisprudenza. Pochi giorni innanzi, e propriamente nella sentenza 24 gennaio 1895, ricorrente *Gianni*, aveva adottata una decisione diametralmente opposta, ritenendo non potersi elevare per la prima volta in cassazione la eccezione d'incompetenza ove il reato ecceda, per ragione di pena, la competenza del giudice adito (3). Anche nella specie decisa in questa sentenza si trattava di un reato di competenza della Corte di assise, a norma degli art. 331 e 332 c. p. La S. Corte fa questo ragionamento:

« Il codice di rito penale nell'art. 364, che riguarda il giudizio di appello dalle sentenze dei pretori, e nell'art. 419 dello stesso codice relativo all'appello dalle sentenze dei tribunali penali, sancisce la regola dominatrice della materia, quella cioè che, in mancanza dell'appello del pubblico ministero, e sull'appello del solo imputato, non si possa aumentare la pena. Tale massima fondasi sul principio che, allorquando il pubblico ministero si è acquietato alla decisione dei primi giudici, la sentenza acquista la presunzione di verità di fronte alla legge, e così ne deriva pure che, se l'imputato nei suoi motivi di appello non abbia sollevata questione sull'applicabilità di un articolo di legge portante pena più grave piuttosto che di quello stato applicato nel primo giudizio, agli effetti della competenza diversa, egli non possa più utilmente davanti alla Corte regolatrice dedurre quest'eccezione, basata soltanto sulla misura della pena comminata dalla legge, mentre poi, nei suoi rapporti, cotesta maggior pena non può spiegare influenza di sorta per virtù dei sucitati articoli 364, 419 p. p.

« Epperò osta all'ammissibilità dell'eccezione il principio, che sotto il punto di vista della pena applicabile la pronunzia dei primi giudici è passata in giudicato nel senso del non possibile momento; vi osta altresì l'art. 420 p. p., che non consente si possano dedurre nuove eccezioni davanti al Supremo Collegio; vi osta infine il principio dell'economia e serietà dei giudizi, che non permette sia all'ultima ora invocato un giudizio nel quale la legge non potrebbe spiegare la sua sanzione, e che si ridurrebbe ad una vera discussione sul titolo del reato. Del resto questa Corte Suprema ha già affermato in altre occasioni la massima dell'inammissibilità di cotesta tardiva eccezione d'incompetenza, e basterà tra le altre citare la sentenza 21 marzo 1893 » (4).

62. Questa decisione non è stata esente da gravi osservazioni, che le sono state mosse nei periodici di giurisprudenza. In verità non è sorretta da nessun principio giuridico. La S. Corte confonde la ipotesi dell'ultimo capoverso dell'art. 364, quando cioè il pretore abbia giudicato un reato di competenza del tribunale penale, colla ipotesi che si sia dal tribunale conosciuto un reato di competenza della Corte di assise. La ragione, per la quale il legislatore, nel capoverso ultimo dell'art. 364, non consente il rinvio al giudice competente e non crede necessaria l'elevazione del conflitto, è la seguente: che sarebbe inutile il rinvio del giudizio innanzi allo stesso tribunale che già conosce della causa sebbene in grado di appello, e però le garentie giurisdizionali, in sostanza, non verrebbero meno. Invece, nell'ipotesi dell'art. 419, quando cioè il delitto entri nella competenza della Corte di assise, il giudizio deve essere fatto innanzi a questa, la quale soltanto ha il potere di dichiarare o no la colpabilità dell'accusato e condannarlo, o assolverlo. In questo caso nessuno dei due giudici di merito, tribunale e Sezione penale della Corte d'appello, poteva conoscere del reato. Infatti, questa differenza è stata anche lucidamente rilevata e proclamata dalla stessa Corte di cassazione in altre occasioni, e specialmente nella sentenza 17 gennaio 1892, conflitto in c. *Sacconi*. « Ambo gli articoli, requireva il pubblico ministero (Fiocca) innanzi al Collegio Supremo, prevedono l'ipotesi dell'appello interposto dal solo imputato contro una sentenza pronunziata da un giudice incompetente *ratione materiae;* ma, mentre l'art. 364 con l'ultimo alinea vieta espressamente di sollevare il conflitto e di aumentare la pena, l'art. 419 per contrario vieta soltanto di aumentare la pena. La ragione di cosiffatta differenza è che i reati, a cui si riferisce l'art. 419, sono di competenza della Corte di assise, e la loro gravezza ed importanza non consentono alcuna deroga alle regole di competenza; ma invece i reati, a cui si riferisce l'art. 364, sono di competenza del tribunale; e non avendo la gravezza e l'importanza dei primi, permettono una qualche deroga alle regole suddette per un benigno riguardo all'imputato, quando questo sia solo ad appellare. In questo caso il tribunale non può fare altro che dichiarare la incompetenza del pretore, annullarne la sentenza

(1) *Riv. Pen.*, vol. XLIII, p. 305.

(2) V. sul proposito la Nota a questa sentenza nel *Foro penale*, anno III, p. 310.

(3) *Riv. Pen.*, vol. XLI, p. 437.

(4) Ric. *Ranieri* (*Cassaz. Unica*, vol. V, col. 636; *Giurisprudenza Penale*, vol. XIII, p. 274); che si fonda sugli stessi argomenti.

e giudicare nel merito la causa ch'è di sua competenza, senza pertanto aumentare la pena » (1). E la Cassazione adottava integralmente le requisitorie del Pubblico Ministero. Naturalmente, non possiamo accogliere il ragionamento in diritto adottato in questa sentenza della Corte Suprema, in ordine alla deroga giustificabile per la competenza dei tribunali e non possibile a giustificarsi per quella della Corte d'assise. Tutte le competenze sono fisse e inderogabili, e se l'ultimo capoverso dell'art. 364 illogicamente nega la ripetizione del giudizio innanzi al giudice competente, la ragione non consiste in quella accettata dalla Corte, ma in un concetto di malintesa inutilità della ripetizione della causa davanti lo stesso tribunale che dichiara l'incompetenza, e in un malinteso concetto di economia di giudizi. Per l'art. 419, queste ragioni non potevano militare, perchè il giudice competente sarebbe uno assolutamente diverso dai due che hanno presa cognizione della causa. In ogni modo rimane evidente l'errore della Cassazione nella decisione ricordata 24 gennaio 1895, affermante per le due ipotesi un medesimo criterio giuridico. Nè vale l'argomento tratto dall'art. 420, che cioè davanti la Cassazione non possono proporsi che le nullità non eccepite in Corte di appello e da questa non riparate, perchè, a prescindere che la incompetenza si debba sempre elevare di ufficio dal giudice di merito e non si possa considerare propriamente un'*eccezione* nuova sotto questo aspetto, ma come proposta dalla stessa legge (art. 364, 365, 394, 395 e 419 c. p. p.), la rinunzia espressa o tacita delle parti non può produrre alcun effetto riguardo alla competenza, come in materia di prescrizione (art. 89 c. p.), essendo assolutamente l'una e l'altra di ordine pubblico. E questa non è che una conseguenza del principio sopra esplicato circa la nessuna influenza della privata volontà nella determinazione e nella deroga della competenza.

Ma, per fini della presente tesi, bisogna avvertire, sull'art. 364, che potrebbe la competenza del reato deciso dal pretore appartenere alla Corte d'assise, come in certi reati di stampa, di elettorato politico o amministrativo, e in tal caso l'ultimo capoverso di quell'articolo non sarebbe più applicabile, e ricorrerebbero le ragioni che sorreggono l'articolo 419. Il rinvio al giudice competente, diverso dal tribunale e dal pretore, sarebbe una necessità giuridica. E in fine potrebbe avvenire che lo stesso imputato in grado di appello reclamasse dal tribunale la dichiarazione d'incompetenza del pretore e il rinvio della causa *ex novo* innanzi allo stesso tribunale. La dottrina e la giurisprudenza sono state concordi nell'ammettere che il tribunale, accogliendo l'eccezione, debba dichiarare la incompetenza e o elevare il conflitto nel caso della prima parte dell'art. 364, o annullare la sentenza appellata e ordinare che si proceda secondo le forme prescritte dalla legge, nella ipotesi del 1° capoverso dello stesso articolo.

Un'altra disposizione irrazionale è quella del capoverso dell'art. 365 p. p., col quale è stabilito che, se il tribunale dichiari la competenza di un pretore, che si era affermato incompetente, debba pronunziare anche in merito, togliendosi così all'imputato il primo grado di giurisdizione.

Con altre posteriori sentenze, la Corte di cassazione nel 9 aprile 1895, ric. *Rigat* (2), e 14 giugno 1895, ric. *Chelli* (3), riaffermava il concetto sull'art. 364, che, ove il tribunale penale giudicante in grado di appello riconosca l'incompetenza del pretore, debba dichiararla, senza giudicare in merito, quando la incompetenza stessa venga dedotta dall'imputato coi motivi del gravame. E, nella sentenza 7 febbraio 1895, ric. *Matteucci* (4), aveva proclamato il principio, ribadito poi nella decisione, sopra rammentata, del 13 dello stesso mese, anche in tema di un reato di competenza del tribunale penale, giudicando che l'eccezione d'incompetenza possa elevarsi di ufficio per la prima volta dalla Cassazione, nella ipotesi d'incompetenza pretoria, non sollevata nel giudizio di merito. E la Corte, annullando la sentenza impugnata, rinviava la causa al tribunale di Ancona, perchè decidesse come magistrato di prima istanza.

I medesimi concetti sono stati dichiarati dalla Corte nell'altro giudicato del 10 dicembre 1895, ric. *Chifari* (5), anche nel caso di rinvio previsto dall'art. 252 p. p., quando il reato rinviato al pretore non possa essergli rinviato.

« Attesochè fondato si presenta il secondo dei mezzi aggiunti relativo alla incompetenza assoluta del pretore, ragiona la Corte, a pronunziare in prima istanza nella causa di oltraggio ai termini dell'art. 194, n. 2, cod. pen. La dizione dell'art. 252 cod. proc. pen. è tanto perspicua che non se ne può dubitare. Il rinvio della causa per delitto allora soltanto può aver luogo quando si tratti di alcuno dei reati pei quali la legge stabilisce una pena restrittiva della libertà personale non superiore nel massimo a lire 3,000, sola o congiunta a detta pena. Vi ha facoltà di rinvio anche quando, per lo stato di mente o per altre circostanze che diminuiscono la pena, o per la tenuità del reato, si possa dar luogo, rispetto a tutti gli imputati, all'applicazione di una pena che non superi la competenza del pretore. Nella specie ricorreva la prima ipotesi; il delitto di cui il ricorrente era imputato era quello del n. 2 dell'art. 194 cod. pen., punito con la reclusione da un mese a due anni e con la multa da lire 300 a lire 5,000.

« Evidentemente quindi il pretore era incompetente, e, a mente dell'art. 345, prima parte, proc. pen., avrebbe dovuto dichiarare che il fatto costituiva un reato eccedente la sua competenza e trasmettere gli atti al procuratore del re. E non era necessario che la incompetenza fosse dedotta nè in prima nè in seconda istanza; doveva elevarsi d'ufficio, poichè trattasi d'incompetenza *assoluta*, *ratione materiae*, deducibile la prima volta in Cassazione, come il Supremo Collegio decise in parecchi recenti responsi ».

Nella giurisprudenza, adunque, nello stato attuale, pare sicuro il principio che la eccezione d'incompetenza, almeno quella per ragione di materia, sia non solo deducibile in ogni stadio del processo, finanche in Cassazione, ma sollevabile di ufficio, malgrado qualunque silenzio o acquiescenza delle parti.

63. In nota ad alcune delle ricordate sentenze (9 aprile, 14 giugno e 10 dicembre 1895), la *Giustizia penale* (v. in nota), sostiene la tesi che, quando trattisi di reato di competenza del tribunale, giudicato dal pretore, l'eccezione d'incompetenza sia improponibile, se non sia stata dedotta in appello, anzi in primo grado; ovvero che possa solo proporsi in Cassazione la violazione dell'art. 419 proc. pen., commessa dalla Corte d'appello.

Non possiamo consentire in questa tesi, per quanto ar-

(1) *Foro pen.*, vol. II, p. 286.
(2) *Giust. pen.*, vol. I, 1405.
(3) *Giust. pen.*, vol. I, 1412.
(4) *Giust. pen.*, vol. I, 199.
(5) *Giust. pen.*, vol. II, 40.

gutamente sostenuta. La logica del nostro principio vieta qualunque deviazione: la incompetenza, risolventesi in difetto di capacità a giudicare e di giurisdizione, è in ogni caso assoluta e proponibile o sollevabile di ufficio in qualunque stadio processuale.

Ma anche il divieto del rinvio, sanzionato dall'ultimo capoverso dell'art. 364, non si estende alla proponibilità dell'eccezione innanzi la Corte Suprema: esso è limitato al rinvio, esclusivamente procedurale o formale, della causa innanzi allo stesso tribunale che è investito in grado di appello, cioè è limitato alla rinnovazione del pubblico dibattimento. Il tribunale deve riconoscere la incompetenza pretoria e giudicare nel merito, come se fosse magistrato di prima istanza. L'eccezione d'incompetenza, come tale, rimane integra nel suo carattere giuridico, in tutta la sua assolutezza; produce soltanto, se non proposta, un effetto minore di quello ordinario, cioè non genera la conseguenza del conflitto e del conseguente rinvio innanzi allo stesso tribunale. Il tribunale non deve ammettere una specie di decadenza dalla eccezione d'incompetenza, alla quale menerebbe la teoria in esame, ma deve dichiarare d'ufficio la incompetenza pretoria, senza elevare il conflitto o ordinare che si proceda *ex novo*, secondo che trattisi della prima parte o del primo capoverso dell'art. 364, e deve, pur annullando la sentenza del pretore come emessa da giudice incompetente, pronunziare in merito dell'imputazione. Ora, se non è stata dedotta l'incompetenza, e il tribunale non l'abbia riconosciuta, bene può dedursi e pronunziarsi di ufficio in Cassazione.

Possono dunque aversi le seguenti ipotesi: *a)* incompetenza del pretore in ragione dell'indole del reato, la quale lo devolve alla cognizione della Corte di assise; *b)* incompetenza del tribunale; *c)* incompetenza del pretore, che abbia giudicato di un delitto, scambiandolo per una contravvenzione, e che si sia contro la sua sentenza ricorso in Cassazione; *d)* incompetenza del pretore per un reato di competenza del tribunale. Nelle prime due ipotesi è generale opinione, nella dottrina e nella giurisprudenza, che la incompetenza possa dedursi o debba elevarsi di ufficio in Cassazione. Il tribunale in grado d'appello dal pretore, se il reato giudicato in prima istanza apparisca di competenza della Corte di assise, deve provvedere in conformità della prima parte e del primo capoverso dell'art. 364, così come la Corte in grado di appello dal tribunale deve regolarsi in conformità dell'art. 419 proc. pen. Se non si avveggano della incompetenza, la si può dedurre o la si deve pronunziare di ufficio in Cassazione. Nella terza ipotesi non è dubbio, come pur giudicò la Corte di cassazione nella citata sentenza 7 febbraio 1895, che la si possa proporre o la si debba elevare di ufficio in Cassazione. E nella quarta ipotesi, bisogna distinguere se sia dedotta dall'imputato in prima od in seconda istanza, o se non sia stata dedotta affatto. Se sia stata dedotta, il tribunale deve regolarsi in conformità della prima parte o del primo capoverso dell'articolo 364; e se non sia stata dedotta, la si potrà del pari proporre, o la si dovrà elevare di ufficio in Cassazione.

In ogni caso, adunque, la eccezione d'incompetenza *ratione materiae* è sollevabile in ogni stadio del processo.

64. Quanto alla incompetenza *ratione loci*, pare che prevalga, nella dottrina e nella giurisprudenza, un concetto completamente opposto. In una sentenza del dì 8 aprile 1892, ricorrente *Rossoni*, la Cassazione affermava: « La competenza territoriale, a differenza di quella *ratione materiae*, non è d'ordine assoluto; epperò quando il magistrato incompetente per ragione di territorio ha la giurisdizione estrinseca per conoscere del reato deferito al suo giudizio, la sua sentenza è inappuntabile, se la competenza *ratione loci* non fu eccepita al dibattimento. Che se in prima istanza il giudizio sia stato contumaciale e l'appello fu prodotto fuori termine, per modo da non poter essere discusso, il giudice di appello, che dovrebbe rilevare di ufficio la eccezione di incompetenza *ratione materiae*, non è del pari tenuto a rilevare quella *ratione loci* (1) ». Altre decisioni esistono in questo senso, come quelle del 6 giugno 1892, ric. *Imbarrato* (2), del 14 aprile 1891, ric. *D'Ascoli* (3), e 24 giugno 1890, ric. *Merella* (4).

Questo errore, che non accenna a sparire nel campo scientifico e pratico, è cagionato dalla inesatta concezione giuridica della giurisdizione e della competenza, e dall'applicazione erronea dei criteri della competenza civile a quella penale. Intorno a questo errore abbiamo innanzi discorso. Aggiungiamo che, ammettendo non potersi dedurre la incompetenza per ragione di luogo in qualunque stadio del processo, *ex ufficio*, si giunge ad affermare che la privata volontà delle parti possa derogare alle regole di competenza fissate dalla legge; laddove, come pur si è dimostrato, la divisione territoriale della giurisdizione è sempre di ordine pubblico e non può influire a modificarla il consenso delle parti per il loro interesse privato. Se la volontà umana nel diritto privato ha una influenza estesissima, specialmente nella sfera dei diritti patrimoniali, nel campo del diritto pubblico essa deve cedere all'interesse collettivo della generalità dei cittadini o al supremo interesse dello Stato. Nel diritto privato, come si è notato, essa crea i rapporti giuridici, li modifica o li risolve, abbandona i propri diritti, transige le proprie controversie o le sottopone ad un arbitro, rinuncia alle forme e alle garentie che la legge concede a tutela dei suoi interessi privati. Ma nel diritto pubblico ogni sua rinuncia è inammissibile, la sua forza si arresta dinanzi alle norme legislative di ordine generale, e non ha potere di derogarvi. La competenza territoriale non è fissata per l'interesse dell'imputato o dell'accusa, ma per meglio attuare l'alto scopo della giustizia punitiva.

Una sapiente legislazione dovrebbe sradicare questo errore, che continua ad essere comune, concependo ogni magistratura, singola e collegiale, come un organo del potere dello Stato, destinato a funzionare nè al di là del suo obbietto, nè al di là del suo territorio. All'uopo bene è invocabile, nel diritto procedurale moderno, il reponso di Paolo, tratto dal libro 1° *ad edictum: extra territorium iusdicenti impune non paretur. Idem est etsi supra iurisdictionem suam velit ius dicere* (5). Ci sembra quindi antiscientifico un indirizzo legislativo moderno, che tendesse a seguire sul proposito le norme del codice di procedura penale per l'impero germanico, il quale al § 18 stabilisce: « Dopo l'apertura formale del processo, il tribunale può pronunziare la propria incompetenza soltanto sopra richiesta dell'accusato ». E al § 16: « L'imputato può far valore

(1) *Foro It.*, vol. XVII, 2, 342.
(2) *Cass. Unica*, IV, 946.
(3) *Foro It.*, XVI, 2, 297.
(4) *Corte Sup.*, XV, 659.
(5) L. 20, Dig. *de iurisd.*

l'eccezione d'incompetenza sino alla chiusura dell'istruttoria, ed in caso che questa non abbia avuto luogo, può farla valere anche successivamente sino alla lettura del conchiuso che dichiara aperto il dibattimento ». V'è da temere che, in una futura compilazione di un nuovo codice di procedura penale italiano, si imiti il legislatore tedesco, per quella generale propensione, che si osserva oggidì in Italia, a tenere in pregio tutto ciò che venga dalla Germania. Ma non si dovrebbe perdere di mira la geniale tradizione italiana, almeno per quanto riguarda la disciplina del diritto.

Capo III. — **Differenza fra incompetenza ed eccesso di potere.**

65. Dottrina. — 66 e 67. Teorica dell'autore. — 68. Giurisprudenza.

65. L'incompetenza si è anche distinta dall'*eccesso di potere,* quantunque la differenza sia sottile, da confondersi, talvolta, l'una con l'altro, perchè si potrebbe anche giustamente dire che il magistrato che giudica su questioni sottratte alla sua competenza, eccede i limiti del suo potere. Ma, nel senso tecnico-giuridico, la distinzione esiste.

Fra i nostri proceduristi, il Saluto osserva che dalla stessa discussione della legge francese del 25 marzo 1838 sulla giustizia di pace, venne rilevato nettamente il carattere differenziale dei due concetti giuridici: la incompetenza sussisterebbe quando un giudice conosca di una causa che, o per ragione di materia o di territorio, sarebbe devoluta alla cognizione di un altro giudice, appartenga questo o meno allo stesso ordine; e l'eccesso di potere, invece, avrebbe luogo quando il magistrato adito, giudicando di una causa di sua competenza, disponga al di là delle sue attribuzioni (1). Ma questa distinzione ci sembra indeterminata. Per le idee fondamentali su cui è costruito l'istituto, per noi la incompetenza si risolve necessariamente in difetto di giurisdizione, i cui limiti sono organicamente ed assolutamente segnati.

Vi furono anche scrittori in Francia, i quali riferirono l'eccesso di potere alle giurisdizioni straordinarie. Così i giudizi innanzi ai tribunali di commercio in affari civili, essendo a quell'epoca la giurisdizione commerciale di eccezione rispetto alla civile, o innanzi alle Corti speciali positive in reati eccedenti la sfera della giurisdizione eccezionale, sarebbero stati viziati, oltre che d'incompetenza, di eccesso di potere. Questo concetto però è troppo ristretto, e avrebbe una importanza minima in casi specialissimi ed eccezionali. Per altro non lo riteniamo del tutto censurabile, come fanno i maggiori proceduristi moderni, ma crediamo che sia vero ed esatto relativamente alle giurisdizioni speciali straordinarie. Aggiungiamo solo ch'esso significa un'applicazione della teoria generale sull'eccesso di potere alle magistrature eccezionali.

La teoria più chiara in proposito e più scientifica, fra quelle finora escogitate, è quella elaborata da Nicola Nicolini. Egli, ricorrendo ai supremi principî, afferma in primo luogo un teorema giuridico esattissimo, che la vera e propria giurisdizione appartiene all'Autorità giudiziaria, e che questa può trascendere la cerchia della sua potestà, in tre modi: o sconfinando dai poteri di tutto il suo ordine; o dal suo grado, senza uscire dall'ordine; o, nel medesimo suo grado, violando le leggi e uscendo dalle forme che sono prescritte dalle leggi (2). Nel primo caso v'ha *eccesso di potere,* nel secondo v'ha incompetenza, nel terzo gli atti sono colpiti da nullità. Onde, quando il magistrato giudica oltre i confini che circoscrivono tutta la giurisdizione ordinaria, cioè quella di tutto il potere giudiziario, commette un eccesso di potere, come quando l'Autorità giudiziaria penale ordinaria giudicasse un senatore, contro la disposizione fondamentale dello Statuto, o un militare per un reato soggetto alla giurisdizione militare.

Il giudice, invece, che non trascende i limiti generali del potere giudiziario, al quale appartiene, ma che invade soltanto il campo giurisdizionale riservato dalla legge, o per materia o per territorio, ad un altro magistrato, non cade in un eccesso di potere, ma nel vizio d'incompetenza. Un giudice, in tribunale, prosegue il Nicolini, non costituisce da sè solo il potere giudiziario; ciascun magistrato non ne ha che quella sola parte, la quale è a lui confidata dalla legge. S'egli, pur non esorbitando dai limiti generali del potere giudiziario, estende la sua parte di giurisdizione assegnatagli e usurpa quella spettante ad un altro magistrato, si trova nella ipotesi della incompetenza. L'invasione delle attribuzioni di un ordine e di un potere diverso da quello, al quale il magistrato invadente appartiene, è propriamente l'eccesso di potere, come l'invasione o l'usurpazione delle facoltà giurisdizionali di un'altra Autorità dell'ordine giudiziario dà luogo all'incompetenza.

La prima si risolve in una violazione della *iurisditio* la seconda nella violazione della *ditio.*

Il Nicolini parte da un ordine d'idee generali. « *Imperium et ditio,* egli scrive, è il dominio sovrano; esso è, propriamente parlando, il vero, il solo potere, tripartito poi in legislativo, amministrativo, giudiziario: *iurisditio* è dell'ordine giudiziario. Quando adunque un funzionario giudiziario trascende la linea che circoscrive il potere di tutto il suo ordine e invade il campo del potere legislativo o amministrativo, non *ius dicit, sed partem usurpat ditionis et imperii,* e commette eccesso di potere ».

Contro questa teoria non si sono proposte obiezioni serie: essa è la più determinata, precisa e razionale di tutte le altre. Può essere generalizzata e applicata ad ogni giurisdizione ordinaria, o straordinaria, o speciale, o eccezionale.

La differenza fra l'incompetenza e l'eccesso di potere ha un valore scientifico e di diritto positivo. Scientificamente, importa determinare la natura vera di ogni usurpazione di poteri, perchè ogni Autorità operante nella vita giuridica della società ha dalla legge prefinita la sfera, entro cui deve muoversi ed operare. E il movimento e l'opera di ciascuna Autorità nei confini dei propri poteri è condizione indispensabile non solo dell'integrità e del retto funzionamento dell'ordine giuridico in generale, ma della loro giuridica coesistenza, come sono indispensabili alla tutela dei diritti e della libertà dei cittadini. L'usurpazione di attribuzioni e poteri di un'altra Autorità si concreta in un turbamento dell'ordine giuridico, in un arbitrio e in una violenza. E però la disciplina dei limiti delle diverse potestà operanti nell'organismo dello Stato, e la definizione scientifica delle questioni che tengano a porre in luce il vero carattere e la differenza specifica dei diversi sconfinamenti dai poteri a ciascuna Autorità assegnati dalle leggi, sono essenziali nello studio degli ordinamenti giuridici.

(1) *Commenti,* vol. I, cap. II.

(2) *Proc. pen.,* parte 3ª, § 112 e seg.

Dal punto di vista del nostro diritto procedurale positivo, la differenza esiste nella legge, perchè nelle disposizioni degli articoli 460, n. 5, e 639 del nostro cod. proc. pen. essa è testualmente richiamata.

Recentemente, l'illustre professore Lucchini (1)ha definito l'eccesso di potere «l'esercizio di potestà non consentite dalla legge».

Il Castori, nel suo Trattato (2) anche recente di procedura penale, ritiene, con la maggioranza degli scrittori, che il concetto dell'eccesso di potere consista nella usurpazione, da parte del magistrato, delle funzioni legislative, creando una legge o vietando l'esecuzione di un giudicato. Il che è difficilissimo o quasi impossibile ad avverarsi: si tratterebbe di un fenomeno assai strano, che non potrebbe dare argomento ad una teoria scientifica.

66. A noi pare che la teoria possa essere costrutta su basi più solide, pur facendo tesoro delle dottrine finora escogitate e massime di quella chiarissima del Nicolini.

Movendo dal concetto fondamentale e, per noi, di primissima importanza in queste questioni di limiti di poteri, che cioè ogni magistrato è investito di una potestà limitata organicamente non nel suo esercizio di fatto, ma nella sua stessa essenza giuridica, discende logicamente necessaria la conseguenza, che fuori della sua limitata giurisdizione egli è incompetente a muoversi ed operare. La sua attività giuridica in tanto può esistere ed esplicarsi nell'ordine giuridico, in quanto si contiene nei confini delineati dalle leggi: al di là di essi cessa di essere tale e degenera in usurpazione, in arbitrio e violenza. Onde l'azione del magistrato è legittima in quanto si svolge nei limiti della sua competenza; e questa si estende quanto si estende la potestà che la legge ha conferita al magistrato. Dove finisce la potestà di giudicare, finisce. necessariamente, la competenza. Dunque il magistrato è incompetente in tutti quei casi in cui gli manca il potere di giudicare. È un presupposto erroneo comune, che tutti i componenti del potere giudiziario si debbano considerare come, in generale ed astrattamente, investiti della giurisdizione ordinaria, il cui esercizio fra loro si distribuisce e si fraziona. Con questo presupposto, è spiegabile la tesi giuridica che l'invasione di un'altra giurisdizione, diversa da quella divisa fra i varî magistrati dell'ordine giudiziario, costituisca il vero e proprio eccesso di potere, e che l'usurpazione dei poteri di un'altra Autorità appartenente allo stesso ordine si risolva in incompetenza. Si deve riguardare l'ordine giudiziario in relazione alla sua giurisdizione da un duplice punto di vista: da un punto di vista collettivo, e da un punto di vista individuale. Considerato collettivamente, gli appartiene tutta la *iurisdictio* intesa nel linguaggio comune; individualmente, ciascuna Autorità ha una frazione di quella, e nulla delle altre frazioni. Inoltre la *iurisdictio*, intesa nel suo vero senso, deve essere riguardata in due momenti diversi: nella sua potenzialità astratta, quale facoltà di giudicare, in disparte dalle Autorità che ne devono essere investite; e nel momento in cui s'impersona in esse. Nel primo momento, è una forza giuridica collettiva, astratta, meramente ideale: è la potestà *iusdicendi*, una forza e una manifestazione dell'attività dello Stato; nel secondo poi, impersonandosi nei varî magistrati, organi pei quali si esplica e funziona, passa dal mondo esclusivamente ideologico in quello dell'attività giuridica operante, e si fraziona in diverse forze moventisi ed operanti nell'armonia del sistema giuridico. Quella facoltà astratta. quella forza ideologica, impersonandosi in varie Autorità dell'ordine giudiziario, si moltiplica e si concreta in tante attività giuridiche operanti, in tante potestà giudicanti. E ciascuna di esse ha la propria sfera legale e il proprio compito, fuori dei quali non è più un organo dello Stato esplicante la sua potestà giudicante, non ha, come tale, nè funzione, nè vita giuridica, e quindi, sostanzialmente, ogni incompetenza equivale a mancanza di giurisdizione.

L'eccesso di potere significa un altro concetto: importa, prima di tutto, che vi sia un potere, e che si ecceda nell'esercizio di esso.

L'assenza assoluta della potestà, sia che si riferisca alla giurisdizione totale dell'organismo giudiziario, che a quella impersonata in ciascuna Autorità giudicante, secondo noi, non si dovrebbe scientificamente considerare come un eccesso di potere. Si potrà, per una sottigliezza di concetti giuridici, nella prima ipotesi dire che v'ha difetto di giurisdizione, nell'altra di competenza; ma, nella sostanza loro, le due ipotesi presentano un identico carattere giuridico.

L'eccesso di potere, secondo la teoria che proponiamo, può aver luogo quando il magistrato esplichi il suo potere abusivamente, nei casi in cui un ostacolo giuridico vi si opponga. Nel campo della legislazione penale v'ha tanti ostacoli, che impediscono l'esercizio effettivo della giurisdizione in fatti e verso persone, che, senza di quelli, o quelli rimossi, vi sarebbero soggetti. Questi ostacoli possono inoltre consistere in omissioni o inadempimenti di alcune formalità sostanziali all'esercizio della giurisdizione medesima. Ora l'uso di questa, malgrado gli ostacoli tassativi, che la impediscono o la mantengono inerte, costituisce un eccesso che equivale ad un abuso del proprio potere. Così tradurre in giudizio e giudicare abusivamente un membro della Camera elettiva per un reato, da lui perpetrato, e in cui non sia stato colto in flagranza, senza previa autorizzazione della Camera, sarebbe indubbiamente un eccesso di potere, e sarebbe erroneo ritenere che si trattasse d'incompetenza.

Può anche verificarsi un eccesso di potere quando si applichi una pena maggiore o diversa da quella, che il magistrato adito, pur competente per il delitto portato alla sua conoscenza, ha facoltà di applicare; ovvero quando il giudice ecceda nelle proprie facoltà durante l'esercizio delle proprie funzioni, sia negando prepotentemente un diritto od operando ciò che la legge proibisce di operare, e sia ordinando che non si operi quello che la legge comanda.

67. Possiamo adunque riepilogare le norme sintetiche, che determinano la differenza specifica fra l'incompetenza e l'eccesso di potere: l'una importa mancanza di potestà, e però illegittimità assoluta dell'atto incompetentemente eseguito; l'altro presuppone l'esistenza della facoltà di giudicare, e che si sia questa oltrepassata, si sia, cioè, ecceduto in essa o non si sieno osservate le condizioni e le forme essenziali. In questo caso v'è la prepotenza dell'Autorità nell'esercizio delle sue attribuzioni, malgrado qualunque legittimo ostacolo. Il trascendimento adunque delle facoltà contenute nella propria parte di giurisdizione, la prepotenza nell'esercizio di esse, per violazione di garentie legali, per mancanza d'istanza privata, che le autorizzino, per l'esistenza di una questione pregiudiziale legittima, per l'ap-

(1) *Elem. di proc. pen.*, 362.

(2) *Trattato della proc. pen. it.*, vol. I, capo IX, n. 197; Verona-Padova, fratelli Drucker, 1896.

plicazione di una pena o maggiore o diversa di quella che l'Autorità eccedente possa applicare, caratterizzano, nella sua sostanza, l'eccesso di potere.

68. Qualche scrittore e talvolta la giurisprudenza, nella disamina dei casi pratici, specialmente a proposito dei pubblici dibattimenti, dei giudizi in Corte di assise e dei ricorsi in Cassazione, hanno avuto un intuito approssimativo, sebbene vago e inconsciente, di quello che costituisce veramente e propriamente l'eccesso di potere. Il Saluto, invocando la L. 18, Dig. *comm. div.*, scrive che « l'eccesso di potere è un vizio più deplorevole della incompetenza, perchè il giudice, eccedendo nei poteri affidatigli dalla legge, fa ciò che questa non gli permette di fare, e si rifiuta di operare quello ch'essa gli inculca; in guisa che viola non solo le regole della competenza, ma trascende anche nel merito dell'azione in pregiudizio dell'accusato o dell'amministrazione della giustizia ». E pensa che questo vizio produca nullità di ordine pubblico, sia insanabile per silenzio delle parti, e deducibile in ogni stadio della causa, anche in Cassazione, la quale dovrebbe perfino rilevarlo di ufficio (1).

La Corte di cassazione, in un giudicato del 27 gennaio 1892 (2), fa una deplorevole confusione fra l'eccesso di potere e l'incompetenza, trattandoli alla stessa stregua, senza averne un concetto preciso. L'eccesso di potere, affermò la Corte, e la violazione delle regole di competenza, di cui all'art. 640, non si avverano se non quando l'affare sia deciso *a non iudice*, ovvero si sia fatto ciò che la legge vieta o omesso ciò ch'essa prescrive; ma quando il magistrato giudica nei limiti della sua giurisdizione, non viola la competenza, nè commette eccesso, per quanto con errore evidente interpreti la legge. Qui, come appare chiaramente, v'è completa assenza di ogni idea scientifica e di distinzione esatta.

Ma quando il Collegio Supremo, abbandonando ogni generalizzazione teorica, procede all'esame dei singoli casi di eccesso denunciatigli, spesso giudica bene, traendo, più che da concezioni dottrinali, dal buon senso una giusta decisione.

Così bene si appose, nella sentenza del 3 luglio 1893, *P. M.* in c. *Kitt*, ad affermare che costituisca eccesso di potere provvedere sul merito di un appello inammissibile, e che possa il Pubblico Ministero contro la relativa sentenza ricorrere in cassazione, riproducendo la questione dell'inammissibilità del gravame (3).

In un'altra sentenza del 12 febbraio 1892, ric. *Puglisi*, esattamente disse che non ogni erronea interpretazione o violazione di legge significa eccesso di potere; e aggiunse, mostrando qui un certo intuito approssimativo, per quanto vago, dell'eccesso, che questo si avveri solo quando il giudice oltrepassi nel giudicare i confini assegnatigli dalla legge e sostituisca il suo arbitrio alla volontà della legge stessa (4).

Anteriormente al 27 novembre 1891, ric. *Malugari*, la Cassazione aveva concepita la interpretazione di un atto amministrativo come un eccesso di potere (5): errore grave, perchè la interpretazione di un atto di qualsiasi Autorità, l'esame intorno al suo valore giuridico in una controversia giudiziale, nella quale quell'atto è prodotto, entra nei confini della funzione giudiziaria.

Nel 18 agosto 1891, ric. *Crisanti*, aveva giudicato che non incorre in eccesso di potere il giudice di appello allorchè ritiene pericolosa di vita una lesione in base ai risultati del dibattimento, essendo arbitraria la distinzione fra prova specifica e prova generica, intesa a limitare il diritto pienissimo del giudice nello apprezzamento di tutti gli elementi del giudizio; e d'altronde perchè è insindacabile in Cassazione l'apprezzamento dei fatti e il convincimento del magistrato come perito periziore (6). Che la decisione sia giusta non è dubbio; ma la motivazione intorno all'esclusione dell'eccesso è assai manchevole, e potrebbe dirsi che non sussiste affatto.

Nel 1° settembre del medesimo anno, ric. *Zingaropoli*, riteneva che non commette eccesso di potere il tribunale, il quale, disposto un procedimento di falso a carico di alcuni testimoni, proceda oltre nel giudizio principale (7). E nel 12 ottobre di quell'anno, ric. *Abbondante*, decise che commette flagrante violazione dell'art. 419, secondo capoverso, cod. proc. pen. e manifesto eccesso di potere il giudice di appello che, senza l'appello del Pubblico Ministero *quoad poenam*, commuti la pena pecuniaria della multa inflitta all'imputato in quella della reclusione (8). Qui trattavasi di un caso di vero e proprio eccesso di potere, e la Corte rettamente giudicava, qualificandolo tale e annullando la sentenza impugnata.

Nel 30 gennaio 1894, ric. *Selvaggi*, decise che commette eccesso di potere il tribunale ove ritenga acquisito al giudizio un testimone del discarico, per la contumacia del quale la causa fu rinviata ad udienza da destinarsi, ma compresa in un termine fissato dall'ordinanza di rinvio che manda a citarlo nuovamente e tradurlo all'udienza con la forza, se, essendosi poi fissata l'udienza oltre quel termine, la parte inducente abbia cancellato il testimone dalla sua lista o dichiarato espressamente di non volere che sia citato (9). Invano si ricerca in questa sentenza un cenno sul concetto dell'eccesso di potere; eppure trattavasi di un caso manifesto di eccesso.

In una parte del suo ragionamento la Corte si limita ad affermare che evidentemente si commise dal tribunale un eccesso, ingiustamente non riparato dalla Corte; e, in un altro punto che ritenere il contrario (cioè l'acquisizione del testimone al processo) importerebbe sconvolgere tutto il sistema probatorio in materia penale attinente alla competenza dei tribunali in cui le liste segnano i cancelli entro cui rigorosamente deve svolgersi la prova. E altrove: « l'ordine della traduzione per mezzo della forza del testimone contumace, quando il tribunale non ritenne la causa, ma la rinviò a tempo indeterminato, si traduce anch'esso in un eccesso di potere, poichè, al riaggiornamento della causa dovendo seguire la nuova citazione, il testimone aveva il diritto di presentarsi spontaneamente ».

E, in un'altra sentenza del 21 gennaio 1895 (10), ric. *Carnevali* e *Menghini*, la Corte Suprema giudicò che non commette eccesso di potere il presidente della Corte di assise, il quale, non a fine di preoccupare il giudizio dei giurati, ma per stabilire i fatti nella loro realtà e per evitare inutili discussioni, esorta la parte civile di astenersi dal discutere sulla scusante, in tema di omicidio, della flagranza dell'adulterio, aspettando

(1) Saluto, *Commenti*, vol. VI, sull'art. 640, in fine.
(2) Ric. *Benedetti* (*Corte Suprema*, XVII, pag. 99).
(3) *Foro Ital.*, 1893, p. II, col. 444.
(4) *Corte Suprema*, vol. XVII, 1892, pag. 198.
(5) *Foro pen.*, vol. I, pag. 201.
(6) *Cass. Unica*, III, col. 406.
(7) *Foro pen.*, anno I, *Massimario*, n. 191.
(8) *Corte Suprema*, XVI, 696.
(9) *Riv. Pen.*, col. XXXIX, pag. 346.
(10) *Riv. Pen.*, vol. XLI, pag. 360.

che la difesa abbia il coraggio di affermare che la donna trovavasi nel luogo ove avvenne l'omicidio del suo amante; tanto più quando la scusante stessa non sia stata dalla difesa proposta. Anche in questa sentenza non v'è discussione sulla natura dell'eccesso e sui criteri giuridici che la Corte crede di adottare nell'affermarlo o negarlo. In un punto, incidentalmente, trovasi scritto il seguente pensiero:... « d'altronde, per potersi ravvisare, in una qualunque espressione del presidente, un eccesso di potere, occorre, per prima condizione, che consti che ciò che il presidente disse era ultroneo e non derivasse dalla discussione della causa; perchè, se incombe a lui il dovere di non tradire il suo convincimento, d'altra parte egli non è un vero e muto automa, e deve ristabilire i fatti risultanti dal dibattimento nella genuina loro realtà, ogniqualvolta potessero venire meno esattamente presentati, onde evitare le inutili discussioni, specialmente in una causa come questa, nella quale furono moltiplicati gli incidenti... ». Se la decisione è corretta, non potrebbe essere meno corrispondente all'importanza e alla speciale delicatezza dell'argomento la motivazione adottata dalla Corte. E l'errore giuridico assume una notevole gravità, quando la Corte asserisce che, per aversi l'eccesso, occorreva che l'esortazione o la dichiarazione presidenziale fosse ultronea. Il che significa che il Supremo Collegio, in quella decisione, non ebbe presenti neppure le teorie comuni sul carattere dell'eccesso.

È chiaro da questi casi decisi dalla Corte di cassazione, e da altri simili, che la giurisprudenza non solo rispecchia le incertezze e le indeterminazioni della dottrina, ma rivela una confusione d'idee e di principî, che le impediscono qualunque concetto chiaro del vizio in esame. E fortunatamente, se le motivazioni sono sempre confuse ed erronee, le decisioni sono nella massima parte giuste.

Capo IV. — L'incompetenza in relazione alla cosa giudicata.

69. L'incompetenza è sancita dal giudicato. — 70. Teoria contraria. Confutazione. — 71. Vera teoria. — 72. Dottrina recente e disposizioni di legge. — 73. Giurisprudenza

69. L'influenza della *res iudicata* apparirebbe a prima vista inesplicabile. Ma ragioni più potenti, anche di ordine pubblico, devono impedire che si sollevi qualunque questione dopo il giudicato: altrimenti ne verrebbe un perturbamento nella funzione della giustizia sociale. La sicurezza e la irretrattabilità della *res iudicata* non devono essere scosse, per la tutela della stabilità e della solidità dei diritti pubblici e privati. Onde il giudicato toglie di mezzo qualsiasi questione, sana qualunque vizio o d'incompetenza o di eccesso di potere o di nullità, abuso o ingiustizia, e dirime la possibilità di ogni ribellione alla sentenza definitiva, la quale passa necessariamente nel periodo della sua esecuzione.

70. Ma su questo punto non è pacifica la dottrina. Il Pescatore (1) si avvisa di fare una distinzione. Se vi sia un dubbio fondato sulla competenza, il giudicato lo dirime, e questo fa stato anche in ordine a quella, perchè il magistrato, decidendo le questioni di merito, ha necessariamente ed implicitamente definita ogni questione sulla propria competenza. Per contrario, se non esiste alcun dubbio, se la incompetenza del magistrato adito è per sè evidente, come se un pretore avesse giudicato di un reato grave di competenza della Corte d'assise o di un reato politico, è impossibile che il giudicato si formi: la sentenza del giudice evidentemente incompetente non può aver valore giuridico e non passa mai in cosa giudicata. Non vi ha questione nè esplicita, nè implicita di competenza: il magistrato adito è investito della facoltà di deciderla.

Ma il ragionamento dell'illustre scrittore non sembra accettabile, quantunque sottile. Prima di tutto giova osservare che il criterio da lui adottato della evidenza o meno della propria incompetenza, dell'esistenza o no di un dubbio sulle facoltà del giudice adito, è un criterio esclusivamente subiettivo, variabile da magistrato a magistrato, secondo le rispettive conoscenze e cultura giuridica, e secondo le convinzioni e gli apprezzamenti di ciascuno di quelli. Su tutte le materie del diritto, e specialmente in tema di limiti giurisdizionali, è sempre possibile un dubbio, derivante dalla infinita varietà degli apprezzamenti subiettivi sui fatti e sulle controversie giuridiche. Nella massima parte dei casi il dubbio è sempre possibile; anzi è rarissimo che s'incontrino casi, nei quali l'assenza di ogni possibilità di dubbio sia universalmente ammessa. Nè vale aggiungere che non basti la sola esistenza del dubbio, ma che occorra che questo sia fondato, perchè il concetto giuridico intorno al fondamento o meno di un dubbio è del pari variabile infinitamente e si riduce anche ad un altro subbiettivo apprezzamento di fatto o di diritto. Tranne in qualche caso eccezionalissimo, e che non si può quasi mai verificare, una questione di competenza può sollevarsi, e quella circa la sua fondatezza in diritto o in fatto dipende da giudizi e apprezzamenti che possono essere diversi. Invero, non sarebbe serio costruire una teorica sulla possibilità che un pretore giudichi un reato di omicidio punibile con l'ergastolo o con 18 a 21 anni di reclusione, o un fratricidio o un uxoricidio, o un parricidio, un veneficio, un reato di falso in atto pubblico, o un reato contro la sicurezza dello Stato; ovvero che un tribunale giudichi un senatore e condanni un imputato alla pena perpetua. Prevedere questi casi e prendere argomento da essi importa prevedere l'impossibile, quello che nell'ordine normale non è possibile che accada. La questione dell'influenza della cosa giudicata sulla competenza sorge relativamente ad *id quod plerumque accidit*, nei casi in cui il giudice può ingannarsi sulla estensione delle proprie facoltà giurisdizionali ed emettere una sentenza sopra una infrazione penale, che trascenda i confini di quelle. In tal caso può nascere la questione: se, riconosciuta posteriormente o dedotta la incompetenza, questa si trovi già rimossa dal giudicato, e sia ogni questione relativa improponibile, come ogni altra controversia di merito.

Un pretore potrebbe giudicare un lieve reato di stampa, che, avuto riguardo alla pena, entrerebbe nella sua competenza, o, più facilmente, un tribunale potrebbe giudicare un reato di stampa in aperta violazione dell'art. 9, n. 3, cod. proc. pen., o un reato di elettorato politico o amministrativo non sottratto alla competenza della Corte di assise dalla legge speciale 14 luglio 1894; ovvero una Sezione d'accusa, dimentica di questa legge, potrebbe rinviare alla Corte d'assise un reato elettorale devoluto alla cognizione del tribunale penale. In tutte queste ipotesi, non si può affermare che ogni questione o ogni dubbio sulla competenza non possano avere qualche fondamento, e che non si possa discutere sulla qualità dei reati, che determinerebbe la competenza del magistrato adito, e ragionevolmente e seriamente disputarsi se

(1) *Sposizione compendiosa*, ecc., loc. cit.

entrino o meno nelle categorie delle infrazioni a lui devolute. La teoria del Pescatore praticamente rimarrebbe vana; e, specialmente, quanto ai casi in cui, secondo essa, non si formerebbe il giudicato su fatti apertamente eccedenti la competenza del giudice adito, non avrebbe mai attuazione.

S'è praticamente inutile, si chiarisce scientificamente inesatta. Alla stregua di essa, emanata una sentenza e divenuta irrevocabile, si dovrebbe esaminare se il reato, per il quale l'imputato è stato condannato o assolto, entrava o no nella competenza dell'Autorità giudiziaria che ha pronunciata la sentenza. Quindi si renderebbe necessario un riesame del fatto, e, per necessità, in caso che si opinasse per la incompetenza, si dovrebbe togliere ogni vigore ad un giudicato irretrattabile, contro il quale, ove sia di condanna, la legge non ha consentito altro rimedio giuridico che quello della revisione o dell'amnistia o della grazia sovrana. E quale giudice sarebbe competente a fare queste indagini sopra una materia già decisa dal giudicato? La legge sul proposito tace. Nè si potrebbe sul serio sostenere che queste indagini si possono fare dall'Autorità incaricata dell'esecuzione dei giudicati, perchè ciò significherebbe travolgere ogni precetto fondamentale del nostro rito penale. Molto meno potrebbe essere competente un altro giudice, o quello veramente competente, al quale sarebbe rimessa la causa per una trattazione *ex integro*, perchè funzionerebbe come magistrato di revisione sul primo che ha emessa la sentenza. Questo sistema è contrario ad ogni norma di organizzazione procedurale. Infine, con questa teorica, i giudicati sarebbero sempre incerti: l'imputato avrebbe un ultimo rifugio e un altro rimedio, per negare l'esecuzione del giudicato: eccepire la incompetenza del giudice ehe l'ha emanato.

71. Che si possano escogitare, con un lavorio d'imaginazione, casi stranissimi di decisioni incompetenti, la cui enormità sarebbe evidente, è possibile semplicemente nell'ordine fantastico, ma essi non sono possibili nello svolgimento dell'attività giurisdizionale delle magistrature. Così, si può colla fantasia concepire che un tribunale civile, adito in linea civile e per una civile controversia, condanni alla reclusione un temerario litigante o a un'altra pena afflittiva; o un pretore o un tribunale penale arbitrariamente condannino un reo di omicidio e applichino l'art. 364 cod. pen. Ma queste anormalità non sono giuridicamente possibili, e non possono servire di argomento alla costruzione di una teoria giuridica. Il giudicato adunque influisce sulla competenza. Si sia pure sbagliato il giudice, si sieno ingannate o abbiano fatto acquiescenza le parti, sulla competenza del magistrato adito, quando intervenga il giudicato sull'imputazione, ogni questione di competenza non è più possibile, come ogni altra sul merito dell'imputazione medesima.

La questione di competenza è pregiudiziale; essa s'intende decisa irretrattabilmente col giudicato. Inoltre si è osservato che la incompetenza può dedursi dalle parti in ogni grado del giudizio e deve sollevarsi di ufficio dal magistrato adito, quando non la propongano le parti. Se non è dedotta, nè sollevata di ufficio, ha luogo la decisione sul merito, e questa passa in giudicato, quando o non sia impugnata o i rimedi proposti sieno respinti. Ora la legge presuppone necessariamente, riconoscendo efficacia al giudicato, che chi l'abbia emesso abbia avuto i poteri di emetterlo. Non si concepisce la virtù giuridica di un giudicato senza il presupposto necessario, legale, che il magistrato che l'ha pronunziato abbia avuta la facoltà di pronunziarlo. Altrimenti, ammettere l'efficacia giuridica del giudicato, la sua irretrattabilità, tranne che in determinati casi di revisione, e nello stesso tempo consentire la indagine sulla capacità giurisdizionale del giudice, importerebbe scuotere quella stessa efficacia ed irretrattabilità che gli sono conferite; tanto più che la indagine sulla competenza non può essere disgiunta da quella sulla qualità e natura del fatto, che l'ha determinata, dalle circostanze svoltesi, dall'obietto della causa, su cui si è determinata l'attività giurisdizionale del giudice che ha emesso il giudicato.

La legge infine dà alle parti il mezzo di eccepire la incompetenza del magistrato adito e impone a questo il dovere di dichiararla anche di ufficio; e con questo ha inteso di evitare ogni postuma controversia sulla competenza, come su di ogni altra questione di merito. Invero è pacifico che i requisiti giuridici della cosa giudicata in materia penale non sono diversi da quelli del giudicato civile: identità subbiettiva e identità obbiettiva. Essa si deve riferire al fatto che fu oggetto del procedimento e alla persona che ne fu soggetto passivo. Venne esattamente formolata nell'art. 87 del cod. pen. toscano nel modo che segue: « contro chi è stato assoluto o dimesso definitivamente dal giudizio, o è stato condannato, o ha ottenuta grazia o amnistia, non può esser luogo a nuovo giudizio criminale per causa del medesimo fatto ».

Il codice vigente di procedura penale contempla la cosa giudicata all'art. 518: l'accusato assolto, o riguardo al quale siasi dichiarato non essersi fatto luogo a procedimento, non potrà più essere sottoposto a processo, nè accusato, per il medesimo fatto. Quindi le indagini che sul giudicato sono ammissibili si circoscrivono all'esame di quelle identità, e non si estendono a quello sulla capacità del giudice. La presunzione legale di verità che caratterizza il giudicato si estende anche ad ogni questione di competenza, che rimane assorbita e definita colle questioni di merito.

Formato il giudicato, esso spiega la sua potenza giuridica e genera gli effetti che gli sono proprî. All'autorità della cosa giudicata non è ammessa altra deroga che quella della revisione, nei tre casi tassativi contemplati negli art. 688, 689 e 690 cod. proc. pen.

Le questioni che possono sorgere nel periodo esecutorio della sentenza penale non possono riferirsi ad altro che all'esecuzione, e l'Autorità chiamata a risolverle non potrebbe essere che quella la quale ha pronunciata la sentenza (articolo 601, capoverso, cod. proc. pen.), oltre i casi in cui la legge deputa a tale scopo qualche altro magistrato, come la Sezione di accusa.

Dunque possiamo fermamente ritenere che, dopo la formazione del giudicato, come non è più possibile, stante il carattere della sua irrevocabilità, risollevare alcun'altra questione di merito, così è vietato indagare sulla competenza, cioè sulla capacità giuridica del giudice che l'ha pronunziato, perchè questa indagine contraddice apertamente ai caratteri fondamentali della cosa giudicata, e specialmente a quello della sua irretrattabilità.

72. Nello stato presente della dottrina e della giurisprudenza, il principio qui affermato è generalmente ammesso. Fra i più recenti scrittori di procedura penale, il Castori (1) scrive: « La regola che la eccezione d'incompetenza è sempre opponibile cessa col passaggio in giudicato della sentenza. Non potrebbe quindi il condannato opporsi alla sua esecu-

(1) *Trattato della proc. pen.*, vol. I, n. 198.

zione, obiettando di essere stato giudicato da chi non poteva giudicare. La cosa giudicata si ha per verità, e la decisione, non impugnata coi rimedi stabiliti dalla legge, deve assolutamente eseguirsi: e ciò vale anche per il caso che la sentenza in questione non avesse toccata la tesi della competenza ». Egli aggiunge che non varrebbe obiettare essere l'efficacia del giudicato circoscritta entro i limiti delle questioni, che con esso si sono risolute, e che, in conseguenza, non possa parlarsi di cosa giudicata intorno a un punto che non è venuto in contestazione, sia perchè la eccezione di incompetenza costituisce un mezzo che le parti potevano adoperare e che devono imputare a sè stesse di non avere invocato in tempo utile, sia perchè il giudice, pronunciando in merito, afferma implicitamente la propria competenza e così esiste intorno a questa quel giudicato, che, non impugnato nei modi e termini di legge, diviene irretrattabile. Nota però lo scrittore una differenza fra l'incompetenza e l'eccesso di potere, relativamente all'influenza della cosa giudicata. Nei casi di eccesso di potere, la sentenza, per quanto non impugnata nelle forme, nei modi e termini di legge, non passa in giudicato. E questo concetto è in coerenza dell'idea ch'egli ha dell'eccesso di potere, secondo la teorica comune, cioè ch'esso consista nella usurpazione di funzioni legislative, creandosi una legge o vietandosi l'esecuzione di un giudicato.

Secondo noi, anche sul vero e proprio eccesso di potere, quale noi l'intendiamo, influisce, come sulla competenza, l'autorità della cosa giudicata. Ogni irregolarità di forma, ogni ingiustizia nella decisione di merito, ogni difetto di competenza e ogni prepotenza nell'esercizio delle facoltà concedute al magistrato giudicante sono sanati colla costituzione della *res iudicata*.

La legge ha sul proposito, tanto per l'incompetenza, quanto pei casi d'eccesso di potere, disposizioni esplicite e chiare.

Prima dell'apertura del dibattimento innanzi la Corte di assise, l'accusato, nei cinque giorni successivi all'interrogatorio subito davanti al presidente o a chi ne faccia le veci, ha facoltà di ricorrere in cassazione contro la sentenza della Sezione di accusa, e domandarne la nullità in cinque ipotesi distinte, fra le quali quella del rinvio davanti a giudici incompetenti. Decorso il termine perentorio, stabilito dall'art. 457, decade dal diritto del ricorso, e la sentenza della Sezione d'accusa non è più impugnabile. Sia competente o no la Corte di assise, avveratasi la decadenza, il giudicato fa stato tanto per le questioni di merito che per quelle giurisdizionali. Onde l'imputato decade dal diritto di eccepire l'incompetenza. E l'articolo 459 contiene la stessa disposizione riguardo alla parte civile. Se vi ha parte civile, dichiara il legislatore, nel termine di cui all'art. 456 sarà con atto di usciere avvertita o in persona o al suo domicilio reale o eletto, che essa può osservare nella cancelleria gli atti del processo e i relativi documenti, ed ove creda che l'accusato sia stato rimandato avanti a giudici incompetenti, potrà prevalersi della facoltà accordata all'accusato dall'articolo 457 nel termine di cinque giorni successivi all'atto di usciere, *sotto pena di decadenza*.

L'art. 640 p. p. concede il diritto al condannato di ricorrere in cassazione per ogni violazione ed omissione di formalità prescritte a pena di nullità, e prosegue: « lo stesso avrà luogo: ...3° quando siavi stato eccesso di potere ». Ora, se il condannato non ricorre o il suo ricorso è rigettato, qualunque vizio di eccesso di potere, esistente nella sentenza di condanna, rimane coperto dall'autorità della cosa giudicata, e non è più eccepibile nel periodo esecutivo. E questa disposizione, dettata nei procedimenti che si svolgono inanzi la Corte di assise, è applicabile anche per quelli che avvengono avanti i tribunali penali e i pretori, perchè il legislatore, nell'art. 645, aggiunge che le vie di annullamento espresse nell'art. 640 sono aperte, in materia correzionale e di polizia, rispettivamente all'imputato, al Pubblico Ministero e alla parte civile pel solo interesse civile, contro ogni sentenza in ultima istanza, senza distinzione tra quelle che hanno pronunziata l'assolutoria, o dichiarato non esser luogo a procedere e quelle che portano la condanna.

Dunque, nel sistema legislativo italiano, l'eccesso di potere e l'incompetenza, per essere operativi e dar luogo all'annullamento, devono proporsi prima della formazione del giudicato: dopo essi sono improponibili e rimangono colpiti e vinti dall'autorità del giudicato medesimo, il quale non può per essi subire alcun ostacolo nel periodo della sua esecuzione.

Le altre legislazioni del pari considerano l'eccezione di incompetenza e d'eccesso di potere nel vero suo senso come estinta col giudicato. Così il § 377 del codice di procedura penale per l'impero germanico ammette il rimedio della revisione, che equivale a quello italiano della cassazione, pei vizi d'incompetenza, senza distinzione fra quella *ratione materiæ* e quella *ratione loci*.

73. La giurisprudenza, esaminando la questione in ordine alla competenza, ha ribadito il medesimo principio. In una sentenza del 20 giugno 1892, ric. *Deriù* e *altri*, la Corte Suprema giudicava: « Attesochè, prendendo ad esame l'eccezione d'incompetenza come sopra dedotta, è manifesto come allo stato della causa sia a dichiararsi intempestiva di fronte al disposto degli articoli 457, 460, n. 5, cod. p. p., il primo dei quali fissa un termine perentorio per proporre domanda di nullità contro la sentenza di rinvio alla Corte di assise, e l'altro limita i casi in cui l'accusato sia stato rimandato avanti giudici incompetenti; è pur vero che il termine per opporre la relativa eccezione è scaduto, essendo spirato il termine di cinque giorni successivi all'interrogatorio di cui all'art. 456 cod. proc. pen. » (1).

E, nella successiva sentenza 16 novembre dello stesso anno, ric. *Giaroli*, decideva: « trascorso il termine di cinque giorni successivi all'interrogatorio prescritto dall'art. 456 cod. proc. pen. e dopo la condanna, non può l'accusato eccepire in sede di cassazione la incompetenza della Corte di assise » (2).

Una serie di sentenze dimostrano che il vizio dell'eccesso di potere dev'essere eccepito, e che, in difetto di gravame o questo respinto, l'autorità della cosa giudicata conserva tutta la efficacia. A tacere di altri giudicati, la Cassazione, nel 21 gennaio 1895, ric. *Carnevali* e *Menghini*, respingeva un ricorso motivato anche sopra un preteso eccesso di potere che avrebbe commesso il presidente della Corte di assise (3). La sentenza di questa Corte è passata in giudicato.

Si deve adunque convenire che, tranne in casi stranissimi, quasi impossibili ad avverarsi, cioè in casi in cui l'esecutorietà della decisione, nel nostro sistema legislativo, non possa aver luogo, l'eccesso di potere, al pari dell'incompetenza e di qualsiasi altra questione di merito, è colpito dal giudicato.

(1) *Cass. Un.*, vol. IV, col. 77.
(2) *Corte Sup.*, vol. XVII, pag. 745.

(3) *Riv. Pen.*, vol. XLI, p. 360.

TITOLO III. — COMPETENZA PER RAGIONE DI MATERIA.

74. La competenza, nella nostra legislazione, come in quasi tutte le altre legislazioni di rito penale, si determina in due concetti fondamentali: *ratione materiae* e *ratione loci*. Essa, rispetto alle Autorità giudiziarie, fra le quali è distribuita la giurisdizione ordinaria penale, si tripartisce ancora fra tre ordini di magistrature: Corti di assise, tribunali penali e pretori.

Nella legislazione positiva italiana la competenza per ragione di materia è stata fissata da due criteri sostanziali: *a*) dalla qualità dei delitti; *b*) dalla misura della pena. E però possiamo stabilire questa norma fondamentale: che la competenza *ratione materiæ* si bipartisce in quella per la qualità dei reati e in quella determinata dalla misura della pena. La prima è disciplinata nei n.[i] 1°, 2°, 3° e 4° dell'art. 9, nel n. 2° dell'art. 11 del codice di procedura penale e nell'art. 36 dello Statuto; la seconda nel n. 5° dell'art. 9, nell'art. 10 e nei n.[i] 1° e 3° dell'art. 11 del citato codice.

Al di fuori del codice di procedura penale, v'hanno altre leggi speciali, che contengono disposizioni punitive e provvedono anche sulla competenza in ragione di materia.

CAPO I. — Competenza determinata in ragione della qualità dei reati.

§ 1. — *Corti d'assise.*

75 *a*). Reati politici. — 76. Reati contro la sicurezza dello Stato. — 77. Eccezione per i reati deferiti al Senato costituito in Alta Corte di Giustizia. Reati ministeriali. — 78. Istigazione e provocazione. — 79 *b*). Reati elettorali. — 80. Elezioni politiche. — 81. Elezioni amministrative. — 82. Art. 139 c. p. — 83 *c*). Reati commessi col mezzo della stampa. — 84. Apologia di reato. — 85. Legge 19 luglio 1894, n. 315. — 86. Giurisprudenza anteriore a questa legge. — 87. Id. posteriore. — 88. Effetti della legge predetta per riguardo ai reati preveduti nell'articolo 24 dell'editto sulla stampa. — 89. Istigazione a delinquere. — 90 *d*). Abusi dei ministri dei culti. — 91 *e*). Reati contro l'esercito. — 92. Riassunto. — 93. La Corte d'assise non può sollevare la questione della propria competenza. — 94. Dubbi e giurisprudenza. — 95. Ragione della regola suddetta. — 96. Eccezione.

75-*a*). La competenza *ratione materiæ* determinata dalla qualità dei reati appartiene anzitutto alla Corte d'assise, e si applica in primo luogo nei riguardi dei reati politici.

Tutto ciò che tocca gli ordinamenti politici dello Stato, le sue istituzioni fondamentali, i diritti statutari, le pubbliche libertà, la forma di governo, l'esistenza e il modo di essere dello Stato, riguarda direttamente il popolo, la sua sovranità, o l'esercizio di questa. Interessa al popolo la custodia dei suoi diritti politici, il mantenimento delle proprie istituzioni e delle libertà statutarie, la garentia e l'esplicazione della propria sovranità. L'importanza massima di questi diritti pubblici, che riguardano la sua vita collettiva e lo svolgimento di essa, è tale che richiede il suo intervento, per mezzo di un magistrato popolare, nei giudizi contro coloro che li offendono. Quindi tutti gli attentati alla sicurezza dello Stato e alle istituzioni fondamentali, ai diritti politici dei cittadini, all'esercizio della sovranità, e tutti quelli che hanno un carattere politico, interessante la esistenza, l'organismo, la forma, l'attività e l'esplicazione della vita collettiva e l'esercizio della sovranità, devono essere deferiti alla cognizione di un magistrato che rappresenta il popolo e importa l'intervento di esso nel giudizio penale. Le legislazioni, che meglio si avvicinano a questi principi, sono le più perfette e meritano di essere imitate dai popoli più civili e più liberi.

Non è qui il luogo di esaminare in che consistano i veri reati politici. Ci limitiamo ad osservare che gli attentati di carattere politico, incriminabili, possono essere diretti o contro la forma di Governo, che riveste lo Stato; o contro l'integrità e la sicurezza dello Stato medesimo o le sue istituzioni fondamentali, considerate come tali collettivamente, come la famiglia, la proprietà, la religione; o contro i suoi poteri organici, o le libertà statutarie, come il diritto di riunione, di associazione, di stampa, la libertà individuale, la inviolabilità del domicilio; o contro i diritti civili e politici dei cittadini; o contro l'esercizio della loro sovranità, o contro la libertà dei culti, o contro la libertà del lavoro; e possono anche consistere nei veri reati ministeriali o di alto tradimento, nei reati contro i Governi o gli Stati esteri o i loro capi e rappresentanti. E tutti i reati di stampa, che si riferiscono alle lesioni di quei diritti o che altrimenti sieno ispirati a concetti e a scopi politici, dovrebbero essere devoluti alla stessa competenza.

La legislazione italiana in parte è improntata a questi principi e in parte se ne discosta; e in questi ultimi tempi regna un notevole regresso con parziali modificazioni della competenza.

76. La prima categoria dei delitti devoluti alla competenza della Corte d'assise è costituita da quelli contro la sicurezza dello Stato e da quelli d'istigazione o provocazione a commetterli, anche avvenuti per mezzo della stampa. Questa categoria comprende i delitti contro la patria, preveduti negli art. 104 al 116 del codice penale, i delitti contro i poteri dello Stato, contemplati dagli art. 117 e segnenti all'articolo 127, i delitti contro gli Stati esteri e i loro capi e rappresentanti, disciplinati negli art. 128, 129 e 130, e tutte quelle forme di reati della stessa natura e indicate nelle disposizioni degli art. 131 a 138 del codice penale. Comprende inoltre tutti quelli d'istigazione o provocazione a commettere i suddetti reati. Invero non sarebbe logico che gli autori materiali fossero deferiti alla Corte d'assise e non gli istigatori o i provocatori. L'indole del reato è identica, perchè la provocazione o l'istigazione non è che una forma di concorso e tende a dare luogo alla perpetrazione del reato. Il n. 1° dell'art. 9, sotto l'impero del codice penale sardo, aveva una dizione diversa, in conformità alla denominazione e alla divisione dei reati, stabiliti da quel legislatore. Era detto che quella categoria conteneva i reati contro la sicurezza interna ed esterna dello Stato. Ma il nuovo codice penale li ha compresi sotto un'unica denominazione di reati contro la sicurezza dello Stato, essendo inutile la distinzione fra sicurezza interna ed esterna. È sempre la sicurezza dello Stato che si prende di mira da coloro che l'attentano o la minacciano all'interno o all'estero.

77. Una sola eccezione fa la legge a questa categoria. La competenza della Corte di assise cessa quando sia convocato il Senato in Alta Corte di Giustizia, a norma dell'art. 36 dello Statuto (V. alle voci **Alto tradimento** e **Alta Corte di giustizia**). Questa disposizione statutaria eleva alla competenza dell'Alta Corte i reati di alto tradimento, di attentato alla sicurezza dello Stato e quelli dei Ministri accusati dalla Camera dei deputati. Prescindendo dagli altri, non possiamo non far motto degli ultimi, tanto più per le recenti dispute.

La Corte Suprema ha ammesso un principio assoluto in tema di competenza sui reati ministeriali. E la questione si

connette anche alla costruzione dei reati ministeriali. In ordine alla competenza, esistono due opinioni fondamentali: quella che ammette essere assoluta ed esclusiva la giurisdizione dell'Alta Corte, e l'altra che ritiene essere semplicemente facoltativa e prevalente. La Cassazione, nelle due celebri sentenze rese il 24 aprile 1895, nelle cause *Giolitti*, ha giudicato che tutti i reati connessi alle funzioni di Ministro e diretti contro la cosa pubblica sono reati ministeriali, e che la loro cognizione spetta esclusivamente all'Alta Corte. Onde la competenza di questa magistratura speciale, assoluta ed esclusiva, non può ammettere la coesistenza della competenza ordinaria (1). E quest'assoluta ed esclusiva competenza si estende non solo ai reati ministeriali, che violano le leggi e compromettono gli interessi dello Stato nell'esercizio della funzione ministeriale, ma anche ai reati comuni che i Ministri perpetrino, abusando delle loro funzioni, essendo impossibile separare da essi la ragione politica, per la quale si commettono, apprezzabile solamente dalla Camera dei deputati.

Un'altra teoria, che può dirsi una gradazione della seconda, sostenuta dall'Auriti innanzi la stessa S. Corte in occasione dei medesimi giudizi, si fonda sul principio, che, per i reati ministeriali commessi sia per abuso che per eccesso di potere, la competenza dell'Alta Corte sia facoltativa e prevalente e quella dell'Autorità giudiziaria semplicemente sussidiaria. L'Autorità giudiziaria però avrebbe l'obbligo di tenere informata la Camera dei deputati e darle il tempo di deliberare se le convenga o meno avvalersi del diritto di accusa e di tradurre il Ministro incolpato innanzi all'Alta Corte di giustizia.

È poi comune insegnamento che tutti i reati comuni commessi dai Ministri come semplici cittadini, senza abuso delle funzioni ministeriali, debbano seguire la giurisdizione ordinaria. Noi abbiamo ampiamente svolti i nostri concetti in un apposito studio, costruendo quella che a noi sembra la vera teoria dei reati ministeriali e determinando la vera natura della giurisdizione dell'Alta Corte e i confini entro cui dev'essere contenuta (2). E quanto alla sua competenza, siamo giunti a queste conclusioni: 1° la incompetenza dell'Autorità giudiziaria è limitata al giudizio sull'elemento politico connesso ai reati ministeriali e però al diritto della loro incriminazione, che spetta esclusivamente alla Camera dei deputati; 2° dichiarato incriminabile dalla Camera il fatto ministeriale di fronte alla legislazione punitiva, ove non si faccia luogo alla costituzione del Senato in Alta Corte di giustizia, o sia dalla Camera esclusa o ritenuta nel fatto non influente la ragione politica e considerato esso alla stregua del dritto comune, rientrerà la competenza dell'Autorità giudiziaria; 3° non essere necessario che tali dichiarazioni si facciano dalla Camera dietro formale proposta di una messa in istato di accusa: basterà che avvengano in una pubblica discussione o in un ordine del giorno. Tutto questo pei veri reati ministeriali commessi nell'esercizio delle funzioni di Ministro. Ma quanto ai reati non propriamente tali, sebbene commessi dai Ministri, secondo noi, mantiene il suo impero la giurisdizione ordinaria.

Invero abbiamo dimostrato che altra è la nozione giuridica dei veri reati ministeriali, considerati alla stregua dei principî razionali, e altra è quella che si ricava dal vigente diritto positivo. Secondo la prima, il vero reato ministeriale consiste nella violazione dolosa della sicurezza interna ed esterna e dei doveri dello Stato nel grande movimento della sua attività giuridica e sociale: esso è imputabile ai soli Ministri, in quanto essi soli possono conculcare e infrangere i doveri dello Stato nell'esercizio del potere esecutivo loro affidato. E i reati contro la sicurezza dello Stato, se commessi coll'opera derivante dal potere ministeriale, rivestono anche il carattere di veri reati ministeriali; altrimenti sono reati comuni. Nello stato presente del diritto positivo, la responsabilità penale dei Ministri non può giudicarsi che alla stregua del codice punitivo comune, e deve consistere e determinarsi nelle figure dei reati sanzionati in esso. Onde tutti i veri reati ministeriali, che sfuggono alla cerchia delle forme dei delitti contemplati dal codice penale, rimangono impuniti e rientrano nell'ambito della responsabilità politica. Sono incriminabili i fatti della seconda specie, quelli, cioè, che, sotto la veste di atti ministeriali, celano delitti preveduti dalle leggi punitive. Ora la loro esplicazione per mezzo di atti ministeriali è politicamente valutabile e genera il dubbio se costituisca il legittimo esercizio del potere o se nasconda un'attività criminosa.

L'eccezione, adunque, fatta nel n. 1° dell'art. 9 del codice di procedura penale, dovrà interpretarsi, a nostro modo di vedere, nel senso che, per i reati contro la sicurezza dello Stato, d'istigazione o provocazione a commetterli, la competenza della Corte d'assise cessa solamente quando sia convocato il Senato in Alta Corte di giustizia. Non si tratta di una incompetenza vera e propria, quando abbia luogo la costituzione dell'Alta Corte, ma della cessazione della attività giurisdizionale della Corte di assise, in presenza di un'altra magistratura speciale, relativamente ai delitti per i quali questa è stata costituita, in considerazione di prevalenti concetti e fini di ordine pubblico.

78. A completare la illustrazione del numero 1° dell'articolo 9, rimane a chiarire il concetto che il legislatore ha voluto esprimere colle parole: « istigazione o provocazione ». Evidentemente, se il legislatore si fosse riferito alle forme legali del concorso, disciplinate nelle disposizioni degli articoli 63 e 64 del codice penale, l'aggiunzione sarebbe stata inutile, perchè la norma della competenza sarebbe stata egualmente operativa sia per gli autori principali, per gli esecutori, per i cooperatori immediati, che per i complici. Nella Commissione, che esaminava il progetto delle modificazioni al codice di procedura, per l'attuazione del nuovo codice penale si tenne un'apposita discussione sul concetto di provocazione e d'istigazione da esprimersi nel n. 1° dell'art. 9. Nello schema ministeriale la parola « istigazione » non era stata messa, ma vi era soltanto « provocazione ». Il commissario Costa propose che, dopo quest'ultima parola, si aggiungesse « o istigazione ». Allora il prof. Lucchini spiegava che *provocazione* si riferiva all'art. 135 del codice penale, come era pur designata nell'indice ufficiale del codice stesso, laddove la *istigazione* entrava nelle ipotesi del capo 1°, titolo V, e più specialmente concerneva il fatto delittuoso previsto dall'art. 246, al quale non sarebbe stato applicabile il n. 1° dell'art. 9 della procedura. Il De Maria preferiva di sostituire alla parola *provocazione* quella di *istigazione*, sembrandogli più propria, perchè l'istigazione avrebbe raf-

(1) *Riv. Pen.*, vol. XLI, pag. 455. — V. anche la sentenza 8 novembre 1897, in causa *Crispi* (*Id.*, vol. XLVII, pag. 26).

(2) Faggella, *Giurisdizione dell'Alta Corte di giustizia in rapporto ai reati ministeriali* (*Foro penale*, vol. IV, anno 1895, pag. 1).

figurato colui che tende a far commettere un reato, mentre il senso di provocazione sarebbe stato troppo lato, comprensivo anche del concetto di una provocazione occasionale non riunente tutti i requisiti voluti dalla legge. Ma, dopo gli schiarimenti del Lucchini e del presidente della Commissione, che cioè non si era fatto che richiamare la nomenclatura del nuovo codice penale e che l'art. 135 si trovava compreso fra i reati contro la sicurezza dello Stato, tutto il n. 1° dell'art. 9 fu approvato colla modificazione proposta dal senatore Costa. Tenuto conto delle idee espresse dalla Commissione e del concetto sostanziale di tutta la disposizione, sembrerebbe che la parola *istigazione* non sia davvero superflua, perchè il concetto passato nella disposizione procedurale è più esteso di quello che si avvisava di esprimere il relatore Lucchini: esso comprende anche la istigazione prevista dall'art. 246 c. p., che si riferisce e si dirige alle forme criminose dei delitti contro la sicurezza dello Stato, come ebbe pur a ritenere la Corte di cassazione.

Dunque tutto il n. 1° dell'art. 9 si estende: *a*) agli autori, coautori dei delitti contro la sicurezza dello Stato; *b*) agli esecutori e cooperatori; *c*) ai complici; *d*) a coloro che eccitano a commettere alcuno dei delitti preveduti negli articoli 104, 117, 118 e 120 del c. p.; *e*) a coloro che istigano, secondo l'art. 246 c. p., a commettere alcuno dei reati suddetti contro la sicurezza dello Stato. E il commissario Faranda, in seno alla Commissione, aveva pur proposto che si fosse anche usata la parola *eccitamento*, che si trova appunto nell'art. 135.

79-*b*). Il n. 2° dell'art. 9 devolve anche alla competenza della Corte d'assise i delitti preveduti negli articoli dall'89 al 96 del testo unico della legge elettorale politica 22 gennaio 1882, approvato col regio decreto 24 settembre dello stesso anno.

I reati elettorali hanno un carattere eminentemente politico, ed hanno, inoltre, nel concetto della legge e nel sistema dei Governi rappresentativi, una somma importanza. Il popolo, chiamato a scegliere i propri rappresentanti al Parlamento nazionale, col suffragio nelle elezioni politiche, esercita il diritto di sovranità, che è il massimo diritto politico del quale gode: onde è conforme alla logica del diritto che il magistrato popolare conosca delle infrazioni delle leggi penali che tutelano l'esercizio dei diritti elettorali politici. Inoltre v'ha sempre la possibilità del sospetto che il potere esecutivo possa esercitare una malefica influenza e turbare la serenità del giudizio, ove sia interessato.

80. Senonchè al testo unico della legge elettorale politica 24 settembre 1882 seguirono le leggi 30 dicembre 1882, 14 luglio 1887, 25 gennaio, 3 maggio e 30 dicembre 1888, 5 maggio 1891, 28 giugno 1892, 15 agosto 1893, 11 e 19 luglio 1894, e, in base all'articolo 14 della legge 11 luglio 1894, n. 286, fu pubblicato un altro testo unico della legge elettorale politica, approvato con regio decreto 28 marzo 1895, n. 83. In virtù delle disposizioni punitive posteriori alle modificazioni del codice di procedura penale, contenute nella detta legge 11 luglio 1894, i delitti elettorali sono disciplinati negli articoli dal 99 al 114 del secondo testo unico. Ora, in materia di questi reati, si è recata una grave deroga alla norma di competenza sanzionata nel n. 2° dell'art. 9: si è deferita ai tribunali penali la cognizione dei reati contemplati negli articoli 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 110 e 111 del suddetto testo unico della legge elettorale politica, cioè la maggior parte dei delitti preveduti nel primo testo unico e devoluti, per legge organica generale, alla cognizione della Corte di assise. Così le nuove modificazioni punitive in materia di elezioni politiche, quanto alla competenza, segnano un regresso nella via delle pubbliche libertà, e si allontanano sempre più dall'alta idealità delle garentie sociali in tema di reati politici. La nuova norma di competenza è in antinomia coll'essenza di questi reati e col principio fondamentale organico dello stesso codice di procedura penale. Talchè, nello stato attuale della legislazione, la cerchia della competenza della Corte d'assise è ristretta ai delitti preveduti negli articoli 107, 108 e 109 del testo unico 28 marzo 1895.

È notevole che i reati elettorali di maggiore importanza sono stati deferiti alla cognizione del tribunale. Infatti l'articolo 8 della precitata legge 11 luglio 1894 opera questa mutazione di competenza pei reati contemplati negli articoli 89, 90, 91, 95 e 96 della legge elettorale politica 22 gennaio 1882, corrispondenti ai menzionati articoli dell'altro testo unico 28 marzo 1895.

Il primo articolo contempla la falsa attribuzione di una qualità o di un censo, l'uso sciente di documenti falsi o semplicemente simulati, le false dichiarazioni o qualsiasi altro artifizio atto ad ingannare, con cui si ottenga per sè o per altri la iscrizione nelle liste elettorali ovvero la indebita cancellazione dalle liste di uno o più elettori; la sciente indebita cancellazione o iscrizione, che, pur indipendentemente da quei mezzi, operi ogni persona rivestita di pubblica qualità; e l'alterazione, sottrazione o il rifiuto di comunicazione delle liste elettorali per l'uso prescritto dalla legge. La disposizione dell'art. 90 punisce colui che, per ottenere a proprio o altrui vantaggio il voto elettorale o l'astensione, offre, promette o somministra danaro, valori, impieghi pubblici o privati, o qualunque altra utilità ad uno o più elettori, o per accordi con essi ad altre persone; e punisce l'elettore che, per dare o negare il voto elettorale o per astenersi dal votare, accetti le offerte o le promesse o riceva danaro o altra utilità. L'art. 91 colpisce colui che usi minaccia ad un elettore o alla sua famiglia di notevole danno o della privazione di un'utilità, per costringerlo a votare in favore di una determinata candidatura o ad astenersi dal votare, o, con notizie da lui conosciute false, con raggiri o artifizi o con qualunque altro mezzo illecito, atto a diminuire la libertà degli elettori, eserciti pressione per costringerli a votare in favore di determinate candidature o ad astenersi dall'esercitare il diritto elettorale. L'articolo 95 punisce chiunque, trovandosi privato o sospeso dall'esercizio del diritto elettorale, o, assumendo il nome altrui, si presenta a dare il voto in una sezione elettorale, ovvero chi dia il voto in più sezioni elettorali; e chi nel corso delle operazioni elettorali, e prima della chiusura definitiva del verbale, è sorpreso in atto di sottrarre, aggiungere o sostituire schede, o di alterarne il contenuto o di leggere fraudolentemente nomi diversi da quelli che vi sono scritti, o, incaricato di scrivere il voto per un elettore che non può farlo da sè, vi scrive un nome diverso da quello indicatogli, o in qualsiasi altro modo falsifichi i risultati della votazione. È l'art. 96, in fine, eleva a reato il fatto di colui che, appartenendo all'ufficio elettorale, ammette scientemente a votare chi non ne ha il diritto o ricusa di ammettere chi lo ha; o, con atti o omissioni contrarie alla legge, dolosamente rende impossibile il compimento delle operazioni elettorali, o cagiona la nullità dell'elezione, o ne muta il risultato, o dolosamente si astiene dalla proclamazione dell'esito della votazione o dalla trasmissione dei

verbali all'Autorità competente; e punisce il segretario dell'ufficio elettorale che si rifiuti di scrivere nel processo verbale proteste o reclami di elettori.

Tutte queste forme di reato, contemplate nella legge fondamentale del 22 gennaio 1882, sono state, come si è detto, delineate nelle disposizioni degli articoli 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 110 e 111 del posteriore testo unico 28 marzo 1895. Esse, per la loro natura, per i loro fini, razionalmente, dovrebbero essere devolute alla cognizione della Corte d'assise, come il legislatore di rito penale aveva provvidamente disposto. Un movimento legislativo di nefasta e paurosa reazione alla più elevata e nobile conquista delle libertà popolari, travolgendo il principio fondamentale della prima parte dell'art. 9, volle che il giudizio di quei reati fosse affidato alla magistratura togata.

Sono rimasti di cognizione del giudice popolare i lievi reati preveduti negli articoli 92, 93 e 94 della legge elettorale, corrispondenti agli articoli 107, 108 e 109 del secondo testo unico. Il primo di questi articoli prevede il fatto dei pubblici ufficiali, impiegati, agenti o incaricati di una pubblica Amministrazione, i quali, abusando delle loro funzioni direttamente, o col mezzo d'istruzioni date alle persone da loro dipendenti in via gerarchica, si adoperano a vincolare i suffragi degli elettori a favore o in pregiudizio di determinate candidature, o ad indurli all'astensione; ed è applicabile ai ministri di un culto. La disposizione dell'articolo 109 colpisce chiunque senza diritto s'introduce durante le operazioni elettorali nel luogo dell'adunanza, e chi nella sala dove si fa l'elezione, con segni palesi di approvazione o di disapprovazione, o altrimenti, cagiona disordine, o, richiamato all'ordine, non ubbidisce. E l'art. 108 contempla le violenze o le vie di fatto, i tumulti, gli attruppamenti, le invasioni nei locali dell'elezione, i clamori sediziosi, gli oltraggi ai componenti l'ufficio elettorale, la sottrazione della urna elettorale, la dispersione delle schede o altri mezzi, con cui s'impedisca il libero esercizio dei diritti elettorali o si turbi la libertà del voto.

È strano dunque che si sieno sottratti alla naturale competenza della Corte di assise i reati elettorali più gravi e i più frequenti, e le si sia lasciata la cognizione di quelli di minor momento e che più difficilmente si avverano, alcuni dei quali conservano il carattere di semplice contravvenzione, come si presentano i reati contemplati nell'art. 109, importanti la sola ammenda fino a lire 200. Questa lieve forma di reato non ha nulla di grave che possa preoccupare l'opinione pubblica o turbare grandemente la libertà del voto e il corso delle operazioni elettorali. È l'unico, fra quelli lasciati alla competenza della Corte di assise, che spesso si verifica; e per questo si permette che funzioni, in materia elettorale, la Corte di assise. Nè si potrebbe sostenere che, sotto l'imperio del nuovo codice penale, si tratti di una mera contravvenzione, e che sia dubbia la competenza della Corte di assise. Di fronte all'ultimo capoverso dell'art. 11 del codice di proc. pen., che sottrae ai pretori la competenza per tutti i reati indicati nell'art. 9, alla disposizione dell'art. 8 della legge 11 luglio 1894, che modifica la competenza solamente per i delitti previsti negli articoli 89, 90, 91, 95 e 96 della legge elettorale politica 22 gennaio 1882, e all'indole dei reati elettorali, in ragione esclusiva della quale va determinata la competenza, non v'è dubbio che il lieve reato dell'art. 109 appartenga alla cognizione della Corte di assise.

81. Il n. 2 dell'art. 9 deferisce alla competenza della Corte di assise la cognizione dei reati preveduti nelle disposizioni degli art. dal 92 al 99 del testo un. della legge com. e prov. 30 dicembre 1888, approvato col r. decr. 10 febbraio 1889.

Queste figure di reato corrispondono a quelle delineate nella legge elettorale politica, sopra menzionate.

Gli articoli 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98 e 99 della legge comunale e provinciale non sono che la ripetizione quasi letterale degli articoli 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 e 96 della legge elettorale politica.

L'indole di quei reati è identica a quella dei reati di elettorato politico, perchè trattasi sempre dell'esercizio di un diritto pubblico, quantunque abbia maggiore importanza l'esercizio del suffragio politico relativamente all'interesse dello Stato.

Le stesse ragioni sorreggono la competenza del magistrato popolare. Ma, come per i reati elettorali politici, così per quelli amministrativi, la stessa legge dell'11 luglio 1894 recò un fondamentale spostamento di competenza, disponendo che i reati preveduti negli articoli 92, 93, 94, 98 e 99 della legge comunale e provinciale fossero devoluti ai tribunali penali. Talchè è rimasta alla Corte di assise la cognizione dei reati contemplati negli articoli 95, 96 e 97, nei quali sono delineate le figure dei reati preveduti negli articoli 92, 93 e 94 della legge elettorale politica 22 gennaio 1882. Valgano sul proposito le stesse considerazioni fatte in ordine ai reati di elettorato politico.

È da avvertire che, in tutti questi reati elettorali, può esservi il concorso di altri reati comuni, come la falsità di atti, di scritture, di documenti o l'uso sciente di questi. Quando essi erano tutti di competenza della Corte di assise, questa assorbiva quella delle magistrature inferiori. Così in un caso deciso dalla Corte di cassazione il 27 novembre 1891, conflitto in causa *Sbordoni*, il reato preveduto nell'art. 94 della legge comunale e provinciale fu perpetrato foggiandosi un telegramma contenente una falsa notizia. E la Cassazione correttamente decise essere l'imputazione complessiva di competenza della Corte di assise, perchè la figura principale del reato era quella preveduta dall'art. 94 sopra citato (1). Anzi, sotto l'impero della legge modificativa della competenza 11 luglio 1894, ai reati previsti dagli articoli 92, 93 e 94 della legge elettorale politica e dagli articoli 95, 96 e 97 della legge comunale e provinciale, possono congiungersi altri reati, come la corruzione, la minaccia, lesioni personali, oltraggio o vie di fatto a pubblici ufficiali: tutti saranno devoluti alla competenza della Corte di assise, sia in quanto questi altri reati, pure punibili distintamente, completino la figura del reato principale, e sia in quanto servano ad esso di mezzi.

I reati elettorali, quantunque frequentissimi, vengono raramente puniti, perchè spesso la ragione politica prevale alla giustizia. E non sono mai disgiunti da altre gravi infrazioni del diritto penale comune. In questa parte della legislazione penale l'azione dell'Autorità giudiziaria dovrebbe essere rigorosissima, e colpire, senza distinzione, chiunque si renda colpevole, perchè dalla sincerità e dalla libertà delle votazioni dipende il retto svolgimento della vita dello Stato. È vero che i reati elettorali si sogliono nascondere sotto svariatissime forme, che hanno la parvenza di mezzi leciti; ma, se fossero esaminati e indagati con accorgimento, non possono rimanere celati e impuniti.

(1) *Foro pen.*, vol. I, pag. 247.

82. Sono anche devoluti alla competenza della Corte di assise, giusta il n. 2 dell'art. 9, i delitti preveduti nell'articolo 139 del cod. pen. e quello d'istigazione a commetterli. L'art. 139 cod. pen. contempla le violenze, le minacce, i tumulti, che impediscono in tutto o in parte lo esercizio di qualsiasi diritto politico, sieno perpetrati da privati che da ufficiali pubblici, per i quali ultimi la pena si aggrava. In questo articolo però si fa eccezione per i fatti di simile natura previsti da speciali disposizioni di legge. La competenza per questi sarà certamente regolata dalle speciali disposizioni medesime. Se non fosse regolata, non si potrebbe per analogia farla rientrare nella competenza della Corte di assise.

In ordine all'istigazione a commettere i suddetti delitti, di cui è cenno nell'ultima parte del n. 2 dell'art. 9, è da osservare che qui essa non assume una figura speciale di delitto, come quella contemplata dall'art. 135 in tema di reati contro la sicurezza dello Stato; ma bisogna intenderla non solo secondo la teoria del concorso di più persone in uno stesso reato, disciplinata dagli articoli 63 e 64 del cod. pen., ma anche in relazione all'art. 246 del cod. pen. medesimo.

Gli attentati all'esercizio dei diritti politici, che nel codice del 1859 erano formolati negli articoli 190, 191, 192 e 193, riguardo alla competenza, formavano il contenuto del n. 3 dell'art. 9 prima della modificazione 1° dicembre 1889; ma, avendo il legislatore penale sintetizzata nell'art. 139 la nozione giuridica dei delitti contro le libertà politiche, e provvedendo la legge elettorale ai reati elettorali, bisognava coordinare la disposizione procedurale allo stato attuale della legislazione punitiva.

E in questo punto il nuovo codice penale segna un notevole progresso scientifico di fronte al codice sardo, perchè, in conformità ai puri concetti filosofici del diritto, riferisce al diritto naturale della libertà tutte le norme che il codice abolito riferiva alle guarentigie positive costituzionali. Invero, come egregiamente è detto nella Relazione ministeriale, se l'« alta tutela assicurata al diritto della libertà dalla Carta costituzionale e la sua somma importanza, nei rapporti civili e politici, consigliano di classificare i reati che lo colpiscono subito dopo quelli che compromettono la sicurezza dello Stato, non può tuttavia la tutela medesima togliere a quel diritto l'intera sua essenza, che lo fa derivare non da creazione politica, ma da una prerogativa connaturale all'uomo. E siccome il carattere del cittadino si completa con l'esercizio dei dritti politici ed amministrativi, pei quali concorre all'esercizio della sovranità, così, alla sua volta, il titolo che concerne i delitti contro la libertà si completa con le sanzioni che colpiscono gli attentati ai diritti anzidetti » (1).

Questa disposizione dell'art. 139 è completamente distinta, come da essa chiaramente risulta, da tutte le forme dei reati preveduti nelle leggi elettorale politica e amministrativa. Onde la prima indagine, che si dovrà esaurire, sarà quella di ricercare se il fatto che turbi o impedisca in tutto o in parte l'esercizio di qualsiasi dritto politico rientri in una ipotesi delle disposizioni penali di quelle leggi o di altre disposizioni speciali. E se il risultato delle indagini sarà negativo, potrà essere applicabile la disposizione punitiva dell'art. 139. E si noti che questo articolo ha molta analogia con gli articoli 93 della legge elettorale politica, e 96 di quella elettorale amministrativa.

Però, costituisca il fatto incriminabile la ipotesi dell'art. 139 o quella dei citati articoli 93 e 96, la competenza non si sposta: la indagine potrà avere importanza rispetto alla figura del reato e alla pena, cioè nel campo del diritto penale, ma non pei fini della competenza, perchè, anche dopo la irrazionale legge dell'11 luglio 1894, che distrusse principî di diritto fondamentali e rivendicati alle pubbliche libertà, rimase superstite, nella competenza della Corte di assise, la figura giuridica del delitto previsto nell'art. 93 della legge 22 gennaio 1882 e 96 della legge comunale e provinciale, come innanzi si è osservato.

La questione si rende importante, relativamente alla competenza, se un fatto di violenza, di minaccia o tumulto, di cui all'art. 139, si avveri congiunto a qualche altro distintamente incriminabile preveduto in una delle disposizioni penali delle due citate leggi, sottratto alla competenza naturale del magistrato popolare.

Così non è difficile che i reati preveduti negli art. 91, 95 e 96 della legge 22 gennaio 1882 e negli art. 94, 98 e 99 della legge comunale e provinciale si commettano congiuntamente a quello contemplato dall'art. 139 cod. pen., o che sia dubbio se i fatti costituiscano una delle figure prevedute in quegli articoli o il reato di quest'ultima disposizione. Se i fatti si ravvisassero distinti, secondo l'ordine rigoroso delle competenze, dovrebbero essere giudicati da magistrati diversi; e se vi è dubbio sulla loro figura, devesi prima di tutto delinearla e distinguerla, per la determinazione della competenza.

Senonchè, nella prima ipotesi, la congiunzione dei fatti potrebbe dar luogo all'applicabilità delle regole della connessione, e tutti i fatti connessi sarebbero devoluti alla cognizione della Corte di assise, secondo la norma dell'art. 20 cod. proc. pen.

In ogni caso, adunque, potrà essere importantissimo le esame di merito, quanto alla determinazione della competenza, sia sulla natura dei fatti e sia sulla loro connessità, quando diano luogo a diverse figure criminose, delle quali alcune di competenza del tribunale, altre della Corte di assise. E alla stessa conclusione si dovrà necessariamente venire nel caso che sieno congiunti dal vincolo della connessità i reati elettorali usurpati alla competenza del magistrato popolare e quelli rimasti superstiti nelle disposizioni degli articoli 92, 93 e 94 della legge 22 gennaio 1882, e 95, 96 e 97 della legge comunale e provinciale, perchè può benissimo avvenire, nell'intreccio vario dei fatti, che essi si perpetrino nelle condizioni stabilite dalla formola dell'articolo 21 del codice di rito penale.

È da deplorare che anche le violazioni delle disposizioni punitive della legge comunale e provinciale rimangano quasi sempre impunite, malgrado la frequenza dei reati che esse contemplano.

Infine è uopo osservare ancora, in ordine all'istigazione, menzionata nell'ultima parte del n. 2 dell'art. 9, ch'essa si riferisce a tutti i delitti indicati in tutto questo stesso numero secondo, e però ai delitti elettorali e a quello dell'art. 139 del codice penale. Ora è certo che l'istigatore debba essere sottoposto alla medesima competenza dell'autore del reato principale. Si potrebbe dubitare dalla dizione dell'art. 8 della legge 11 luglio 1894, la quale nella modificazione non comprende l'istigazione relativa ai reati elettorali passati alla competenza dei tribunali penali. Infatti il legislatore del 1894 avrebbe dovuto badare almeno a porre in armonia la

(1) Relazione ministeriale sul progetto del 1887, XXXI.

sua disposizione colla norma procedurale: nella fretta di sopprimere, in quella parte del diritto penale, la garentia del magistrato popolare, e assorbito in quest'unico pensiero, trascurò ogni altra indagine. E però, trattandosi di una garentia giurisdizionale non espressamente soppressa per gli istigatori, relativamente a quei reati elettorali, si potrebbe pretendere ch'essa sia rimasta integra, e non sia lecito, con una interpretazione estensiva, invanirne la efficacia. Ma, per quanto sia censurabile la omissione del legislatore, si può d'altra parte obbiettare che non sembra possibile separare la condizione degli autori da quella degli istigatori: quando tutto un reato è stato deferito alla competenza di una magistratura, essa si estende a tutti coloro che in qualunque modo vi abbiano preso parte. Il che però è soltanto ammissibile quando l'istigazione si determini nella figura di concorso, a termine dell'art. 64 cod. pen. Questa importante questione sarà anche trattata a proposito della istigazione a delinquere.

83-c). Il n. 3 dell'art. 9 contempla i delitti di stampa, previsti dagli articoli 14, 15, 16 e dal 18 al 24 della legge 26 marzo 1848 e da quelli corrispondenti delle leggi sulla stampa pubblicate nelle provincie napoletane e siciliane. Trattasi di figure di reati speciali, e non di reati comuni perpetrati col mezzo della stampa. Esse hanno eminentemente un carattere politico, pel quale razionalmente non potrebbero devolversi che alla cognizione della Corte di assise. Invero, l'art. 14 prevede non la perpetrazione dei reati che erano contemplati dagli articoli in esso citati, ma la *provocazione* a commetterli; l'art. 15 prevede i fatti di coloro che, mediante la stampa, impugnano formalmente la inviolabilità della persona del Re, l'ordine della successione al trono, l'autorità costituzionale del Re e delle Camere; l'art. 16 contempla fatti contro la religione dello Stato; l'art. 18 le offese e gli oltraggi alle religioni e ai culti permessi dallo Stato; l'art. 19 le offese e gli oltraggi verso la sacra persona del Re o verso la reale famiglia o verso i principi del sangue; l'art. 20 il fatto di colui che fa risalire alla persona del Re il biasimo o la responsabilità degli atti del suo Governo; l'art. 21 gli oltraggi al Senato o alla Camera dei deputati; l'art. 22 le pubbliche adesioni, col mezzo della stampa, a qualunque altra forma di Governo, e le manifestazioni di voto o minaccia della distruzione dell'ordine monarchico costituzionale; l'articolo 23 le divulgazioni di segreti atte a compromettere la sicurezza esterna dello Stato o a giovare direttamente ai nemici della patria; e l'art. 24, finalmente, contempla qualunque offesa contro la inviolabilità del diritto di proprietà, la santità del giuramento, il rispetto dovuto alle leggi, ogni apologia di fatti qualificati delitti dalle leggi penali, ogni provocazione all'odio fra le varie condizioni sociali e contro l'ordinamento della famiglia.

84. In tema di apologia di reati commessi per mezzo della stampa, non è pacifica l'interpretazione dell'art. 24 dell'editto relativamente alla competenza. Il Collegio Supremo ebbe occasione di occuparsene, in una risoluzione di conflitto, in causa *Girola* e *Libani*, nel 13 maggio 1892, adottando completamente la teoria sostenuta dal chiarissimo rappresentante il pubblico ministero, Cosenza. Questa teoria ritiene che l'apologia di reato, contemplata dalla legge sulla stampa, sia quella apologia astratta, « in linea di pura discussione accademica », di fatti che la legge penale qualifica delittuosi, o quella di reati previsti dalla legge sulla stessa stampa, ovvero l'apologia di delitti contro la sicurezza dello Stato. L'apologia e l'istigazione di ogni altro reato determinato, contro le persone o le proprietà, previsto dal codice penale, quantunque commesso per mezzo della stampa, non apparterrebbero al novero dei reati politici e di stampa, e però non sarebbero devolute alla cognizione della Corte di assise, in considerazione della loro indole giuridica (1). Questa teoria comunemente si segue, e, anche recentemente, il Castori pare che l'accolga (2). A noi sembra che si debbano tenere ben distinte, pei fini della competenza, le due figure dell'istigazione o provocazione per mezzo della stampa a commettere fatti delittuosi, e dell'apologia di essi.

L'autore della ricordata requisitoria, innanzi la Cassazione, ritenne esservi un'apologia che si concreta in una vera istigazione a delinquere, quando sia unicamente diretta a questo scopo, ovvero quando si risolva in un mezzo d'istigazione. Ma questa è questione di fatto, che non può elevarsi a base di una teoria, e, nel caso deciso dalla Corte, può anche darsi che si sia trattato più che di una vera apologia di reato, di una propria e reale forma d'istigazione.

L'errore sta nell'ammettere che possa essere incriminabile un'apologia di reato astratta, eseguita in forma di disquisizione accademica, senza alcuno scopo d'incitamento o di provocazione.

Un altro errore più grave consiste nel ritenere che una apologia accademica, astratta, a forma di disquisizione scientifica, sia l'apologia preveduta nell'art. 24 dell'editto sulla stampa. Con questa affermazione, si giungerebbe ad incriminare le pure manifestazioni del pensiero.

L'art. 24 dell'editto non può prevedere altra figura di reato che quella indicata nell'art. 247 del cod. pen.: la locuzione quasi identica dinota il medesimo concetto. Invero, nel primo il legislatore si esprime: « ogni apologia di fatti qualificati crimini o delitti dalla legge penale »; e nel secondo: « chiunque, pubblicamente, fa l'apologia di un fatto che la legge prevede come delitto ».

85. La legge 19 luglio 1894, n. 315, non lusinghiera per le pubbliche libertà, delle quali diminuisce le garantie, senza rispettare i principî veri che devono informare le leggi tutelatrici delle manifestazioni del pensiero umano, non solo aumentò le pene sancite dal codice penale per i reati indicati negli articoli 246 e 247 commessi per mezzo della stampa, ma li sottrasse alla competenza loro naturale, deferendoli indistintamente a quella dei tribunali penali. Quindi, sotto l'impero di quest'ultima legge, l'apologia di reati preveduti nell'art. 24 dell'editto 26 marzo 1848, essendo eguale alla figura dell'apologia contemplata nell'art. 247, non appartiene più alla competenza della Corte di assise. Ma se fosse possibile accettare il concetto dell'apologia manifestato dalla Cassazione nella citata decisione 13 maggio 1892, cioè di un'apologia puramente accademica, risolventesi in un apprezzamento esclusivamente morale o scientifico astratto; se la figura dell'apologia contemplata dall'art. 24 dell'editto sulla stampa fosse sostanzialmente diversa dalla apologia preveduta nell'art. 247 del codice penale, ne discenderebbe ineluttabilmente questa conseguenza: che la legge 19 luglio 1894 non avrebbe spostata la competenza in ordine all'apologia, di cui all'art. 24 sopracitato.

Nella giurisprudenza e nella dottrina la questione si è estesa a tutto il contenuto dell'art. 24 dell'editto nei rap-

(1) *Riv. Pen.*, vol. XXXVI, pag. 170.

(2) *Trattato di proc. pen.*, vol. I, n. 222.

porti coll'art. 247 del codice penale. E la questione è importante per i fini della competenza posteriormente alla legge 19 luglio 1894.

86. Prima di questa legge, la questione si presentava nel modo seguente: se in tutto o in parte la disposizione dell'art. 24 dell'editto sulla stampa fosse stata abrogata dalle corrispondenti disposizioni del codice penale contenute nell'art. 247. La Corte di cassazione non è stata costante sul proposito. In una decisione del 12 giugno 1893, conflitto in causa *Grati*, giudicava, a proposito del delitto d'incitamento all'odio fra le classi sociali: « la medesimezza del reato preveduto tanto dal codice penale quanto dalla legge sulla stampa induce necessariamente a conchiudere che la diversità fra le due previsioni risieda nel mezzo con cui il reato fu commesso; o che il mezzo sia la stampa nel caso dell'art. 24 della legge sulla stampa, o che il mezzo non sia la stampa nel caso dell'articolo 247 cod. pen. Nella specie, essendo il reato commesso con la stampa, si applica la legge sulla stampa, e quindi la competenza è della Corte di assise» (1).

Il principio espresso è generale ed applicabile, secondo il pensiero della Suprema Corte, a tutte le figure dell'articolo 24, identiche a quelle dell'articolo 247. Sembra inoltre esattissimo, perchè il mezzo di pubblicità è la ragione fondamentale, per la quale il legislatore del 1848 volle attribuire la competenza al magistrato popolare e diede loro una grande importanza. E la stessa Suprema Corte in altra decisione del 14 giugno 1895, conflitto in causa *Mander*, richiamando i precedenti della giurisprudenza e tenendo presente lo stato di essa, affermava: « l'art. 24 del regio editto prevedeva sei diverse ipotesi di reato, a cui minacciava la pena dell'art. 17 dello stesso editto. E se l'articolo 24 non venne abrogato quando fu pubblicato il nuovo codice penale, che nell'art. 247 prevedeva alcuna di esse, in quanto il reato fosse stato pubblicamente commesso, il che poteva abbracciare anche l'ipotesi che il reato venisse commesso col mezzo della stampa, ciò principalmente dipese dal fatto che per le altre il codice nuovo non provvedeva, ond'era necessità che rimanesse in vigore l'art. 24. Anzi, rimasto questo in vigore, la giurisprudenza fermò più volte la massima che gli eccitamenti all'odio fra le classi, le apologie dei fatti delittuosi, se commessi col mezzo della stampa, fossero punibili ai sensi dell'art. 24 della suddetta legge speciale, non a senso dell'art. 247 cod. pen., applicabile soltanto ai fatti in altro modo compiuti » (2).

E questa decisione è in armonia colla precedente, e il principio affermato è del pari esatto, salvo ad esaminare se gli art. 24 e 247 abbiano comuni più figure delittuose o soltanto l'apologia, come in quest'ultimo senso si è pur sostenuto (3).

Il concetto che primeggia in queste decisioni è questo: che l'art. 24 dell'editto sulla stampa non sia stato in alcuna parte abrogato dal posteriore codice penale, e che le figure di reati in quello prevedute, quantunque comuni con le figure delittuose dell'art. 247 cod. pen., se ne differenziano per il mezzo di pubblicità e di consumazione, riguardo alla quantità e qualità della pena e alla competenza.

Ma a questi principî non si mantenne fedele la Corte di cassazione (4).

Secondo noi, il nuovo codice penale non ha affatto abrogato l'art. 24 della legge sulla stampa, non per dichiarazione espressa, la quale non esiste, non per incompatibilità delle sue disposizioni collo stesso articolo, e non per aver regolata l'intera materia già disciplinata dall'editto del 26 marzo 1848, giusta le tre forme di abrogazione prescritte dalle disposizioni preliminari al codice civile.

87. Venuta la legge 19 luglio 1894, la giurisprudenza ha escluso nei reati dell'art 24 il carattere di reati di stampa, e li ha ritenuti tutti di competenza dei tribunali penali. La Corte, nella ricordata sentenza 14 giugno 1895, discutendo della situazione giuridica di quei reati dopo quella legge giudicava: « Ma dopo la legge 19 luglio 1894, che coll'articolo 1° dichiarò punibili i reati preveduti negli art. 246 e 247, anche se commessi col mezzo della stampa, colle pene stabilite nel codice penale aumentate della metà, e col 3° articolo statuì spettare la cognizione di tali reati alla competenza dei tribunali, ne è venuto che si gli eccitamenti all'odio fra le classi, come le apologie di reati, preveduti tanto dall'art. 247 c. p., quanto dall'art. 24 della legge sulla stampa, sono passati a non potere essere puniti che ai sensi dell'art. 247, e quindi di cognizione esclusiva dei tribunali penali. Se altrimenti si ritenesse, si porrebbe in non cale l'articolo che espressamente li vuole puniti secondo il codice penale, e non si saprebbe più perchè l'art. 3 dovesse dichiararli di competenza dei tribunali, mentre non era possibile il dubitare che i reati preveduti negli art. 246 e 247 se commessi con mezzi diversi della stampa, fossero già di cognizione dei tribunali stessi ». Quindi dichiarò che il reato di eccitamento all'odio fra le classi sociali non potesse riguardarsi come reato di fronte all'art. 24 dell'editto, ma soltanto di fronte all'art. 247 cod. pen., e però non più di competenza della Corte di assise.

88. La questione, dopo la legge del 19 luglio 1894, che interessa per la trattazione della competenza, è quella di esaminare se qualche figura di reato fra quelle previste nell'art. 24 dell'editto non sia stata sottratta alla cognizione della Corte di assise.

Per l'art. 3 di essa legge, tutte le figure criminose degli art. 246 e 247 che si determinano colla stampa sono sottratte alla cognizione della Corte di assise. Resta a vedere quali di esse si compenetrino e si confondano con quelle dell'art. 24.

L'art. 247 c. p. contempla le seguenti forme criminose: *a*) apologia di un fatto che la legge prevede come delitto; *b*) incitamento alla disobbedienza della legge; *c*) incitamento all'odio fra le varie classi sociali in modo pericoloso per la pubblica tranquillità. E l'art. 24: *a*) offesa contro l'inviolabilità del diritto di proprietà; *b*) offesa contro la santità del giuramento; *c*) offesa contro il rispetto dovuto alle leggi; *d*) apologia di fatti qualificati delitti dalle leggi penali; *e*) ogni provocazione all'odio fra le varie classi sociali; *f*) ogni provocazione contro l'ordinamento della famiglia.

Dal confronto fra i due ordini di figure criminose risulta che la prima, l'offesa contro l'inviolabità del diritto di proprietà, e la seconda, l'offesa contro la santità del giuramento, non sono affatto prevedute nell'art. 247. Il dubbio sorge intorno alla terza, cioè all'offesa contro il rispetto dovuto alle leggi, perchè l'art. 247 prevede l'incitamento alla disobbedienza alla legge. Bisogna constatare che la linea di separazione è sottile fra l'una e l'altra ipotesi. Nondimeno

(1) *Riv. Pen.*, vol. XXXVIII, pag. 130.
(2) *Riv. Pen.*, vol. XLII, pag. 161.
(3) *Giust. Pen.*, vol. I, 904, *nota*.
(4) V. 19 luglio 1895, *Dell'Avalle* (*Riv. Pen.*, vol. XLII, 370 n.).

le due figure possono essere distinte nel senso, che possa sussistere l'offesa al rispetto delle leggi, senza degenerare in incitamento alla disobbedienza: questo richiede un fatto positivo, un'attività criminosa più intensa, laddove la prima può rimanere in un campo più astratto e generico. L'offesa al rispetto delle leggi può contenersi nei limiti di una propaganda d'idee politiche o sociali, e nel campo delle pure manifestazioni del pensiero umano; laddove l'incitamento esce fuori da questo campo e si esplica come azione criminosa che opera e agisce sugli animi altrui e sulle altrui volontà.

Quindi l'una forma di reato si mantiene nella sfera della estrinsecazione del pensiero; l'altra scende nel campo dei fatti ed ha forza ed efficacia di azione positiva. La prima non è colpita dalla legge speciale 19 luglio 1894; la seconda invece, come tutte le ipotesi dell'art. 247, vi è compresa.

La quarta figura dell'art. 24, l'apologia di fatti qualificati delittuosi dalle leggi penali, secondo si è sopra dimostrato, è identica all'apologia contemplata dall'art. 247, e se ne differenzia soltanto per il mezzo di esecuzione: ora, avendo la legge speciale 19 luglio 1894 colpita quella figura di reato consumato col mezzo della stampa, ha sostanzialmente colpita l'apologia preveduta nell'art. 24 dell'editto.

La quinta figura di questo articolo, ogni provocazione all'odio fra le varie condizioni sociali, pare eguale a quella dell'art. 247 delineata colle parole: « incitamento all'odio fra le varie classi sociali in modo pericoloso per la pubblica tranquillità ». Che la provocazione all'odio fra le varie condizioni sociali, indicata nell'art. 24, sia identica all'incitamento all'odio fra le varie classi sociali dell'art. 247 non è dubbio, perchè le due proposizioni, sostanzialmente, dinotano un medesimo concetto.

L'ultima forma di delitto, preveduta nell'art. 24, cioè la provocazione contro l'ordinamento della famiglia, non trova riscontro nella disposizione dell'art. 247 del codice penale.

Dall'analisi giuridica del contenuto dei due precetti di legge scaturisce questa verità: che, sotto l'impero della legge speciale 19 luglio 1894, fra le figure delittuose dell'art. 24 dell'editto sulla stampa, restano nella sfera della competenza della Corte di assise: l'offesa contro la inviolabilità del diritto di proprietà, quella contro la santità del giuramento, quella contro il rispetto dovuto alle leggi dello Stato, e quella contro l'ordinamento della famiglia. Sono state sottratte a questa competenza e devolute a quella dei tribunali penali l'apologia di fatti qualificati reati dalle leggi penali e ogni provocazione all'odio fra le varie condizioni sociali.

Non possiamo adunque accettare la teoria che ammette essere la sola figura dell'apologia comune alle disposizioni dell'art. 247 c. p. e 24 dell'editto sulla stampa, e che abbia risentita l'influenza dell'innovazione legislativa degli articoli 1 e 3 della legge 19 luglio 1894.

La giurisprudenza non ha avuto in proposito un concetto chiaro e preciso, com'è dimostrato da parecchie decisioni contraddittorie or su questa or su quella forma di reato, previste dalle citate disposizioni. Un'analisi accurata delle singole figure e un obbiettivo confronto fra loro possono renderla più sicura e più proficua nei casi concreti.

89. In ordine all'istigazione a delinquere, la questione ha poca importanza relativamente alla competenza.

È certo che, per il n. 3 dell'art. 9 c. p., i reati d'istigazione a delinquere preveduti nell'art. 13 della legge sulla stampa e nell'art. 246 c. p., non entrano nella competenza della Corte di assise.

L'istigazione però è devoluta in parecchie ipotesi alla Corte d'assise, quando cioè si riferisca alla perpetrazione dei reati indicati nei nn. 1 e 2 dell'art. 9 c. p. p., che sono per l'indole loro di quella competenza. Di più, l'istigazione commessa colla stampa entra nella competenza della Corte di assise anche quando assume la forma di concorso nei reati di stampa ancora devoluti a quella competenza. E qui l'esame si estende, necessariamente, alla vera interpretazione dell'art. 4 della legge 22 novembre 1888 nei rapporti coll'articolo 13 dell'editto albertino. Il capov. del citato articolo è così concepito: « Questa disposizione non si applica alle leggi sulla stampa, tranne che per gli art. 17, 27, 28 e 29 del regio editto 26 marzo 1848, n. 695, e per i conformi articoli della legge 1° dicembre 1860, n. 64, per le provincie napoletane e della legge 17 dicembre 1860, n. 12, per le provincie siciliane, ai quali s'intenderanno sostituite le disposizioni corrispondenti del nuovo codice penale. La stessa cosa avrà luogo per l'art. 13 delle citate leggi sulla stampa, il quale articolo però continua ad essere in vigore limitatamente ai reati che rimangono tuttora regolati dalle stesse leggi ». Questo art. 13 prevede la provocazione a commettere un qualsiasi reato, sia delitto che contravvenzione. Sarebbe stato logico disporre, come pei primi due numeri dell'art. 9, che anche l'istigazione a qualsiasi delitto di stampa deferito alla Corte di assise, dovesse seguirne la competenza. Se questa logica disposizione manca nel n. 3, non la si può creare con l'interpretazione; ma devesi per necessità ritenere che, se la istigazione in qualsiasi modo assuma il carattere di partecipazione o concorra nei reati di stampa devoluti alla Corte di assise, ne debba seguire la competenza.

Un'altra forma d'istigazione, devoluta alla competenza della Corte d'assise, è quella preveduta nell'art. 2 della legge 19 luglio 1894. Chiunque, per mezzo della stampa, o di qualsiasi altro segno figurativo indicato nell'art. 1 della legge 26 marzo 1848, istiga i militari a disubbidire alle leggi o a violare il giuramento dato ovvero i doveri della disciplina, è punito, a norma di quell'articolo, colla detenzione da tre a trenta mesi e colla multa da lire trecento a duemila, e per il successivo art. 3 deferito al giudizio del magistrato popolare. Questa disposizione, come apertamente rilevasi dallo spirito che la informa, muove da uno scopo politico. Interessa sommamente allo Stato mantenere l'esercito immune dagli attacchi che mirino a scuoterne il sentimento del dovere militare e della disciplina. L'esercito, ch'è una istituzione essenziale alla difesa dello Stato, deve conservarsi fedele al giuramento prestato, mostrare in ogni rincontro obbedienza alle leggi, sentire altamente i doveri della disciplina, la quale costituisce il fondamento della organizzazione militare, e ciecamente osservarla. È logico adunque che gli attentati al sentimento del dovere militare, inteso in tutta la sua estensione, sieno dallo Stato puniti, come quelli che offendono la istituzione più potente e più necessaria alla propria sicurezza e alla propria difesa.

Questo reato è un vero nuovo reato di stampa, creato dal legislatore a tutela dello spirito di disciplina e di dovere dell'esercito contro gli attentati operati col mezzo della stampa, e meritava un identico trattamento giuridico.

La parola generica della legge comprende qualunque istigatore, il quale potrebbe essere anche un militare, salvo per costui le altre pene, nelle quali possa incorrere in forza

del codice penale militare. E se l'istigatore abbia raggiunto lo scopo, provocando la disubbidienza del militare, la trasgressione alla disciplina e la violazione dei doveri militari, i due reati saranno regolati ciascuno dalla propria competenza; e il militare colpevole sarà giudicato dal tribunale militare, e l'istigatore dalla Corte di assise, tranne il caso ove si possa far luogo all'applicazione dell'art. 337 del codice penale militare, per l'esistenza della complicità o della connessità fra militari e persone soggette alla giurisdizione ordinaria. Ma delle ipotesi di connessità fra reati soggetti alle due giurisdizioni sarà tenuto discorso a luogo opportuno.

90-*d*). Un'altra categoria di reati, per la natura loro, è deferita alla Corte di assise: gli abusi dei ministri dei culti nell'esercizio delle proprie funzioni, preveduti negli articoli 182 e 183 del codice penale. L'indole politica di queste disposizioni dettate dal legislatore penale italiano giustifica l'attribuzione della competenza alla Corte di assise. Lo Stato italiano, come parecchi altri Stati, ha sentito il bisogno di tutelare la società civile, i propri ordinamenti e le proprie leggi dagli abusi dei ministri del culto.

E, fin dal Parlamento subalpino, il ministro Rattazzi si affrettò a presentare un progetto di legge sul proposito, nel 2 gennaio 1854. Venne poi la legge 5 luglio 1854, che incriminò la pubblica censura delle istituzioni e delle leggi dello Stato, la provocazione alla disobbedienza alle leggi stesse, o agli atti della pubblica Autorità, e qualunque infrazione delle regole vigenti sopra la necessità dell'assenso del Governo per la pubblicazione ed esecuzione dei provvedimenti riguardanti il culto; sopraggiunse il codice penale del 1859 e conservò quelle figure delittuose (art. 268, 269 e 270), e punì il ministro di un culto che, nell'esercizio del suo ministero, censurasse espressamente o oltraggiasse le istituzioni o le leggi dello Stato, un decreto reale o altri atti dell'Autorità pubblica. Il codice vigente è stato anche più rigoroso e più illiberale delle leggi precedenti, nelle disposizioni sopra citate. Ma, per i fini della presente trattazione, basta osservare, a giustificazione del fondamento giuridico dell'attribuita competenza, che a quelle disposizioni presiedette un concetto eminentemente politico, come chiaramente appare dalla Relazione ministeriale, redatta su questo argomento in istile enfatico, nella quale fra l'altro, si legge: « Ma quando invece il ministro del culto... abusando della forza morale inerente al suo ministero, sostituisce agli insegnamenti della religione e della morale gli sforzi mondani di fanatiche reazioni politiche; quando invoca il cielo per agitare la terra, dimentico che le leggi divine comandano il rispetto e la fedeltà alle Autorità costituite; quando del pergamo e dell'altare fa una tribuna di sedizione in odio alla patria, alle leggi, alle stesse sue basi; allora questo ministro non si tiene più entro la cerchia insindacabile dell'ufficio sacro » (n. XCIII). Qui l'espositore del pensiero legislativo sembra che si atteggi a teologo per fine politico; e quelle disposizioni si risolvono in una diminuzione della libertà delle discussioni e delle manifestazioni del pensiero umano.

La competenza per questi reati, adunque, è stata rettamente affidata al magistrato popolare.

Seguono la stessa competenza tutti coloro che concorrono in quei reati.

91-*e*). La legge 19 luglio 1894, all'art. 2, sopra citato, ha elevato a reato il fatto di colui che, per mezzo della stampa, o di qualsiasi altro mezzo figurativo indicato nell'art. 1° della legge 26 marzo 1848, espone l'esercito o l'armata all'odio o al disprezzo della cittadinanza. E questo reato, come si è detto, è devoluto alla competenza della Corte d'assise in forza dell'articolo 3 della medesima legge.

Nella prima parte dell'art. 2, come si è visto, il legislatore del 1894 ha voluto difendere l'esercito dagli attacchi morali al suo spirito di disciplina e al suo sentimento dei doveri militari, e nella seconda parte è stato mosso dalla idea di non farlo screditare al cospetto della nazione, della quale è la difesa più valida, e di non esporlo all'odio o al disprezzo dei cittadini.

L'idea, che informa la disposizione, è politica, in quanto si è inteso preservare il prestigio dell'esercito o dell'armata nella pubblica opinione, e bene si è attribuita la competenza alla Corte di assise pel giudizio di quella infrazione. Osserviamo solo che non era necessaria nè utile la elevazione di un fatto simile a reato, perchè le grandi istituzioni non devono temere gli ingiusti attacchi, se davvero sono proficue e rispondono alle loro alte finalità.

92. Dalle dimostrazioni fatte possiamo prospettare il seguente quadro di tutti i reati, che, in ragione dell'indole loro, dello scopo al quale sono informati, sono, nella vigente legislazione positiva italiana, devoluti alla cognizione del magistrato popolare:

a) delitti contro la sicurezza esterna e interna dello Stato, preveduti nelle disposizioni degli articoli contenuti sotto il titolo 1° del libro 2° del codice penale;

b) il reato di eccitamento a commettere alcuno dei delitti contemplati negli art. 104, 117, 118 e 120 cod. pen.;

c) delitti elettorali preveduti nelle disposizioni degli art. 92, 93 e 94 della legge elettorale politica 22 gennaio 1882, corrispondenti agli articoli 107, 108 e 109 del testo unico approvato con regio decreto 28 marzo 1895 n. 83;

d) delitti contro le libertà politiche, contemplati nell'art. 139 del codice penale;

e) delitti elettorali delineati nelle disposizioni degli articoli 95, 96 e 97 della legge comunale e provinciale;

f) delitti d'istigazione a commettere i sopra indicati reati contro la sicurezza dello Stato e a commettere quelli elettorali politici e amministrativi raffigurati negli articoli dall'89 al 96 della legge elettorale politica 22 gennaio 1882, corrispondenti agli articoli dal 99 al 111 del relativo testo unico approvato con regio decreto 28 marzo 1895, e negli art. dal 92 al 99 della legge comunale e provinciale 30 dicembre 1888, salvo l'influenza, che sulla istigazione ai reati elettorali sottratti recentemente alla cognizione della Corte di assise, quando essa si determinò sotto forma di concorso, possa avere la precitata legge 11 luglio 1894;

g) delitti d'istigazione col mezzo della stampa verso i militari a disubbidire alle leggi o a violare il giuramento dato o i doveri della disciplina, preveduti nella prima parte dell'art. 2 della legge 19 luglio 1894, n. 315;

h) delitti di chi espone l'esercito o l'armata all'odio o al disprezzo della cittadinanza, commessi colla stampa e preveduti nella seconda parte dell'art. 2 della citata legge 19 luglio 1894;

l) delitti preveduti negli articoli 14, 15, 16, e dal 18 al 24 dell'editto Albertino 26 marzo 1848, tranne il reato di apologia di reato e quello di provocazione all'odio fra le varie classi sociali, corrispondenti alle due identiche figure dell'articolo 247 del codice penale;

m) delitti dei ministri di un culto, che, nell'esercizio delle loro funzioni, pubblicamente biasimano o vilipendono le istituzioni, le leggi dello Stato e gli atti dell'Autorità, o che, prevalendosi della loro qualità, eccitano al dispregio delle

istituzioni, delle leggi o delle disposizioni dell'Autorità o dei doveri inerenti ad un pubblico ufficio, o che costringono o inducono alcuno ad atti o dichiarazioni contrarie alle leggi o in pregiudizio dei diritti in virtù di esse acquistati: delitti preveduti negli articoli 182 e 183 del codice penale.

93. Per i reati di competenza della Corte d'assise, si procede in via d'accusa, secondo le norme del titolo III, lib. 2° c. p. p. La Sezione d'accusa li rinvia con sentenza, la quale così, quando non è impugnata, investe la Corte della cognizione di quella causa, ma non che le attribuisca la competenza, perchè la competenza è fissata già da norme rigorose di legge e fra i casi di nullità, pei quali è consentito all'accusato d'impugnare la sentenza di accusa, vi ha quello della incompetenza della Corte. Ma non impugnata, passa in giudicato anche la questione di competenza.

La sentenza di rinvio però, pronunziata dalla Sezione di accusa, non influisce come giudicato, quando l'imputato è stato rinviato innanzi al tribunale o al pretore, innanzi ai quali l'eccezione d'incompetenza è sempre proponibile ed è sollevabile anche di ufficio. E può elevarsi in grado di appello e in Cassazione o dalle parti o di ufficio, come rilevasi dalle disposizioni degli art. 345, 364, 395 e 419 codice procedura penale.

Questo effetto, che relativamente ai reati di competenza della Corte di assise, produce la sentenza di accusa e di rinvio alla Corte medesima, da un lato è l'applicazione pura e semplice del principio della *res iudicata*, che spiega la sua efficacia anche sulla questione di competenza, dall'altro è una deroga al principio procedurale che ogni giudice adito debba, preliminarmente, giudicare sulla propria competenza e constatare se abbia o no il potere di conoscere del reato rinviato al suo giudizio. Sotto il primo punto di vista, il legislatore italiano è stato contraddittorio, perchè, mentre mantiene alla sentenza di rinvio alla Corte d'assise l'autorità della cosa giudicata, la nega quanto alla sentenza di rinvio al tribunale e al pretore, sebbene pronunziata, dopo eguale procedimento, dallo stesso magistrato di accusa. Se il legislatore credeva opportuno attribuire alla Sezione di accusa il giudizio definitivo sulla competenza del magistrato di merito, doveva attribuirlo indistintamente tanto per il rinvio alla Corte di assise quanto per quello al tribunale o al pretore. Sotto il secondo aspetto, il legislatore è stato illogico, negando l'applicazione di un principio fondamentale di ragione naturale, per i reati più gravi e più importanti, al massimo magistrato penale della nostra legislazione. Nè si riscontra alcuna ragione di opportunità in questa eccezione, che costringe il giudice di merito a subire il giudizio pronunziato da un altro magistrato.

94. Si può presentare il dubbio, come pur si è presentato nella giurisprudenza: se possa la Corte d'assise sollevare il conflitto o dichiarare la propria incompetenza, quando, fra più accusati alcuno sia contumace e non stato in conseguenza avvertito, in conformità dell'art. 457 c. p. p., di poter proporre domanda di nullità nel prescritto termine perentorio. Si può obiettare che, giudicando la Corte su tutte le questioni relative ai diritti del contumace, possa riconoscere la propria incompetenza e dichiararla in ordine a tutti per la inscindibilità del giudizio. In una sentenza del 10 marzo 1893, conflitto in causa *Castelvedere*, la Corte di cassazione si ebbe ad occupare di un caso simile, che si potrebbe spesso ripetere (1). Rinviate davanti la Corte di assise di Casale due persone accusate di reati di stampa, una di esse si mantenne contumace; e la Corte, sulle uniformi richieste della difesa dell'accusato comparso e del Pubblico Ministero, rimise la causa alla cognizione del tribunale penale, osservando che non trattavasi di un vero delitto di stampa. E il tribunale elevava il conflitto, rinviando gli atti alla Cassazione.

Il rappresentante del Pubblico Ministero, Cosenza, così sosteneva la tesi intorno al diritto che la Corte di assise avesse di dichiarare in quel caso la propria incompetenza:

« In quanto all'efficacia e al valore giuridico dell'ordinato rinvio, è da notare che, se alle giurisdizioni istruttorie è data la facoltà d'investire della causa il giudice che esse credono competente, il giudice di merito non è mai ligato dalla sentenza di rinvio. Esso è obbligato a prendere cognizione della causa, ma ha piena libertà di apprezzamento, e può dare al fatto una diversa qualificazione giuridica e dichiarare anche la propria incompetenza ».

Ora questo è il principio generale, ma contro di esso il legislatore ha stabilita un'eccezione per le Corti di assise. E in ordine a questa eccezione la requisitoria prosegue: « È vero che accanto a questa regola si trova sancita nell'articolo 516 c. p. p. una eccezione che riguarda la Corte di assise, onde la dottrina ebbe a formolare la massima che il rinvio è puramente *indicativo* di competenza quando è fatto ad un pretore o ad un tribunale, ed è *attributivo* di competenza, se fatto ad una Corte di assise, perchè questa deve sempre pronunziare sul merito, ancorchè, per le risultanze del dibattimento, riconoscesse non essere la causa, per il titolo del reato, di sua competenza; però questa eccezione dell'articolo 516 riguarda la ipotesi che la Corte d'assise abbia proceduto a giudizio per un reato di sua competenza e che, in seguito al verdetto dei giurati, l'accusato fosse risultato responsabile di un reato di competenza inferiore, vale a dire di competenza del tribunale o del pretore; nel qual caso, dice il su ricordato articolo che la Corte, anzichè rinviare la causa al giudice inferiore, deve pronunziare la pena stabilita dalla legge. Ma nella specie in primo luogo mancherebbe l'estremo di trattarsi di una causa la quale, per il titolo del reato fosse originariamente della Corte di assise, e mancherebbe in secondo luogo la circostanza di essere la figura del reato più lieve emersa dalla risposta dei giurati; epperò non è lecito invocare la disposizione del detto articolo 516. « Questa parte del ragionamento contiene due inesattezze fondamentali: la prima consiste in un erroneo apprezzamento dell'articolo 516, e la seconda in uno spostamento della questione. L'art. 516 è una conseguenza inevitabile del principio generale da noi sopra chiarito, che cioè la sentenza di accusa e di rinvio alla Corte di assise costituisce giudicato quanto alla competenza di questa: onde, se il giudice di fatto ritiene in merito una ipotesi diversa da quella formolata dalla sezione di accusa e rientrante nella competenza di un magistrato inferiore, la Corte non potrà mai ritornare sulla questione di competenza.

L'altra affermazione della requisitoria, che la Corte non possa dichiarare la incompetenza per un reato di sua competenza, non costituisce un argomento della tesi che sostiene, perchè in senso obiettivo nessuno ne dubita: la questione è di vedere se la Corte possa discutere della propria competenza, quando questa sia stata dichiarata dalla Sezione di accusa. Ma l'errore continua, quando l'egregio magistrato so-

(1) *Riv. Pen.*, vol. XXXVII, pag. 482.

stiene che, essendo la ragione dell'art. 516 riposta nel concetto di evitare una inutile ripetizione del dibattimento per una causa già discussa e con maggiori garantie davanti un giudice superiore, essa cessi nel caso che il dibattimento non abbia avuto luogo, e che però sia inapplicabile la disposizione medesima.

Quel concetto potrà tutt' al più costituire il motivo che ha indotto il legislatore a dare alle sentenze di rinvio alle Corti di assise l'autorità del giudicato in tema di attribuzione di competenza, ove non sieno legalmente denunciate in Cassazione, ma la vera ragione della improponibilità dele l'eccezione di competenza alla Corte d'assise è sempre l'ostacolo del giudicato. Ed erra ancora la requisitoria, affermando essere dato alla Corte nei riguardi del contumace esaminare la propria competenza e sollevarla di ufficio, come potrebbe dichiarare la prescrizione dell'azione penale e la mancanza della querela della parte offesa. La domanda di nullità è un diritto che spetta alla parte, e che deve farsi valere col rimedio del ricorso per cassazione contro la sentenza di rinvio che ha giudicato sulla competenza. Non si versa qui nella ipotesi di dovere sempre il magistrato adito rilevare di ufficio la sua mancanza di potestà a giudicare; ma nella ipotesi di una sentenza che, bene o male, ha ritenuta la competenza, e che non può altrimenti essere scossa che col rimedio giuridico consentito dalla legge. Ora i mezzi d'impugnativa delle sentenze non spettano al magistrato giudicante, ma alle parti interessate. Invano si è pure richiamato l'inconveniente che, comparendo il contumace e proponendo il ricorso contro la sentenza di rinvio, potrebbe farla annullare e far scindere il giudizio e la competenza per un medesimo fatto, in cui sieno concorsi più colpevoli. È un puro e semplice inconveniente, soltanto possibile, perchè l'accusato potrebbe anche non valersi del suo diritto o il suo ricorso potrebbe venire rigettato. In ogni modo, l'inconveniente è nella legge, e non è lecito all'interprete, per eliminarlo, modificare la legge stessa. La Corte potrà, si dice, rilevare la prescrizione dell'azione penale, la mancanza di querela, e risolvere tutte le questioni che riguardano il contumace. Anzi, aggiungiamo, può assolvere l'accusato in merito (art. 540 cod. p. p.). Ma tutte queste pronuncie sono pronuncie di merito, che presuppongono appunto la competenza del magistrato giudicante. Non bisogna preoccuparsi d'ipotetici inconvenienti: non è sistema corretto d'interpretazione giuridica riguardare e comprendere le norme legislative a traverso gli inconvenienti, che la loro applicazione presenta nella pratica.

L'interprete non ha altro cómpito che di chiarire e porre nella sua vera luce il pensiero del legislatore quale è, coi pregi e coi difetti, nella sua opportunità e nei suoi inconvenienti; e tale deve essere applicato dal magistrato, la cui missione nel diritto moderno non corrisponde a quella del pretore del diritto romano, che, secondo la formola papinianea, poteva correggere, giovare e supplire al rigoroso diritto positivo.

Alla requisitoria del procuratore generale rettamente rispose la Corte di cassazione:

« La Corte Suprema osserva come la questione che qui domina tutte le altre è quella di sapere se, rinviata dalla Sezione di accusa una causa alla Corte di assise, abbia questa il diritto di dichiararsi incompetente e di elevare conflitto, a somiglianza dei pretori o dei tribunali per i rinvii loro fatti, o se debba invece la Corte di assise procedere a giudizio senza diritto di esame e senza poter elevare conflitto. Gli art. 345, 394 e 395 c. p. p. governano in proposito i casi di conflitti e i modi di risolverli. Nessuna disposizione analoga in caso di rinvio alle Assise ha regolato la forma e il risultato di un dibattimento innanzi ad esse sulla competenza. La legge non ha voluto questo dibattimento, e invece ha surrogate altre regole e altri procedimenti per definire la questione di competenza.

« La sentenza della Sezione di accusa che rinvia alle Assise è soggetta a ricorso in cassazione ad istanza dell'accusato, del Pubblico Ministero e della parte civile per ragione d'incompetenza: quando manca il ricorso o quando è stato rigettato, la Corte di assise, senz'altro esame, procede a giudizio. Se l'accusato non fu avvertito nel suo interrogatorio, fatto innanzi al presidente prima dell'apertura del dibattimento, del diritto che ha al ricorso fra 5 giorni, egli conserva questo diritto, che può far valere anche dopo la sentenza di condanna. Ma la questione di competenza, tanto se è proposta prima, quanto se è proposta dopo la condanna, devesi sempre risolvere per via di ricorso alla Cassazione e non già di conflitto. La Corte di assise non può arrogarsi per qualunque ragione il diritto di mettere in discussione la propria competenza, quando è stata investita di giurisdizione dalla sentenza della Sezione di accusa. A base di questa differenza, che risulta dal testo degli articoli, si vede che il rinvio al pretore e al tribunale è indicativo e che il rinvio alla Corte di assise è attributivo di giurisdizione. »

La Corte poi enumera le principali ragioni che avrebbero indotto il legislatore a stabilire questa distinzione.

95. Ora le indagini sulle ragioni che possono avere indotto il legislatore a stabilire una eccezione al principio razionale, alla generale *regula juris*, che, cioè, ciascun magistrato giudicante abbia il potere di esaminare la propria competenza, hanno una importanza più di ordine astratto e scientifico che d'interpretazione positiva.

La eccezione, essenzialmente illogica, è stata adottata, secondo l'opinione comune, per assicurare ai solenni giudizi della Corte di assise una solidità maggiore, specialmente dopo l'esaurimento di un lungo e formale processo istruttorio, e in considerazione che la Corte di assise abbia una giurisdizione piena per tutte le categorie di reati. Nè l'una, nè l'altra ragione sono sufficienti a giustificare ora quella norma eccezionale. Non la prima, perchè la competenza è la sostanziale garentia della libertà dei cittadini, e nessuna transazione dovrebbe essere possibile; non la seconda, perchè non è esatto che la Corte di assise abbia la intera giurisdizione penale, ma ha una parte determinata di essa, e se può emettere condanne che sarebbero state di competenza di un magistrato inferiore, a norma dell'art. 516, ciò dipende da una necessità procedurale e di giudicato, che vieta l'annullamento di un intero giudizio. Così, per ragione di opportunità e di economia di giudizi, all'art. 394 è disposto che il tribunale applicherà la pena prescritta dalla legge, anche se il fatto portato al suo esame risultasse di competenza pretoria, ove le parti non abbiano domandato il rinvio.

Una sola ragione può, in qualche modo, sorreggere l'eccezione, e risiede nella intrinseca organizzazione del giudizio che si svolge innanzi alla Corte di assise. I giurati hanno il cómpito di decidere tutte le questioni di fatto, che loro si sottopongono nella forma processuale disposta dalla legge; la Corte pronunzia su tutte le controversie di diritto. Ora, la questione di competenza è certo una questione giuridica, devoluta non ai giurati, ma alla Corte, e, affidandosi a questa l'esame della competenza, le si darebbe il potere di giudicare la competenza in ordine a quei fatti, sui quali non deve

e mettere alcun giudizio di merito, e di sottrarre al giurì la cognizione di essi o ritardarla.

Il pretore o il tribunale, dovendo anche giudicare pienamente sul merito, è necessario che abbiano la facoltà e il dovere di constatare se ne abbiano il potere; ma, per come sono costruiti i giudizi innanzi alle Assise, quelli che devono effettivamente giudicare i fatti loro rinviati non potrebbero mai fare quella contestazione, perchè vi sarebbe congiunto l'esame di una controversia di diritto. E però, tutto sommato, si è creduto dare alle sentenze della Sezione di accusa e di rinvio l'autorità della cosa giudicata.

Quanto all'interpretazione positiva della legge, basta tenere presente il concetto fondamentale: che le sentenze di rinvio alle Corti di assise costituiscono giudicato relativamente alla competenza delle Corti medesime. E alla luce di questo criterio ogni questione sarà agevolmente risoluta.

96. Senonchè v'ha un caso in cui la eccezione non è applicabile. Gli scrittori trattano questo caso come una eccezione, chiamando regola la prima, quella cioè che la Corte di assise non possa dichiararsi incompetente. E evidente l'equivoco. Nè l'una è regola, nè l'altra è eccezione. Quella che le teorie comuni addimandano regola non è che una eccezione, e quella che definiscono eccezione non è tale, ma è il ritorno all'impero della *regula juris*. L'eccezione, quale si è da noi definita, ha confini determinati, si estende quanto il giudicato della Sezione di accusa: quando questo non sussiste, rientra il vigore della norma generale.

L'art. 453 permette la citazione diretta avanti la Corte di assise pei delitti di stampa menzionati nel n. 3 dell'art. 9, a tenore dell'art 62 della legge 26 marzo 1848, il quale è così concepito: « Il Pubblico Ministero potrà far citare direttamente gli inquisiti a comparire nel termine di tre giorni davanti al magistrato o tribunale (sostituito ora dalla Corte di assise) quando anche si fosse precedentemente eseguito il sequestro degli scritti, disegni, incisioni, litografie, medaglie od emblemi. In questo caso però la citazione non potrà essere intimata che dopo la notificazione del verbale di sequestro ».

Non vi è adunque sentenza di rinvio: nè la citazione del Pubblico Ministero potrebbe avere la virtù di attribuire definitivamente la competenza alla Corte.

È adunque necessità giuridica che la Corte conosca della propria competenza sul reato che la pubblica accusa ha qualificato di stampa. In questa ipotesi, l'eccezione d'incompetenza potrà essere proposta da ciascuna delle parti in giudizio, dall'imputato, come dallo stesso Pubblico Ministero, in qualunque stadio del dibattimento e anche dopo il verdetto dei giurati. La Corte può inoltre elevare d'ufficio la propria incompetenza, sia preliminarmente, nell'inizio del dibattimento, che nel corso di esso, e dopo il verdetto dei giurati, quando dovrebbe emettere la sentenza. Potrebbe nascere il dubbio se la Corte possa più, o ad istanza del Pubblico Ministero o di ufficio, dichiarare la incompetenza, quando i giurati abbiano emesso un verdetto negativo o altrimenti escludente l'imputabilità, a norma dell'art. 512 codice proc. pen., perchè il presidente dovrebbe dichiarare assolto l'accusato

Crediamo che non sia vietato al Pubblico Ministero, prima che il presidente emetta la dichiarazione di assoluzione dell'imputato, elevare l'eccezione d'incompetenza e richiedere su di essa la decisione della Corte. Trattasi di una incompetenza assoluta, eccepibile in qualunque stadio del dibattimento, e non esiste nella legge alcuna disposizione che limiti il diritto del Pubblico Ministero fino alla lettura del verdetto dei giurati. Potrà quindi la Corte, deliberando sulla eccezione, dichiarare la incompetenza e rinviare gli atti, a norma di legge, al giudice competente. E la stessa Corte, prima della dichiarazione del presidente, potrà anche di ufficio elevare la propria incompetenza, per le stesse ragioni, per le quali la potrebbe dichiarare, se proposta dal Pubblico Ministero.

In fine, contro la sentenza di condanna può prodursi ricorso ed eccepirsi la incompetenza per la prima volta in Cassazione. E non è dubbio che la stessa Corte di cassazione possa elevarla anche di ufficio. Così resta dimostrato che la sentenza di rinvio alla Corte d'assise è giudicato in ordine alla competenza, e che, soltanto quando quella sentenza manchi, ripiglia il suo impero la regola generale di diritto, secondo la quale ogni giudice adito debba esaminare se il fatto portato alla sua conoscenza rientri nei confini della sua potestà di giudicare. Quindi si può affermare in generale che la Corte di assise, tranne che per i reati di stampa nella ipotesi di citazione diretta prevista dall'art. 62 della legge 26 marzo 1848, non abbia facoltà, per virtù del giudicato della Sezione di accusa, di porre in discussione la propria competenza.

§ 2. — *Pretori.*

97. Contravvenzioni prevedute nel cod. pen. — 98. Ragione della loro competenza.

97. La competenza in ragione dell'indole dei reati è affermata al n. 2 dell'art. 11, e comprende tutte le contravvenzioni prevedute dal codice penale. La Commissione legislativa, che elaborò e preparò le modificazioni processuali del 1° dicembre 1889, ebbe in considerazione più la natura giuridica delle contravvenzioni, che l'entità della pena. Infatti dai verbali risulta esservi stata una larga discussione sulla differenza fra il delitto e la contravvenzione, e che la Commissione ritenne, in massima, costituire il delitto una violazione di un determinato diritto e la contravvenzione non essere altro che la infrazione alla tutela di un interesse o di un provvedimento dell'Autorità.

Ma la teoria scientifica delle contravvenzioni, qualunque essa sia, non può molto influire sulla determinazione positiva della competenza relativamente al n. 2 dell'art. 11, perchè tutta la materia delle contravvenzioni è lucidamente dettagliata nel libro terzo del codice penale. Esse sono precisate e ordinate in guisa che il magistrato e l'interprete trovano nelle relative disposizioni tutti gli elementi che, nelle ipotesi di fatto, servono a distinguerle e classificarle. La determinazione scientifica del concetto di contravvenzione sarà necessaria quando si tratterà della competenza per le contravvenzioni prevedute da leggi speciali, la cui natura non è tassativamente indicata dalla legge e deve essere investigata dal giudice pei fini della competenza.

98. Dunque non è dubbio che questa parte della competenza pretoria è determinata dall'indole e dalla qualità dei reati.

V'ha chi crede utile l'istituzione di un giudice unico di polizia, a cui si dovrebbe affidare la cognizione di tutta la vasta materia contravvenzionale, escludendosi l'intervento della parte civile e riserbandosi in sede civile ogni questione di danni. Questa istituzione, che tiene ad una riforma del nostro sistema giudiziario, non crediamo necessaria nè utile, perchè basta il pretore a rendere giustizia in tema di contravvenzioni e dà maggiori garentie. L'azione ripa-

ratrice del pretore può egualmente essere pronta ed efficace, perchè si esplica nella cerchia del mandamento, ove le contravvenzioni avvengono.

D'altra parte, riesce più equo ed esatto il giudizio di un magistrato, che esercita la sua giurisdizione nelle altre parti del diritto: i suoi criteri sono più vasti, la sua esperienza e la pratica dell'amministrazione della giustizia maggiori; la sua autorità è più alta e sentita nella coscienza del popolo. La esclusività e la ristrettezza dei giudizi penali diminuiscono nel giudice quella comprensione equa dei fatti violatori delle norme giuridiche, che s'ispira ad una maggiore larghezza di vedute e ad una più estesa amministrazione della giustizia.

I continui ritocchi agli istituti giudiziari, quando non sieno assolutamente giustificati dalle contingenze storiche e dalla evoluzione della società umana, nuocciono alla solidità e alla serietà degli ordinamenti e delle garentie sociali. In Francia, dove le istituzioni giudiziarie sono state meno mutevoli, dopo la codificazione napoleonica, l'amministrazione della giustizia è rimasta forte e sempre rispondente ai suoi fini, anche a traverso alle frequenti mutazioni delle forme di Governo per cui è passato lo Stato.

Capo II. — Competenza determinata in ragione della pena.

§ 1. — *Corti d'assise.*

99. Modificazioni apportate col decreto legislativo 1° dicembre 1889. — 100. Norme generali. — 101. Bancarotta fraudolenta. — 102. Id. Indeterminatezze. — 103. Id. Criterio adottato. — 104. Id. Valutazione. — 105. Id. Giurisprudenza.

99. Il n. 5 dell'art. 9, modificato dal R. D. 1° dicembre 1889, devolve alla Corte di assise la cognizione di ogni altro delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo, ovvero un'altra pena restrittiva della libertà personale non inferiore nel minimo ai cinque anni o superiore nel massimo ai dieci.

Nello schema ministeriale si era proposta la seguente formola: « dei delitti preveduti negli art. 146, 187, 188, 212, dal 300 al 308 (nel caso preveduto dall'art. 309), 318, 369 del cod. pen., purchè la pena stabilita dalla legge non sia inferiore nel minimo ai tre anni ». Il commissario Costa fece rilevare la importanza dell'innovazione, la quale avrebbe spostata grandemente la competenza, sottraendo un gran numero di reati dalle giurisdizioni cui per lo innanzi erano devoluti. Gli sembrava enorme il conseguente aumento della competenza dei tribunali, che avrebbero potuto applicare in certi casi finanche 20 anni di reclusione. Quindi propose che si fosse fissato anche un limite massimo di 10 anni, il quale non avesse avuto riguardo al livello minimo. Il Villa desiderava che questo limite massimo si fosse determinato fino a 5 anni. Alla proposta Costa aderì il senatore Auriti, e dopo che il senatore Eula aveva fatto osservare all'onorevole Villa che la fissazione del limite massimo fino a 5 anni avrebbe aumentato di molto il lavoro delle Corti di assise. Il Lucchini non riteneva necessaria la fissazione di un limite massimo, perchè nel codice penale a nessun delitto era comminata una pena nel minimo di 5 anni e nel massimo inferiore ai 10 anni, e però propendeva a stabilire o il solo limite minimo o il solo limite massimo. La Commissione però approvava il n.° 5° quale ora trovasi compilato, colla fissazione di un limite minimo e di un limite massimo (1).

100. Dopo questi ricordi, il senso di essa disposizione è chiaro. La Corte di assise è competente, sotto questo punto di vista: *a*) nei reati punibili coll'ergastolo, e propriamente per quelli previsti nell'art. 366 del cod. pen.; *b*) in tutti quegli altri delitti che importino una pena restrittiva della libertà personale non inferiore nel minimo ai 5 anni, o, prescindendosi da questo limite minimo, superiore nel massimo ai 10 anni. Così è competente la Corte di assise per quei delitti, ai quali il codice penale commina una pena minima non inferiore ai 5 anni, e per quei delitti punibili nel massimo con una pena restrittiva della libertà personale superiore ai dieci anni, quantunque il limite minimo sia inferiore al quinquennio. Bisogna quindi aver riguardo separatamente ai due limiti, per la determinazione della competenza.

Colla formola proposta nel progetto ministeriale si adottava un sistema misto, perchè la competenza della Corte di assise veniva determinata per alcuni reati in riguardo alla loro indole, oltre quelli indicati nei capitoli precedenti, e per altri in riguardo alla pena. Ma, in verità, non si faceva altro che aggiungere alle categorie dei reati indicati nei numeri precedenti altri reati, che, per la natura loro, si credeva conveniente demandare alla giurisdizione della Corte di assise.

101. Per un solo reato si è lasciata arbitra o la Camera di consiglio o la Sezione di accusa nella determinazione della competenza, derogandosi per esso a quella rigida norma innanzi adottata. Il reato di bancarotta fraudolenta, nei soli casi più gravi, è di competenza della Corte di assise. Ora la estimazione della gravità o meno dei casi di bancarotta fraudolenta è, necessariamente, abbandonata ai criteri subiettivi o della Camera di consiglio o della Sezione di accusa, i quali possono essere vari e mutabili, secondo la impressione che esercitano sull'animo di quei magistrati i fatti di frode e secondo l'apprezzamento di essi. La gravità del delitto può dipendere o dalla intensità del dolo, o dalla quantità del danno, o dagli artifici adoperati nell'inganno della pubblica fede, o da altre circostanze. Ora tutti questi elementi di fatto sono subbiettivamente apprezzabili dall'Autorità che rinvia o alla Corte di assise o al tribunale; e però la determinazione della competenza, in sostanza, è rimessa al giudizio tutto subbiettivo del magistrato che rinvia, contro i principi fondamentali che regolano l'istituto della competenza, e contro lo stesso rigoroso sistema adottato col decreto 1° dicembre 1889, disciplinanti la competenza con precise ed inderogabili norme obiettive.

102. È sorto nella giurisprudenza il dubbio, se, in tema di bancarotta fraudolenta, sia sempre la Sezione di accusa competente a decidere intorno alla determinazione della competenza del magistrato di merito, cioè ad esaminare la maggiore o minore gravità dei casi, che dà luogo o alla competenza della Corte di assise o a quella del tribunale. Che la Sezione di accusa debba giudicare della gravità voluta dalla legge, atta ad eccitare la competenza della Corte di assise, non può esservi dubbio, perchè questa non può essere adita senza la sentenza di rinvio della sezione di accusa; ma la ragione di dubitare è nata in ordine alla determinazione della competenza del tribunale. La Cassazione, in una sentenza del 20 gennaio 1892 (2), accogliendo la richiesta del rappresentante del Pubblico Ministero, affermava

(1) *Verbali*, discussioni sull'art. 9 c. p. p.

(2) *Confl.* in *c. Jodice* (*Foro pen.*, vol. I, parte 2ª, pag. 214)

che soltanto alla Sezione di accusa competa il diritto di dichiarare se la causa per bancarotta fraudolenta sia di competenza della Corte di assise o del tribunale penale, e invocava la costante sua giurisprudenza in proposito.

Questa opinione merita di essere recisamente esclusa. È bene dare uno sguardo ai lavori della Commissione Reale per le disposizioni transitorie e di coordinamento necessarie all'attuazione del nuovo codice penale (1).

Il deputato Marcora, per primo, fece osservare che la valutazione dei casi più o meno gravi si poteva fare prima del giudizio di merito, perchè nei casi reputati meno gravi la Sezione di accusa, applicando le attenuanti, scendeva dal primo grado della reclusione alla pena del carcere e rinviava gli imputati al giudizio del tribunale. Ma, abolita la facoltà consentita dall'art. 440 del codice di rito penale, sarebbe cessata ogni possibilità di questo rinvio. E però egli credeva che, per i reati di bancarotta così difficili e complicati, non fosse opportuno il giudizio innanzi ai giurati; e che fosse meglio stabilire per legge i casi gravi determinanti la competenza della Corte di assise. Onde conchiudeva col proporre al Ministro che avesse studiato e trovato il modo di fissare un criterio per risolvere le difficoltà della indicazione legislativa dei casi più gravi, attribuendo alla competenza dei tribunali la cognizione de' casi ordinarî di bancarotta dolosa. Aderiva all'avviso del Marcora il presidente della Commissione, e vi aderì il Costa. Il presidente Eula espresse il parere di fare in questo argomento una eccezione alla soppressione dell'articolo 440, e di mantenere nella Sezione di accusa, per la bancarotta dolosa, la facoltà del rinvio al tribunale. Il professore Faranda approvava questa proposta. E lo stesso Eula aggiunse un'altra proposta: attribuire alla competenza dei tribunali tutti i casi di bancarotta fraudolenta, tenuto conto dell'indole speciale dei rispettivi giudizî.

In verità il secondo mezzo, escogitato dal compianto commissario Eula, si chiariva il più scientifico e il più opportuno: il primo, se aveva il pregio anche dell'opportunità, mancava di carattere schiettamente scientifico, dopo l'abolizione della facoltà attribuita nell'art. 440 alla Sezione di accusa. Ma insorse il senatore Costa, affermando che la facoltà del rinvio limitata al solo reato di bancarotta avrebbe avuto il carattere di una disposizione eccezionale ed odiosa, e che l'attribuzione del reato stesso, in via assoluta, alla competenza del tribunale avrebbe costituito un eccesso, perchè, egli osservava, quali che siano le difficoltà proprie di tali cause, quando vi ha la possibilità d'infliggere una pena estensibile fino ai venti anni, il giudizio assume una gravità e una importanza materiale e morale da richiedere di necessità lo stigma della coscienza popolare. Quindi insisteva nella sua adesione alla proposta Marcora, cioè di affrontare la questione della distinzione fra casi più gravi e casi meno gravi, per farne la base delle due competenze.

Il ragionamento, o meglio le affermazioni del Costa appariscono evidentemente inesatte. La prima proposta dell'Eula era certamente meno irrazionale ed odiosa dell'assoluto abbandono della determinazione della competenza agli apprezzamenti arbitrarî non solo della Sezione di accusa, ma anche della Camera di consiglio, intorno alla maggiore o minore gravità dei casi di bancarotta, quale oggidì trovasi codificato. Sarebbe stato meno grave e meno contrario alla logica giuridica e al medesimo principio legislativo sulla rigorosa fissazione delle competenze, che la sola Sezione di accusa, riconoscendo nel fatto doloso il concorso d'una qualche circostanza attenuatrice della pena, avesse eccezionalmente conservata in questa materia la facoltà del rinvio.

La seconda proposta era poi rigorosamente scientifica, e non ha nessunissimo valore logico e giuridico l'obiezione mossa dal commissario Costa. Se vi è reato, che, per la struttura sua, per la sua complessità e i suoi artificî, meriti più l'esame di un giudice tecnico, versato nelle materie del diritto e avvezzo a scrutare nei contratti, negli atti e nelle operazioni commerciali così varie, complicate, intrecciantisi nel movimento dell'attività commerciale, ad indagare se sotto l'appariscenza della legittimità dei rapporti commerciali si nasconda l'inganno o la frode, è proprio il reato di bancarotta dolosa, il quale può celarsi in tante molteplici forme di atti e di operazioni commerciali e borsistiche, da richiedere necessariamente speciali cognizioni tecniche e giuridiche. Un gravissimo sbaglio commise la Commissione di coordinamento, non accettando la proposta Eula. È di lievissimo momento la difficoltà affermata dal Costa, rimpetto alla natura e alle forme complicate e molteplici della bancarotta; tanto più che la Commissione, estendendo grandemente la competenza dei tribunali, aveva già ammessa in questi la possibilità, della quale l'onorevole Costa inutilmente si preoccupava, di applicare anche trenta anni di reclusione con relativa aggiunzione di vigilanza speciale dopo il trentennio. Quindi la sua indicazione di una mera possibilità di fatto non doveva avere nessuna influenza. Ma il presidente della Commissione aggiungeva che la distinzione legislativa dei casi più gravi da quelli meno gravi non si sarebbe potuta fare, senza recare illegalmente una modificazione al codice di commercio, che non aveva voluto stabilire alcun criterio giuridico di distinzione e si era rimesso alla coscienza del giudice, secondo le variabilissime circostanze di fatto, ritenendo in ogni modo non determinabile *a priori* la maggiore o minore gravezza dei casi di bancarotta con frode.

E l'osservazione presidenziale era giusta.

103. La Commissione, alla fine, come risultato di tutta la sua discussione sull'argomento, si astenne dal proporre qualunque risoluzione, e preferì di richiamare l'attenzione del Ministro. È doloroso che le Commissioni legislative, parecchie volte, di fronte all'importanza di alcune tesi giuridiche, si addimostrino come inerti e inadatte al loro ufficio. E il Ministro, nella sua aurea Relazione, supplendo alla deficienza della Commissione, così credeva di risolvere quel tema di diritto procedurale:

« La Commissione Reale mi aveva espresso il voto, senza però fare proposte concrete, che si studiasse di evitare che le Corti di assise dovessero conoscere di tutt'i casi di bancarotta fraudolenta, per la maggior parte (nove decimi) rinviati oggi ai tribunali, in applicazione dell'art. 440 del codice di procedura; la qual cosa avverrebbe per effetto della grande latitudine di pena sancita nell'art. 861 del codice di commercio e delle riforme dell'art. 9 del predetto codice di procedura, con la conseguente soppressione dell'art. 440. Non mi occorre ripetere le ragioni di questo voto, addotte in seno alla Commissione, che convinsero me pure della necessità di provvedere all'uopo, principalissima fra le quali quella di non innovare sullo stato presente delle cose. Solo sembrava difficile trovarne il modo;

(1) Seduta 18 ottobre 1889 — Verbale IX.

cosicchè la Commissione erasi limitata all'espressione di quel voto.

« Era stato proposto di deferire interamente alla competenza dei tribunali tutt'i casi di bancarotta fraudolenta; ma sarebbe stato eccessivo autorizzare i tribunali ad infliggere una pena così grave, sino a venti anni, che troppo si discosta dai limiti della loro competenza, e che per lo spirito dei nostri ordinamenti reclama l'intervento del verdetto popolare.

« Altri opinavano che si potesse mantenere per il delitto di bancarotta fraudolenta la facoltà del rinvio. Ma ciò poco conciliavasi colla soppressione dell'art. 440, e avrebbe rivestito il carattere, come fu notato, di provvedimento eccezionale.

« Un terzo partito si era messo innanzi, di definire, cioè, quelli che il codice di commercio designa genericamente come « casi più gravi » di bancarotta, fraudolenta e per i quali commina la pena dei lavori forzati, stabilendo che nei casi ordinarî la competenza fosse dei tribunali, e nei precisati « casi più gravi » delle Corti di assise. Ma parve però che neppure questa potesse essere la via adatta per la risoluzione della questione. E invero, oltre alle non lievi difficoltà per tale definizione, che lo stesso codice di commercio aveva evitato, rimaneva dubbio. se così facendo si sarebbe fatta opera di mero coordinamento, o non piuttosto modificato sostanzialmente lo stesso codice di commercio, che lasciò al libero apprezzamento del magistrato il determinare la « sussistenza o meno del caso più grave ».

Quindi il Ministro viene alla sua conclusione:

« Nondimeno, traendo profitto e lume da queste diverse proposte, mi parve si potesse raggiungere l'intento con la disposizione da me aggiunta al n. 5 dell'art. 9, determinando, cioè, semplicemente che le Corti di assise siano competenti a conoscere dei delitti di bancarotta fraudolenta soltanto ove si tratti dei *casi più gravi*. Così facendo, invero, non s'innova sulla legge e sulla pratica odierna, non si stabilisce alcuna eccezione alla competenza precisa della Corte di assise, e non si cimenta alcuna legale e pericolosa definizione.

« Spetterà al magistrato dell'istruttoria, prelibando le circostanze dei fatti, fare un primo apprezzamento sulla gravità del caso, per provocare od ordinare il rinvio della causa alla Corte di assise solo quando si riscontri l'ipotesi di alcuno fra i « casi più gravi »; nè la Camera di consiglio o il giudice istruttore avrà mestieri di richiedere l'intervento della Sezione di accusa, per rinviare la causa al tribunale, quando riconosca che si tratti di un caso ordinario; nè il tribunale sarà vincolato dall'ordinanza di rinvio allorquando, contrariamente al giudizio del magistrato istruttore, ravvisi la sussistenza del caso grave; e la Corte d'assise dovrà applicare la pena, nell'ipotesi di condanna, sulla base non già dell'apprezzamento della Sezione d'accusa, ma delle risultanze del verdetto, da cui dovranno risultare affermate quelle circostanze nelle quali il giurì abbia ravvisato la gravità del caso ».

104. Questo brano della Relazione ministeriale, nel quale sono lucidamente sintetizzate le opinioni dei singoli commissari ed è constatata la mancanza di ogni proficua risoluzione collettiva della Commissione, rivela che il Ministro respinse la sola proposta scientifica che si era messa avanti, ripetendo l'affermazione del Costa che sopra si è chiarita di nessuna influenza. L'eccezione alla norma, già estesa, della competenza dei tribunali non doveva preoccupare la Commissione per la possibilità di una estensione di pena fino ad un massimo di venti anni, quando la possibilità dell'applicazione di una pena quasi perpetua era stata ammessa nella ipotesi di concorso (articolo 68 cod. proc.), laddove sotto l'impero del codice sardo (art. 112) non poteva mai essere possibile ai tribunali comminare una pena maggiore di sette anni e mezzo di carcere. Onde è apertissimo che, dopo un così enorme spostamento della competenza, escogitato dalla Commissione Reale, la preoccupazione per una possibile applicazione di pena, e in casi rarissimi, oltre i dieci anni ordinariamente consentiti ai tribunali, diveniva irrisoria.

Le altre ragioni, che il Ministro adduce a confutazione delle altre proposte, sembrano esatte. Ma non possiamo, in modo alcuno, lodare la risoluzione adottata, la quale ci pare anche peggiore delle altre proposte dei commissari. Se non si voleva accogliere la prima proposta Eula, dell'unico che in questa questione espose idee più esatte, era preferibile la sua seconda proposta. Non mai si doveva consentire l'abbandono della determinazione della competenza per reati così gravi e così difficili, come asserisce il Ministro, al magistrato che rinvia al giudizio.

Sotto il codice sardo, la competenza per i reati di bancarotta dolosa si svolgeva logicamente: essi costituivano crimini ed erano devoluti ordinariamente alle Corte d'assise (art. 9, n. 2), salvo il rinvio consentito dall'art. 440. Ora, la loro posizione giuridica in ordine alla competenza si ravvisa grandemente peggiorata, posta alla pura ed arbitraria discrezione del giudice d'istruzione, come si afferma nella stessa trascritta relazione, della Camera di consiglio, e, senza neppure il concorso delle circostanze indicate nell'abolito art. 440, della Sezione di accusa.

105. L'esame di questi precedenti storici della disposizione dimostra altresì che la Cassazione errava giudicando che alla sola Sezione di accusa competesse il diritto di dichiarare la maggiore o minore gravità dei casi di bancarotta dolosa e, in conseguenza, di determinare in ogni caso la competenza anche del tribunale (1). Ma la stessa Cassazione non tardò a giudicare in un senso tutto opposto. In un arresto del 6 settembre 1892 (relatore Eula), adottando le valide ragioni del rappresentante del Pubblico Ministero (Cosenza) proclamò il principio, già affermato dal ministro nella sua relazione, che potesse la Camera di consiglio o il giudice istruttore disporre il rinvio degli imputati al tribunale nei casi meno gravi (2). « Posto, scriveva l'autore di quella requisitoria, fuori discussione che i reati di bancarotta fraudolenta sono di competenza dei tribunali, e, soltanto ove si tratti dei casi più gravi, di competenza della Corte di assise, e posto, come assioma indiscutibile della vigente procedura penale, che spetti alla Camera di consiglio o al giudice istruttore pronunziare l'ordinanza di rinvio nei reati di competenza del tribunale, e alla Sezione di accusa di pronunciare la sentenza di rinvio alle Assise nei reati di competenza della Corte di assise, non è certamente da dubitare che i reati di bancarotta di competenza del tribunale debbano essere rinviati al tribunale dalla Camera di consiglio, e quelli di competenza della Corte di assise debbano essere rinviati alla detta Corte dalla Sezione di accusa. Per disconoscere questa chiara e logica conse-

(1) 20 gennaio 1892, conflitto in c. *Jodice*. Vedi la esauriente Nota a questa sentenza nel *Foro pen.*, vol. I, pag. 214.

(2) Conflitto in c. *Bardi* (*Riv. Pen.*, vol. XXXVI, pag. 344).

guenza, bisognerebbe ammettere che le norme procedurali stabilite dal vigente codice debbano essere derogate quando si versi in tema di bancarotta fraudolenta e che, mentre per tutti gli altri reati, anche quando il concorso di diverse qualifiche potrebbe renderli di competenza superiore, possa e debba la Camera di consiglio o il giudice istruttore emettere ordinanze di rinvio al tribunale, non possa e non debba avere una eguale facoltà la Camera di consiglio quando si tratti di reato di bancarotta fraudolenta ». Riconosce l'egregio magistrato il grande arbitrio lasciato alla Camera di consiglio o al giudice istruttore, più che per gli altri reati, nell'apprezzare la gravezza maggiore o minore del reato di bancarotta per i fini della competenza.

E, nella stessa udienza del 6 settembre 1892, la Cassazione ribadiva il medesimo avviso (1), traendo precipuo argomento dalle discussioni della Commissione di coordinamento e interpretando rettamente l'ultima parte del n. 5 dell'art. 9.

Contro quest'ultima interpretazione è insorto l'egregio magistrato Fiocca, consigliere della Cassazione romana, il quale in un suo studio (2) sostiene essere inutile l'aggiunta apposta dal Ministro al n. 5 dell'art. 9, perchè non è atta a risolvere la questione, la quale non può essere definita che alla base dell'art. 13 cod. proc. pen. Quindi egli argomenta: l'art. 861 cod. comm. commina due pene diverse, una per la bancarotta dolosa di carattere più grave, l'altra per quella meno grave, e l'una superiore all'altra; onde la competenza deve essere determinata dalla prima. E poichè il genere di pena superiore dà luogo alla competenza della Corte di assise, non altro magistrato che la Sezione di accusa è competente a ordinare il rinvio. Nella prima ipotesi, questo sarà ordinato in base all'art. 437, e nell'altra, cioè nei casi meno gravi, in base alla disposizione dell'art. 436 cod. proc. pen. E però, se il rinvio al tribunale, sotto l'impero del codice sardo, aveva luogo in virtù dell'art. 440, oggi avviene, per l'accresciuta competenza dei tribunali penali, in applicazione del citato art. 436. La questione, anche imperanti le modificazioni procedurali del 1° dicembre 1889, non sarebbe in questi termini, se la competenza spettasse alla Corte di assise nei casi più gravi, ma se la Camera di consiglio potesse ordinare il rinvio al tribunale in quelli di minore gravità. Il genere diverso di pena dovrebbe ora intendersi non nel nome e per la qualità di essa, ma per la quantità; talchè una penalità che superi la competenza del tribunale dovrebbe considerarsi diversa da quella che entri in questa competenza. In fine non dà alcun valore alla dichiarazione ministeriale nella quale è significata l'opinione del Ministro, che possa la Camera di consiglio indicare i casi meno gravi, *prelibando le circostanze di fatto*, e ordinare il rinvio dell'imputato al tribunale; e deplora che non si sia coordinata la disposizione dell'art. 13 al nuovo sistema penale.

La prima argomentazione dell'egregio autore non ha fondamento, perchè condurrebbe a stabilire l'ordinaria competenza della Corte di assise. L'art. 13 prescrive che, nel concorso di pene di diverso genere, applicabili al medesimo reato, la competenza sarà regolata dal genere di pena superiore. Ora, ammesso che concorrano, per lo stesso reato, due pene quantitativamente diverse, la competenza si dovrebbe determinare da quella maggiore, e però la cognizione del reato spetterebbe alla Corte di assise; ed avendo il legislatore abolita nella Sezione di accusa la facoltà del rinvio, in ogni caso sarebbe competente la magistratura popolare.

Ma non è stato questo il concetto del nuovo legislatore: questi ha dovuto spostare, per necessità di cose, la competenza ordinaria della Corte di assise, deferendo, come caso ordinario e normale, ai tribunali penali, la cognizione dei reati meno gravi di bancarotta dolosa; e poichè, nei casi ordinari e normali di competenza dei tribunali, la Camera di consiglio può ordinare il rinvio, questo potere non le deve essere negato anche per la bancarotta fraudolenta meno grave. Non era tale la situazione delle cose sotto il codice sardo: prima delle modificazioni procedurali del 1889, la competenza apparteneva in tutti i casi alla Corte di assise, salvo il rinvio dell'art. 440. Nè vale richiamare l'art. 436, perchè questo non toglie alle Camere di consiglio il diritto di rinvio per i reati di competenza dei tribunali, ma riconosce alla Sezione di accusa il potere di rinviare al giudizio dei tribunali quei reati che le risultassero di competenza di questi collegi, malgrado l'avviso opposto della Camera di consiglio, espresso nella forma e nel modo dell'art. 255 cod. proc. pen., come potrebbe rinviare l'imputato innanzi al pretore, se riconoscesse il fatto essere di competenza pretoria, e come potrebbe dichiarare non esservi indizî di reità o non esistere reato, prescritta o altrimenti estinta l'azione penale (art. 434 e 435 cod. proc. pen.).

Si sarebbe forse potuto meglio disciplinare e coordinare l'art. 13 al novello sistema penale; ma questa mancanza non autorizza un diverso modo di risoluzione del tema proposto. Conveniamo nel concetto che le dichiarazioni ministeriali non debbano ritenersi decisive nella interpretazione della norma legislativa, perchè non potrebbero avere un valore maggiore di un'autorevole opinione personale di un relatore; ma esse concordano con tutto l'organismo della innovazione legislativa in materia di competenza. Fu un espediente, è vero, quello del Ministro, che non cesseremo in ogni occasione di censurare; ma questo espediente è passato davvero nella legge ed ora irrimediabilmente costituisce una norma positiva, che ci auguriamo debba presto scomparire in una novella codificazione delle regole del rito penale.

Rimane adunque che, sebbene la legge astrattamente indichi la competenza delle due forme di bancarotta fraudolenta, di quella più grave e di quella meno grave, nell'ultima proposizione del n. 5 dell'articolo 9, in sostanza, abbandona all'apprezzamento subiettivo ed arbitrario della Camera di consiglio o della Sezione di accusa la determinazione vera della competenza per quel frequente e disastroso reato.

§ 2. — *Pretori.*

106. Precedenti legislativi e questione sulla estensione della competenza dei pretori. — 107. Norma positiva. — 108. Contravvenzioni prevedute in leggi speciali. — 109. Criteri di determinazione. — 110 e 111. Giurisprudenza. — 112. Ultimo capoverso dell'art. 11 cod. proc. pen. — 113. Questione in rapporto all'ingiuria e alla diffamazione commesse colla stampa. — 114. Opinioni varie. — 115. Contravvenzioni speciali escluse dalla competenza pretoria.

106. Prima di trattare della competenza dei tribunali penali, è necessità logica discorrere di quella dei pretori, perchè la competenza dei tribunali è determinata per esclusione, cioè per tutto ciò che sfugge alla competenza della Corte di assise e alla competenza del pretore.

(1) Conflitto in c. *Berzia* (*Riv. Pen.*, vol. XXXVII, pag. 47).

(2) *Foro pen.*, vol. I, parte I, pag. 263.

Nel progetto ministeriale si era proposta una competenza più larga, perchè si proponeva di deferire ai pretori la cognizione dei delitti, per i quali la legge penale commina la pena della reclusione fino a sei mesi e quella della detenzione non superiore nel massimo anche ai sei mesi. Ma da alcuni dei commissari si osservò essere troppo elevata questa competenza e non proporzionata al magistrato pretorio. Il Lucchini faceva notare ch'era una necessità attribuire ai pretori la cognizione di tutte le contravvenzioni ed elevare il livello della loro competenza in materia di delitti, però con sensibile freno alla facoltà di rinvio. Ma, nella discussione, che all'uopo largamente tenne la Commissione, finì per prevalere la idea di contenere la competenza pretoria in limiti più angusti (1).

Tra i proceduristi è viva controversia circa la estensione della competenza pretoria. I più ammettono che possa questa competenza essere più larga di quanto non sia attualmente; altri temono che, date le condizioni presenti del pretore, in considerazione degli inconvenienti che si sono verificati, una latitudine maggiore della competenza non sia proficua all'amministrazione della giustizia. A noi sembra che la eccessiva larghezza non sia conveniente, perchè i giudizi di maggiore importanza è meglio che sieno trattati innanzi al magistrato collegiale, con tutte le possibili garentie procedurali, talvolta non compatibili con l'indole del procedimento pretorio, che dev'essere assai pronto e spedito. Ma non possiamo neppure seguire i timori di coloro che respingono la estensione della competenza pretoria per poca fiducia che mostrano di avere nella esattezza dei giudicati pretoriali. Tra i più recenti scrittori, il Castori vivacemente censura, nel suo *Trattato di procedura penale* (2), l'operato dei pretori nell'amministrazione della giustizia penale. Infatti egli afferma: « Se consideriamo la questione in concreto e nella pratica, dobbiamo confessare che la giustizia del pretore ha dato motivo ai più giustificati lamenti. Nelle nostre raccolte di giurisprudenza sono molti i casi di annullamento di sentenze del giudice singolo, che pongono in luce errori di diritto di una gravezza incredibile. Il che si spiega, considerando che di solito il pretore abbandona al vice-pretore, giovane privo di esperienza e spesso di coltura, la giustizia penale, e serba a sè la giustizia civile, e ricordando la difficoltà nei piccoli centri di stare in corrente colle soluzioni della giurisprudenza, ed il pericolo e la facilità delle influenze e delle informazioni stragiudiziali ». Quindi, nelle condizioni attuali di fatto, non gli sembra eccessiva la competenza riservata al pretore, e propone, ad evitare i danni e gli inconvenienti lamentati, che venga abolito il diritto di giudicare ai vice-pretori, come sono presentemente reclutati, e che si richieggano nel pretore maggiori qualità, e gli si assicurino, nel medesimo tempo, una più conveniente retribuzione e più valide garentie della propria indipendenza.

Queste accuse sembrano in gran parte esagerate, e ad un'affermazione generica potremmo opporre un'altra tutta contraria. Che vi sieno inconvenienti nell'amministrazione della giustizia pretoria, è un fatto ordinario, facile ad avverarsi in una numerosissima classe di funzionarî; ma non ammettiamo che fossero di numero e di gravità tali da dover preoccupare il legislatore. Si dovrà piuttosto badare a renderli sempre minori.

(1) Verbali. Discussioni relative alle modificazioni della competenza pretoria.

L'istituzione pretoria, un po' meglio disciplinata, ristretto il numero dei pretori e allargata la loro competenza territoriale, assicurata la loro indipendenza, resa più agevole la loro carriera, darà certamente ottimi risultati.

107. La competenza pretoria in ragione di materia, fissata nell'art. 11, ci sembra giustissima: si tiene lontana così da inopportune e pericolose estensioni, come da diffidenti limitazioni. Le une potrebbero diminuire le garentie delle forme procedurali, che innanzi ai pretori debbono essere, per quanto è possibile, spedite, e le altre sarebbero ingiustificate.

La competenza pretoria si determina dalla pena principale, senza tenersi ragione delle pene accessorie: quindi, trattandosi di delitti, si deve porre mente al massimo della reclusione o della detenzione, o del confino, o della multa, stabilita dall'art. 11, n. 1; e, ove trattisi di contravvenzioni prevedute da leggi speciali, al massimo della pena restrittiva della libertà personale o della pena pecuniaria, fissato nel n. 3 dello stesso articolo. Essa presenta una notevole differenza dalla competenza determinata prima delle modificazioni del 1889.

L'articolo 11 era, in armonia col codice sardo, diversamente concepito. Esso deferiva ai pretori tutti i delitti punibili col carcere, col confino o coll'esilio locale non eccedente tre mesi di durata, o colla multa, sola o accompagnata colle dette pene corporali, la quale non eccedesse lire trecento, senza distinzione se alle stesse pene principali fossero state o no congiunte per legge pene accessorie, le quali erano applicabili dal pretore, qualunque ne fosse stata la durata; e deferiva tutte le contravvenzioni punibili con pene di polizia.

Il novello legislatore italiano doveva assolutamente mutare questa disposizione, e sostituirla con altra in perfetta armonia col nuovo sistema penale, nel suo fondamento diverso da quello del codice sardo.

La competenza pretoria è determinata attualmente dall'art. 11 completamente innovato, il quale stabilisce norme precise, che possono dar luogo a poche contestazioni. Avendo già discorso di quella forma di competenza che tiene all'indole dei reati, formulata nel n. 2 del citato articolo, ci rimane a parlare della competenza pretoria determinantesi in ragione della pena.

Essa, in ordine alla pena, si estende ai delitti per i quali la legge stabilisce la reclusione o la detenzione non superiore nel massimo ai tre mesi o il confino non superiore nel massimo ad un anno, ovvero la multa, sola o congiunta ad una di dette pene, non superiore nel massimo alle lire mille. Si determina non dalla pena che in concreto si deve applicare per il concorso di circostanze minoratrici, ma da quella che, in astratto, la legge commina per il reato che va portato alla cognizione del pretore. Questi deve ritenersi competente, salvo la disposizione dell'articolo 252, per tutti quei delitti punibili, astrattamente, con un massimo di reclusione o di detenzione fino a tre mesi, o col confino non oltre un anno, o colla multa non al di là delle lire mille.

108. Sono devolute alla competenza pretoria anche le contravvenzioni prevedute in leggi speciali, per le quali è comminata una pena restrittiva della libertà personale non superiore nel massimo ai due anni, o una pena pecuniaria non

(2) Vol. I, n. 207.

superiore nel massimo alle lire duemila. Anche qui bisogna porre mente al limite massimo di punibilità, non alla punizione che effettivamente, in concreto, si applicherebbe al colpevole: si deve guardare al reato e al massimo della pena applicabile.

Un'altra indagine è sostanziale in tema di queste contravvenzioni, cioè intorno alla loro natura di contravvenzioni: devesi esaminare se i fatti preveduti nelle leggi speciali e punibili con quel massimo di pena restrittiva della libertà personale o di pena pecuniaria costituiscano contravvenzioni, perchè solo in questa ipotesi appartengono alla competenza del pretore. Ora questa indagine va fatta in due modi: colla scorta del codice penale, e colla teoria generale sulla essenza giuridica della contravvenzione.

Sotto questo aspetto, giova ricorrere al capoverso dell'articolo 21 delle disposizioni di coordinamento, ov'è detto che, per determinare se un reato preveduto nelle leggi, nei decreti, nei regolamenti, nei trattati e nelle convenzioni internazionali, sia un delitto ovvero una contravvenzione, non si deve aver riguardo alla pena, ma soltanto al carattere del reato, secondo la distinzione fatta dal codice penale fra delitti e contravvenzioni. Onde è uopo che il giudice prenda in considerazione la natura giuridica del fatto e constati se si trovi in presenza di un delitto o di una contravvenzione, per determinare esattamente la competenza.

109. Non è qui il luogo di una trattazione della materia così dibattuta delle contravvenzioni. Per quelle prevedute dal codice penale, formolate e raggruppate in determinate categorie, la questione è più scientifica, astratta, che d'importanza pratica. Ma la nozione scientifica della contravvenzione è necessaria per quei fatti preveduti dalle leggi speciali, ai quali si riporta il citato art. 21 delle disposizioni di coordinamento.

La Commissione legislativa credette, nelle sue ampie discussioni, offrire al magistrato e all'interprete un criterio unico di distinzione fra i delitti e le contravvenzioni, affermando gli uni consistere nella violazione di determinati diritti, le altre nella infrazione della tutela di un interesse o di un provvedimento dell'Autorità. Ma è uopo osservare che il criterio della Commissione, come quello che è la manifestazione di un'opinione dottrinale, non ha maggiore importanza di questa, perchè non si volle definire come contravvenzioni e positivamente assegnare alla competenza pretoria tutti quei fatti che presentassero il carattere di offesa alla tutela di un interesse o di un provvedimento, ma semplicemente offrire all'interprete una guida teorica per discernere le contravvenzioni dai delitti: non si elevò, cioè, quel criterio dottrinale a imperativo precetto di legge. Onde rimane sempre libero il magistrato d'intendere le contravvenzioni con criterio scientifico diverso e applicarlo nei casi pratici. Non ci è lecito in questa sede esaminare l'importantissimo tema, del quale si sono occupati quasi tutti i penalisti.

Nel presente stato della dottrina, la teoria più scientifica è quella insegnata dal Lucchini (1). Egli fa consistere la contravvenzione in ogni fatto la cui obiettività giuridica sia costituita da una lesione potenziale indeterminata: essa, cioè, risiederebbe in quei fatti il cui obiettivo non sia già un diritto specifico di pertinenza privata o pubblica, ma una condizione o norma di condotta da cui dipende la tutela di un diritto o di una sfera generale di diritti. In questa obiettività del fatto si ha la potenzialità della lesione, ma di tale indole, che nettamente si distacca e distingue dalla lesione che caratterizza il delitto, la quale potrebbe anch'essere in questo meramente virtuale, ma sempre relativa ad una determinata spettanza giuridica, direttamente e concretamente presa di mira.

Accoglie questi principî l'Impallomeni (2). E la grande maggioranza degli scrittori, anche francesi e tedeschi, ammettono che il concetto giuridico della contravvenzione si fondi sopra una misura di prevenzione mirante ad evitare le violazioni giuridiche. Si consultino in proposito il Tolomei (3), il Buccellati (4), il Brusa (5), il Paoli (6), Chauveau ed Hélie (7), l'Ortolan (8) e molti altri ancora.

Respingono il concetto della indeterminata potenzialità di nuocere il Setti (9), il Giannini (10), che fa risiedere la contravvenzione in un fatto che produca danno o pericolo lieve e di poco momento; il Longhi (11) e tutti i seguaci della scuola positiva.

110. Gravi ondeggiamenti ha mostrato in questo punto la giurisprudenza. In alcuni casi, la Cassazione assume per criterio differenziale la esistenza o no del dolo, come in un arresto del 15 gennaio 1891, a proposito dell'art. 42 della legge sanitaria (12), e in un altro arresto del 7 febbraio 1895 (13).

Nella prima di queste due sentenze la Cassazione dichiara applicabile l'articolo 323 del cod. pen. e definisce il fatto delitto, e nella seconda applica l'art. 321, perchè gli agenti avevano scienza nel primo caso che il latte fosse adulterato, e nel secondo che la somministrazione dei medicinali non corrispondesse all'ordinazione. In altri arresti la Cassazione si appigliò al criterio della frode, come nel 2 febbraio 1891 e 1° giugno dello stesso anno (14). E in altre sentenze ricorre al criterio della possibilità o effettività della lesione di un diritto, come nel 5 settembre 1890 (15), affermando delitto il fatto del droghiere che, violando la disposizione dell'art. 27 della legge sanitaria, vendè i medicinali; qualificò delitto la bancarotta semplice, perchè offende la pubblica fede, nel 21 agosto 1890 (16); e qualificò delitti le due prime ipotesi dell'art. 97 della legge comunale e provinciale, in un arresto del 14 novembre 1890 (17).

In altri indaga la intrinseca immoralità del fatto, e però

(1) *Ancora e sempre contro la tripartizione dei reati* (*Riv. Pen.*, vol. XXII, pag. 429).

(2) *Il sistema generale delle contravvenzioni nel diritto penale e nel progetto di codice penale* (*Riv. Pen.*, vol. XXVIII, pag. 405).

(3) *Diritto e proc. pen.*, n. 1678.

(4) *Il Nichilismo e la ragione del diritto penale* (Estratto dalle *Memorie dell'Istituto lombardo*, vol. XIV); Milano, Tipogr. Bernardoni, 1882.

(5) *La Cassazione di Napoli e il progetto del codice penale* (*Annali di giurisprudenza*, 1869, parte III).

(6) *Esposizione storica e scientifica dei lavori preparatori del codice penale*, Firenze, Nicolai, 1884.

(7) *Théorie du code pénal*, vol. VI, § 2719.

(8) *Élém.*, vol. I, § 613, Paris, Plon, Nourrit et C.e, 1886.

(9) *Dell'imputabilità*, pag. 137 e 138, Torino, F.lli Bocca, 1892.

(10) *Scuola positiva*, 1893, pag. 60 e seg.

(11) *Dolo e colpa nelle contravvenzioni* (*Foro Pen.*, vol. II, parte I, pag. 129).

(12) *Ceccardi* (*Riv. Pen.*, vol. XXXIII, pag. 367).

(13) *Matteucci* (*Foro It.*, 1895, II, 178).

(14) *P. M.* in c. *Tereglia; Micale* (*Foro It.*, 1891, II, 363; 417)

(15) *Sangiorgio* (*Foro It.*, 1890, II, 507).

(16) *Sagristano* (*Foro It.*, 1891, II, 55).

(17) *Liberatore* (*Foro It.*, 1891, II, 66).

dichiara contravvenzione la infrazione dell'art. 8 della legge sul bollo delle carte da giuoco (1); e, in una decisione del 28 giugno 1890 (2), scrive che tali fatti non offendono i principî di *gius* naturale e della morale universalmente ricevuta.

Il magistrato deve avere riguardo non alla pena, ma al carattere intrinseco del reato preveduto da leggi speciali, per determinare se esso costituisca un delitto o una contravvenzione.

Una sentenza della Cassazione, in data 10 luglio 1891 (3), affermava recisamente questo principio. E, in un'altra sentenza del 13 aprile 1893, la Cassazione ripeteva: « in virtù dell'art. 21 del regio decreto 1° dicembre 1889, per determinare se un reato preveduto dalle leggi, decreti e regolamenti sia un delitto o una contravvenzione, non si deve aver riguardo alla pena, ma soltanto al carattere del reato, secondo la distinzione fatta dal codice penale tra delitti e contravvenzioni; e però la trasgressione di una formalità prescritta dalla legge, per potere liberamente esercitare la vendita di bevande alcooliche al minuto in un dato Comune, non contenendo in sè la lesione di alcun diritto, non può avere che il carattere di semplice contravvenzione » (4).

111. Nell'art. 23 delle disposizioni per l'attuazione del codice penale, è stabilito che, quando nelle leggi, nei decreti e nei regolamenti è comminata la multa senza che ne sia determinato l'ammontare, s'intende la multa stabilita dal codice penale, ma per una somma di lire cinquantuna a cinquemila, e quando sia comminata l'ammenda, s'intende comminata la multa o l'ammenda per una somma non superiore alle lire cinquanta. In coerenza di questa disposizione, se un fatto sia punibile con la multa, della quale non si determini la quantità, essa può estendersi da lire 51 a lire 5000, e però il fatto stesso sfugge alla competenza pretoria. E la Cassazione, in sentenza del 28 novembre 1893 (5), giudicando una contravvenzione all'art. 23 della legge sanitaria 22 giugno 1888, la ritenne di competenza del tribunale. Ma il ragionamento della Corte non ci pare esatto, perchè afferma « che, nei reati previsti dalle leggi speciali, la pena pecuniaria da infliggersi non può distinguersi in ammenda o multa, a seconda l'indole del reato, ma secondo che la legge speciale abbia comminata la multa ovvero l'ammenda, sia qualsivoglia l'indole del reato ». Ora l'art. 23 non può disgiungersi dall'art. 21: la qualificazione del fatto in delitto o contravvenzione è data dalla natura del fatto medesimo; e la incompetenza del pretore non veniva da altro che dalla indeterminatezza della multa, estensibile fino a lire 5000: il che non faceva rientrare la infrazione nella ipotesi dell'art. 11, n. 3.

È indifferente per le contravvenzioni l'elemento della buona fede; occorre badare soltanto alla volontarietà del fatto che le costituisce. Così la Cassazione qualificò contravvenzioni le infrazioni dell'art. 42 della legge sanitaria e le distinse dai delitti preveduti negli articoli 319 e seg. del codice penale, dichiarando che i fatti quivi ipotizzati costituiscono appunto altrettanti delitti, richiedendo quale elemento indispensabile il dolo, o almeno la scienza del vizio o uno degli elementi di colpa ivi enunciati (6).

Fra le contravvenzioni alle leggi speciali, la Cassazione ha pur ritenuta quella dell'art. 76 del regio decreto 29 agosto 1889. Infatti, nella sentenza, citata in fine al numero precedente, del 13 aprile 1893, giudicava che, quantunque a termini dell'art. 76 del regio decreto 29 agosto 1889, che approvò il testo unico della legge sugli spiriti, sia passibile della multa, estensibile da 50 a 500 lire, la vendita al minuto di bevande alcooliche fatta senza licenza, costituisce, per le norme fissate dall'art. 21 del regio decreto 1° dicembre 1889, contravvenzione e non delitto. Senonchè, per altra ragione le contravvenzioni alla legge sugli spiriti sono sottratte alla competenza pretoria.

Dunque molto è lasciato alla dottrina per la determinazione della competenza dei fatti preveduti nelle leggi speciali, punibili nella misura indicata nel n. 3 dell'art. 11, perchè la questione di competenza dipende direttamente dalla risoluzione di quella sul carattere giuridico di quei fatti. Se saranno classificati contravvenzioni, la competenza pretoria li comprenderà; ma se delitti, la competenza sarà determinata secondo la regola del n. 1 dello stesso art. 11. In verità bisogna constatare che, passando ad esame tutte le ipotesi di fatto presentatesi nella giurisprudenza, esse sono state, nella massima parte, rettamente decise in definitiva: le incertezze, gli ondeggiamenti e le inesattezze sono molteplici nelle motivazioni, le quali, se non tutte, in gran parte offrono campo a critica e a censura. Manca l'uniformità dei criteri e dell'indirizzo scientifico, la sicurezza dei principî e la logica serrata delle loro applicazioni. A tacere delle altre magistrature inferiori, la Cassazione, specialmente quando trattasi della affermazione e della determinazione di principî dottrinali nelle loro infinite varietà della pratica, è spesso o incerta o contraddittoria.

112. L'ultimo capoverso dell'art. 11 dichiara di sottrarre assolutamente alla competenza pretoria tutti i delitti indicati nell'art. 9, tutti i reati di stampa e tutti gli altri reati per i quali la legge stabilisce una diversa competenza. Questa espressa dichiarazione, fatta collo scopo evidente di togliere ogni possibilità di dubbio sulla sfera della competenza del pretore, sembrerà inutile di fronte a quei delitti enumerati nell'art. 9, perchè, essendo stati devoluti alla Corte di assise, è impossibile che si possa dubitare se qualcuno entri nella competenza del pretore. Il dubbio sarebbe possibile per quei reati di stampa che sono di competenza del tribunale, perchè, in tal caso, la misura della pena potrebbe dar luogo alla competenza pretoria. Onde il legislatore ha voluto essere più che chiaro ed esplicito.

113. Nondimeno, in virtù della legge 22 novembre 1888, è sorta ed è tuttavia viva, nella dottrina e nella giurisprudenza, una questione di competenza in tema d'ingiurie e di diffamazione commesse col mezzo della stampa.

Che la legge 22 novembre 1888 abbia tolto ogni vigore a quella parte della legge sulla stampa, che si riferisce all'ingiuria e alla diffamazione, incorporando nel codice penale queste due figure di reato, non è possibile dubitare: onde tali reati, per gli autori e i complici, sono cessati di essere reati di stampa, e sono divenuti reati comuni, regolati dall'ordinaria competenza, secondo la quantità della

(1) 4 febbraio 1891, *Foti* (*Foro It.*, 1891, II, 248).
(2) *Landi e altri* (*Foro It.*, 1890, II, 229).
(3) *Pireddu* (*Foro Pen.*, I, parte 2ª, *Massim.* 7).
(4) *P. M.* in c. *Saba-Solinas* (*Cassaz. Unica*, vol. V, col. 561).
(5) *P. M.* in c. *Germanico* (*Foro Pen.*, III, parte 2ª, p. 132).
(6) 21 aprile 1896, *P. M.* in c. *Roccia* (*Riv. Pen.*, vol. XLIV, pag. 57); 12 marzo 1896, *P. M.* in c. *Puliti* (*Id.*, vol. XLIII, pagino 574, n. 1335 del *Mass.*); 1° febbraio 1894, *Lo Turco* (*Giurisp. Pen.*, vol. XIV, pag. 69); 5 gennaio 1893, *Putzalis* (*Riv. Pen.*, vol. XXXVII, pag. 344).

pena, e passibili di essere giudicati dal pretore. La questione nasce soltanto riguardo al gerente, per il quale vige tuttora l'art. 47 dell'editto sulla stampa. Alcuni ritengono che anche il gerente possa essere rinviato al pretore, e altri propugnano una teoria contraria. La Corte di cassazione si è più volte contraddetta. In una sentenza del 22 gennaio 1892 (1), andando in avviso opposto a quello manifestato dal procuratore generale, decise che l'ingiuria commessa colla stampa sia reato comune represso dall'art. 393 del codice penale, e che non possa scindersi e ritenersi reato comune per gli autori e i complici, e reato di stampa per il gerente. Ma il Collegio Supremo decise in senso inverso nel 19 gennaio 1894 (2). Poi ritornò alla sua prima opinione, nella sentenza del 1° marzo dello stesso anno (3) e in quelle del 6 maggio (4) e del 12 giugno 1895 (5). E, nel 15 luglio successivo, la ripudiò, accogliendo la seconda sua opinione, e affermando che il gerente risponde penalmente in forza dell'art. 47 dell'editto, quando non sia autore o complice secondo i principî del diritto penale, e che in questo caso trattisi di un reato di stampa (6).

Per nessun'altra materia la Corte Suprema ha offerto un più notevole spettacolo di contraddizione nella sua giurisprudenza e a brevissimi intervalli di tempo.

Il procuratore generale, nel fatto che diede luogo alla sentenza della Cassazione 22 gennaio 1892, aveva sostenuto che la responsabilità del gerente, quando si proceda contro di lui in forza dell'art. 47 della legge sulla stampa, non possa qualificarsi come una responsabilità ordinaria e comune, ma eccezionale, come quella che nasce da una presunzione di complicità stabilita dalla legge, la quale, in questa parte, si allontana dal principio fondamentale e comune ad ogni responsabilità. Ma la Cassazione, contro questo preciso e logico ragionamento, si limitava ad affermare che la ingiuria commessa col mezzo della stampa, essendo preveduta nell'art. 395 cod. pen., era un reato comune, soggetto alla giurisdizione ordinaria, e che la designazione di una persona responsabile, indipendentemente dalla sua reale partecipazione al reato, non tramutava il reato comune in reato di stampa. Si preoccupò la Cassazione della scissione della causa fra il gerente e gli altri autori o complici. Quindi dichiarava la competenza pretoria anche pel gerente.

Nel 15 luglio 1895, la Corte Suprema, a relazione di quello stesso magistrato (Fiocca), passato consigliere, che aveva funzionato da Pubblico Ministero nella causa di cui sopra, ragionava nel modo che segue:

« Attesochè, quando si tratta di articoli diffamatori o ingiuriosi pubblicati in un giornale, il gerente può rispondere tanto in base al codice penale, quanto in base alla legge sulla stampa. Ne risponde in base al primo, quando sia provato lui essere il vero autore dell'articolo incriminato. Ne risponde in base alla seconda a norma dell'art. 47, e ne risponde o come presunto autore quando il vero autore non sia conosciuto, o come presunto complice quando il vero autore sia conosciuto e condannato. Quando dunque, per l'imputabilità degli articoli diffamatori o ingiuriosi, si applicano al gerente le disposizioni del codice penale, niun dubbio che la di lui condanna sia per fatto previsto dal detto codice. Ma quando invece si applica l'art. 47 della legge sulla stampa, e lo si condanna come presunto autore o complice dell'articolo incriminato, in tal caso sarà sempre per fatto previsto dalla legge sulla stampa, e l'applicazione dell'articolo 49 si rende necessaria e fatale, come appunto si avvera nel caso presente...

« Invano contro codesta conclusione si obietta che le disposizioni degli art. 27, 28, 29 relative ai reati di diffamazione e d'ingiuria, contenute nell'editto stesso, non potrebbero mai essere applicate, come quelle che furono abrogate coll'art. 4 della legge 22 novembre 1888. Con siffatto modo di argomentare, si va contro la lettera, perocchè, se è vero che l'art. 4 della citata legge abrogò gli art. 27, 28 e 29 dell'editto sulla stampa, è vero che nell'abrogarli dichiarava espressamente che ai medesimi s'intendessero sostituite le disposizioni corrispondenti del codice penale, di modo che, con siffatta sostituzione, il reato di diffamazione e d'ingiuria non è mai scomparso dall'editto sulla stampa e quindi ha continuato a far parte delle sue previsioni penali ».

Si passa poi nella sentenza ad argomentare che, una volta creata con l'articolo 47 una responsabilità *sui generis* del gerente pei reati commessi colla stampa, non sarebbe stata spiegabile la soppressione di questa responsabilità relativamente ai reati che offendono l'onore dei cittadini; e si ricorda come la disposizione dell'art. 4 dell'editto sia stata dettata per reprimere l'abuso della stampa negli attentati alla riputazione dei cittadini sotto falsi pretesti politici; per cui si sentiva la necessità di sottoporre questi attentati al diritto comune, tanto nella pena, che nella competenza; e però, con l'art. 4 della legge 22 novembre 1888, agli art. 27, 28 e 29 della legge 26 marzo 1848 si sostituirono le nuove disposizioni corrispondenti del codice penale. Si compì poi l'opera con le disposizioni per l'attuazione del nuovo codice penale modificanti l'art. 9 c. p. p., che sottrassero al giudizio dei giurati i reati d'ingiuria e di diffamazione commessi colla stampa. Rileva in fine la Corte l'assurdità delle conseguenze che discenderebbero da un principio contrario, perchè il gerente non potrebbe mai essere condannato a base del codice penale, il quale non riconosce responsabilità penali presunte per delitti, anzi le esclude con la norma generale dell'art. 45. Tale fu il pensiero espresso dalla Cassazione in quella sentenza, che si ravvisa la più ampia e motivata a fronte delle altre citate sul medesimo argomento.

In un precedente giudicato, la Cassazione aveva pur ritenuto in vigore l'art. 47 della legge sulla stampa anche in ordine ai reati d'ingiuria e di diffamazione (7).

114. Sostengono la irresponsabilità del gerente pei reati comuni, nel campo dottrinale, il Frassati (8), il Bocchialini (9), il Benevolo (10), l'Escobedo (11), il quale ribadisce, con potenti argomenti, il concetto che la figura del gerente, in base alla sola presunzione dell'art. 47, non entri nei reati d'ingiuria e di diffamazione, e che l'art. 4 della legge 22 no-

(1) Confl. in c. *Penna, Miglietti ed altri* (*Riv. Pen.*, vol. XXXV, pag. 287).
(2) Ric. *Riccio* (*Riv. Pen.*, vol. XXXIX, pag. 376).
(3) Ric. *Colombo* e *Albertario* (*Riv. Pen.*, vol. XL, pag. 349).
(4) Ric. *Tursini* (*Riv. Pen.*, vol. XLII, pag. 30).
(5) Ric. *Fratoni* (*Riv. Pen.*, vol. XLII, pag. 259).
(6) Ric. *P. M.* in c. *Quarenghi* (*Riv. Pen.*, vol. XLII, pag. 479).

(7) 1° settembre 1892, *Sulliotti e altri* (*Foro Pen.*, vol. II, parte II, 151).
(8) *Riv. Pen.*, vol. XXXIX, pag. 5.
(9) *Supplem.* alla *Riv. Pen.*, vol. III, pag. 174.
(10) *Cass. un.*, V, col. 274.
(11) *Giust. Pen.*, vol. I, pag. 792

vembre 1888 abbia implicitamente abrogato l'art. 47 della legge sulla stampa. Sono di parere contrario il Tuozzi (1) e il Negri (2).

E in un altro notevole giudicato dell'11 maggio 1892 (3), la Cassazione espresse anche l'avviso, che, « non reputandosi cosa prudente toccare la legge sulla stampa in quella parte che prevedeva certi reati d'ordine meramente politico, si pensò di richiamare alle disposizioni del codice penale quei soli reati che non avessero tale carattere, quali sono quelli contro il buon costume, quelli costituenti libello famoso, i reati di diffamazione e d'ingiuria, le offese contro i depositari della forza pubblica, la provocazione a commettere reati, e si abolirono quindi, colla legge 22 novembre 1888, gli articoli del regio editto sulla stampa ai medesimi relativi; ma si lasciarono gli altri reati sotto l'impero dell'editto stesso; e che, in conseguenza, dopo la legge suddetta, continuarono ad essere sotto le norme dell'editto 26 marzo 1848 tutti i reati di ordine politico commessi a mezzo della stampa, che da quella legge non furono esclusi; e che vengono, invece, ad essere disciplinati dal codice penale gli altri, che prima erano anch'essi dall'editto previsti, come tutti gli altri commessi colla stampa che l'editto non prevede e sono contemplati dal codice penale ».

Ed è opportuno menzionare altra sentenza del Supremo Collegio, 23 novembre 1893, nella quale è dichiarato che una agli articoli 27 e 28 si debba ritenere abrogato anche l'art. 4 dell'editto albertino (4).

Dalla rapida menzione delle opposte teorie e degli opposti giudicati rilevasi che, in fondo, esistono due opinioni fondamentali: una che ritiene l'abrogazione dell'art. 47 dell'editto e dell'art. 4 e la conseguente scomparizione del reato speciale del gerente nella vigente legislazione penale, e l'altra che sostiene essere quelle disposizioni ancora in vigore. Secondo la prima, la questione di competenza non avrebbe più ragione di sussistere, perchè la figura del gerente non può, semplicemente come tale, essere incriminata per reato comune d'ingiuria e di diffamazione; e secondo l'altra, sussistendo la responsabilità penale del gerente, questa dovrebbe essere logicamente trattata come reato di stampa, e però sfuggire alla competenza pretoria in base all'ultimo capoverso dell'art. 12. Una ultima teoria, intermedia, come si è visto, escogitata dalla Cassazione nella sentenza 15 luglio 1895, pur ritenendo in vigore l'art. 47 dell'editto albertino, distingue la responsabilità penale comune del gerente in base alle regole ordinarie del diritto punitivo, e la responsabilità speciale derivante dall'art. 47 in forza di una presunzione assoluta di legge: in questa seconda ipotesi, il reato sarebbe di stampa, non soggetto alla competenza del pretore.

La questione a noi interessa pei fini della competenza: onde non è nostro cômpito esaurire la discussione sulla punibilità o meno del gerente pei reati di diffamazione e di ingiurie, ai quali non abbia preso parte secondo le comuni norme dell'imputabilità ordinaria. Non è però da mettersi in dubbio che il gerente, come bene ritenne la Cassazione nella sentenza del 15 luglio 1895, possa essere autore o complice del delitto nel senso vero del codice penale, e in questo caso nessuno negherà che si renda colpevole di un reato comune e passibile della competenza pretoria. Ove sia imputato meramente come gerente, si presentà questo dilemma: o si riterrà abrogata la disposizione dell'art. 47, e il concetto del reato di stampa sparisce, e il pretore sarà competente a decidere la causa, nella quale non potrebbe che pronunziare l'assoluzione, essendo impossibile *in iure communi* prescindere dalle regole dell' imputabilità, ovvero si riterrà sussistente l'art. 47, e non è possibile non qualificare il fatto del gerente reato di stampa, di competenza del tribunale.

A noi sembra in verità che la legge 22 novembre 1888, che si limitò a sostituire ai soli art. 17, 27, 28 e 29 della legge 26 marzo 1848 i corrispondenti precetti del nuovo codice penale, non abbia spostata la responsabilità speciale del gerente derivantegli, per la sua qualità, dall'editto sulla stampa. Invero, quella legge non fece altro che togliere la figura giuridica dei reati d' ingiuria e di diffamazione dalla legge sulla stampa, dichiarando che erano incorporati nel codice penale. Ma nulla innovò alla disposizione eccezionale dell'art. 47 dell'editto albertino, il quale continua ad aver vigore. Ora questo articolo è posto sotto il capo VIII, « Delle pubblicazioni periodiche », laddove le ingiurie e le diffamazioni erano trattate al capo VI, e mantiene la responsabilità penale del gerente, non in base alle regole del diritto penale circa gli autori e i complici del reato, ma in base ad una presunzione di colpabilità legale *iuris et de iure*. Ed è chiaro che questa responsabilità, non discendente dai principî fondamentali del diritto penale ammessi dal codice, e proveniente direttamente da una norma eccezionale, antitetica a quei principî, non può costituire per il gerente che un puro reato di stampa. Ma, dunque, si obietta, i veri autori e complici, secondo il comune diritto penale, saranno considerati colpevoli a termini di questo e potranno subire il rinvio al pretore, e il gerente, per lo stesso fatto, dovrà sempre essere soggetto alla competenza del tribunale? Sarà pure un inconveniente, al quale il legislatore poteva provvedere e non ha provveduto; ma, per questo, non è autorizzato l'interprete a negare la verità giuridica: che il gerente, tradotto in giudizio in forza della presunzione di colpa dell'art. 47, deve rispondere di un'imputazione di reato di stampa, sottoposto alla competenza relativa. Quindi va escluso ogni rinvio al pretore in questa ipotesi.

115. Sono anche eccettuati dalla competenza pretoria tutti quegli altri reati per i quali la legge ha stabilita una diversa competenza.

Così i contrabbandi e le contravvenzioni alle leggi doganali, per le quali si è, nell'art. 129, applicata la stessa norma contenuta nell'ultimo capoverso dell'art. 71 del codice di rito civile, sono assolutamente sottratti alla competenza dei pretori; come anche le contravvenzioni riguardanti i sali e tabacchi, alle quali si applicano le disposizioni della legge doganale (legge doganale 8 settembre 1889 e legge sulla privativa dei tabacchi 15 giugno 1865). Sono del pari escluse dalla competenza pretoria, come i reati di contrabbando, le contravvenzioni alla legge 8 agosto 1895 sugli spiriti; e sono egualmente escluse le contravvenzioni al decreto-legge 10 dicembre 1894, sottoposte alla regola di competenza della legge doganale 8 settembre 1889, articolo 129. Così la Corte di cassazione, in sentenza del 27 marzo 1896, decise che la competenza a giudicare del contrabbando, ai sensi dell'art. 23 del suddetto decreto-legge, per essersi trovati nello Stato fiammiferi in condizioni di-

(1) *Foro Pen.*, vol. III, parte 1ª, pag. 125.
(2) *Temi Ven.*, 1894, pag. 228.
(3) *P. M.* in c. *Marocchi* (*Riv. Pen.*, vol. XXXVI, pag. 33).
(4) *Mensio* (*Foro Pen.*, vol. III, parte 2ª, pag. 147).

verse da quelle stabilite, si determina a norma della legge doganale 20 settembre 1889 (1). In questo senso si è pronunziato, anche recentemente, il Collegio Supremo nelle sentenze 8 luglio 1892 (2), 29 aprile 1896 (3) e 6 maggio 1896 (4).

Così pure le contravvenzioni alle leggi sul bollo non sono deferite alla competenza pretoriale (legge 13 settembre 1874, testo unico, art. 44). Appartiene però ai pretori la cognizione delle contravvenzioni alla legge sulla caccia, dovendosi ritenere abolite le regie patenti 29 dicembre 1836, che le deferivano ai tribunali di prefettura.

§ 3. — *Tribunali.*

116. Da quali reati è costituita la loro competenza. — 117. Accrescimento di essa. — 118. Contravvenzioni speciali. — 119. Grado di appello.

116. Alla competenza dei tribunali penali rimane tutto quanto non rientra nella competenza della Corte d'assise e in quella dei pretori.

La competenza dei tribunali è stata, in questi ultimi tempi, e specialmente nell'anno 1894, enormemente accresciuta, dopo che è passato per le nostre leggi un nefasto soffio di reazione, anche paurosa del magistrato popolare.

Si è insegnato che l'interpretazione degli art. 9 e 11 debba essere restrittiva e comprendere nella competenza dei tribunali tutta quella materia che non può tassativamente far parte delle altre due competenze. Questo insegnamento è erroneo, perchè i limiti delle giurisdizioni sono tutti egualmente fissi e tassativi, e non sono, per alcune magistrature, alquanto variabili o elastici, a furia d'interpretazione analogica, e per altre invariabili e fisse.

Tutti quei reati, adunque, che sfuggono alla competenza della Corte d'assise e a quella del pretore, sono assegnati alla competenza dei tribunali.

117. In seno della Commissione legislativa, che discuteva le modificazioni al codice di procedura, era sorta una viva preoccupazione per l'aumento della competenza dei tribunali, ed in vista di questo aumento si volle stabilire anche un livello massimo nella determinazione della pena, come misura della competenza della Corte d'assise in disparte del limite minimo. Quindi i tribunali conoscono di quei reati che non importano una pena restrittiva della libertà personale nel minimo non inferiore ai cinque anni, o, sia pure tale nel minimo, superiore ai 10 anni nel massimo; talchè, se un delitto sia punibile con un minimo inferiore a un quinquennio e con un massimo di oltre 10 anni, ovvero, se con un massimo di 10 anni o anche meno e con un minimo di 5 anni o più, apparterrà alla competenza della Corte di assise.

Questa norma già da per sè ha esteso grandemente la competenza dei tribunali, tanto che questi, colla regola dell'art. 12, potrebbero in certi casi applicare ad una medesima persona, rea di più delitti, finanche 30 anni di reclusione; laddove, prima delle modificazioni procedurali, non avrebbero potuto infliggere la pena del carcere, equiparata alla detenzione, al di là di 7 anni e mezzo, in caso di concorso di più delitti.

E il campo della competenza dei tribunali si è, in modo enorme, accresciuto per continue usurpazioni di quello assegnato dall'art. 9 e spettante razionalmente alla Corte di assise, perchè, come innanzi si è accennato, la legge 11 luglio 1894, n. 287, all'art. 8, attribuì ai tribunali penali la cognizione dei reati elettorali, preveduti negli art. 89, 90, 91, 95 e 96 della legge elettorale politica, e negli art. 92, 93, 94, 98 e 99 della legge comunale e provinciale, sottraendola irrazionalmente al magistrato popolare, al quale rimase soltanto la cognizione dei delitti preveduti negli articoli 92, 93 e 94 della prima, corrispondenti agli art. 107, 108 e 109 del testo unico 28 marzo 1895, e di quelli contemplati negli art. 95, 96 e 97 della seconda, e, dopo soli 8 giorni, la legge 19 luglio 1894, n. 315, affidò ai tribunali la cognizione dei reati di cui agli art. 246 e 247 del codice penale, e all'art. 6 della legge sulle materie esplodenti, commessi col mezzo della stampa, togliendo così alla Corte di assise la cognizione dell'apologia di reato e della provocazione all'odio fra le classi sociali, commesse col mezzo della stampa, previste nel citato articolo 247, in relazione all'art. 24 della legge sulla stampa.

118. Appartengono poi ai tribunali tutte quelle contravvenzioni alle leggi speciali, indicate nel paragrafo precedente, cioè i contrabbandi, le contravvenzioni doganali, quelle relative alla privativa dei sali e tabacchi, alla legge sugli spiriti 8 agosto 1895, al decreto-legge 10 dicembre 1894 e al bollo, e a quelle altre leggi che specialmente fossero escluse dalla competenza pretoria. Appartiene altresì ai tribunali la cognizione della contravvenzione all'art. 45 della legge sanitaria, perchè, essendo comminata la pena del carcere, estensibile, secondo il codice sardo (art. 56), fino a cinque anni, questa può essere commutata nell'arresto per una eguale durata massima (art. 22 delle disposizioni di coordinamento, antipenultimo capoverso), e, tutte quelle contravvenzioni dalle leggi escluse dalla competenza pretoria.

119. La competenza dei tribunali e, in grado di appello, delle Corti d'appello, è una competenza media, perchè trovasi fra quella dei pretori e quella delle Corti d'assise. Essa è divisa in due gradi, o istanze: quella di 1° grado è devoluta ai tribunali; quella di 2° alle Corti di appello sulle sentenze appellabili dei tribunali. Ma anche questi hanno una competenza di 2° grado sopra le sentenze appellabili dei pretori.

La competenza di 1ª istanza contiene, come innanzi si è chiarito, tutte le categorie di reati non comprese nella competenza delle Corti d'assise e in quella dei pretori; e la competenza di 2ª istanza appartenente ai tribunali si estende alla sfera dei reati indicati nell'art. 353 del codice di procedura penale, e può essere provocata dall'imputato, dal pubblico ministero e dalla parte civile da questa pei soli danni. La competenza poi di 2ª istanza appartenente alle Corti di appello, è determinata negli art. 398 e 399 dello stesso codice.

Capo III. — Norme per determinare la competenza « ratione poenae ».

§ 1. — *Aumenti di pena.*

120. Regola. — 121. Applicazioni. — 122. Esame critico. — 123. Continuazione. — 124. Giurisprudenza. — 125. Dottrina. — 126. Vere ragioni.

120. L'art. 12, modificato, contiene una regola importantissima, secondo la quale si dovrà misurare la pena determinatrice della competenza in ragione di pena.

(1) Concl. in c. *Lombardini* (*Giust. Pen.*, vol. II, col. 457).
(2) *P. M.* in c. *Bonizza* (*Cass. Unica*, vol. III, col. 1086).
(3) *P. M.* in c. *Roccia* (*Riv. Pen.*, vol. XLIV, pag. 306).
(4) *Stavolo* (*Giust. Pen.*, vol. II, col. 502).

Questa regola, analizzata, può scindersi in due norme giuridiche. La prima si riferisce all'aumento della pena, e la seconda alla diminuzione. L'una si può sintetizzare e formolare nella seguente: che, per la determinazione della competenza, non si debba tener calcolo dell'aumento di pena risultante dal concorso di reati e di pene e dalla recidiva; l'altra: che, salva l'ipotesi del rinvio a norma dell'articolo 252 del codice di procedura penale, non si debba tener conto di nessuna circostanza per la quale, senza che sia mutato il titolo del reato, possa essere diminuita la pena stabilita dalla legge. Questa seconda norma è passibile d'una sola eccezione: quando si tratti di una diminuzione dipendente da ragione di età. Devesi adunque badare al titolo di ciascun reato e alla pena comminata dalla legge. Il concorso di reati e di pene non aumenta la competenza, perchè non dal cumulo delle pene questa va misurata, ma da ciascuna pena, considerata in tutta la sua latitudine dal minimo al massimo, in astratto applicabile a ciascuno dei reati. Nè l'aumento della pena derivante dalla recidiva può mettersi a calcolo nella misura della competenza. E non deve essere calcolata nessuna diminuzione di pena per circostanze minoranti e attenuanti.

In ordine alla prima parte della regola dell'art. 12, che per noi costituisce la prima norma, giova considerare che non bisogna confondere l'aumento della pena derivante dal concorso o dalla recidiva con l'aumento nascente da qualche circostanza aggravatrice della penalità, che renda il fatto punibile, non per concorso o per recidiva, con una pena maggiore di quella che sarebbe applicabile senza quella circostanza. E questa differenza giuridica fra le due cause di aumento serve a dirimere ogni dubbio nelle numerose ipotesi di fatto, che si presentano all'esame del magistrato. E la ragione legislativa della differenza è spiegabile: nel caso di concorso vengono insieme più pene distinte per più fatti diversi, e il giudice, come sarebbe competente per ciascuno di essi separatamente, deve, logicamente, ritenersi tale quando si presentano accumulati in un solo giudizio. La sua potestà di giudicare si esplica su ciascuno di quei fatti, tanto se perpetrato da più persone, quanto se da una sola, e tanto se vengano singolarmente alla sua cognizione, quanto se sieno deferiti insieme. La loro unione giudiziale non li snatura o loro attribuisce una configurazione giuridica diversa: rimangono sempre quali sono, nella loro individualità giuridica propria, ciascuno soggetto alla ordinaria giurisdizione, alla quale è per legge deferito. Quando, invece, non concorre un altro reato, ma una circostanza, che, non essendo reato a sè, su cui si possa egualmente spiegare la competenza del magistrato, aggrava la pena, il fatto intero, unico, assume una figura giuridica di delitto più intenso e punibile con una maggiore quantità di pena. Allora la competenza non si può misurare da due pene singole, distinte, quantunque concorrenti, ma da una sola pena comminata per un unico fatto aggravato.

121. Alla stregua di queste idee si possono chiarire alcuni dubbî pur sorti nella giurisprudenza. Così il reato di violenza carnale è di competenza del tribunale, perchè la sua pena parte da un minimo inferiore ai cinque anni e giunge ad un massimo non superiore ai 10, ma, nei casi dell'art. 351, la pena aumenta per la gravità del fatto e trascende i confini della competenza del tribunale. Infatti è stata di questo avviso la Cassazione in sentenza 10 marzo 1893 (1). Il Castori raccoglie, nella patria giurisprudenza, altre decisioni simili, come quella sul furto doppiamente qualificato e di valore molto rilevante, e quella sulla ricettazione di danaro o cose provenienti da furto doppiamente qualificato, quando il colpevole sia ricettatore abituale (2).

Ma, colla guida delle ragioni fondamentali da noi addotte sulla prima norma dell'art. 12, ogni dubbio può essere facilmente rimosso. E però di leggieri si spiega la competenza della Corte di assise, ritenuta dalla Cassazione nel 13 ottobre 1892, in tema di disastri ferroviari nascenti da colpa di persona incaricata dei servizi, dei lavori o della custodia dei materiali (3), e in tema di calunnia, quando il reato apposto al calunniato importi una pena superiore ai 5 anni di reclusione (4).

122. In quella sentenza 13 ottobre 1892, la Corte, accogliendo le ragioni addotte dal procuratore generale, osservava che, essendo ammesso in fatto essere avvenuto il disastro per negligenza di un capo-stazione, il quale aveva l'obbligo per ragione di ufficio, di regolare il servizio dei treni, era applicabile la pena dell'art. 314 c. p. aumentata a norma del successivo art. 329, cioè da un sesto ad un terzo, e però essa superava il limite massimo dei 10 anni consentito alla competenza dei tribunali.

E in un altro recente giudicato 8 febbraio 1896, la Cassazione ritenne che lo scontro di due treni ferroviari, che produsse lesioni a più persone, costituiva un vero disastro di competenza della Corte d'assise (5).

In un'altra sentenza del 6 marzo 1893, la Corte Suprema affermava essere di competenza della Corte di assise la cognizione di un reato di furto doppiamente qualificato e di valore rilevante, e di un reato di calunnia, quando con questa si era attribuito ad alcuno il tentativo d'incendiare un edifizio destinato ad abitazione. La Sezione di accusa di Roma, sulle conformi conclusioni del Pubblico Ministero, aveva rinviato gli imputati al giudizio del tribunale penale, sulla considerazione che l'aumento di pena derivante dalla circostanza del valore molto rilevante, relativa all'imputazione di furto, non doveva valutarsi ai fini della competenza, e che in ordine alla calunnia non si potesse ritenere la ipotesi del n. 1 e dell'art. 212 c. p., giacchè il reato d'incendio calunniosamente attribuito non importava una pena superiore ai cinque anni. Elevato il conflitto, la Cassazione così giudicava:

« Ma basta appena ricordare le tassative disposizioni della legge in ordine ai due punti sopra cennati, per convincersi come le considerazioni della Sezione di accusa non possano meritare accoglimento.

« Se l'art. 12 c. p. p. prescrive che, per determinare la competenza, non si tien conto dell'aumento di pena dipendente dal concorso di reati e di pene e dalla recidiva, egli è chiaro che si debba tener conto dell'aumento dipendente da altre circostanze. E poichè, per il valore molto rilevante, può essere aumentata fino alla metà la pena del furto attribuito ai giudicabili, non vi ha dubbio che, invece di applicare ad essi la pena da 2 ad 8 anni stabilita dall'ultimo capoverso dell'art. 404 cod. pen., si potrebbe loro applicare la pena della reclusione fino a 12 anni...

(1) Confl. in causa *Cino* (*Riv. Pen.*, vol. XXXVII, pag. 579).

(2) Op. citata, n. 212, 213 e 214.

(3) Conflitto in causa *Sperati* (*Rivista Penale*, vol. XXXVII, pag. 75).

(4) Cass. Roma, 13 gennaio 1892, *P. M.* in c. *Salvagagliolo* (*Foro Pen.*, vol. II, pag. 228).

(5) Conflitto in c. *Bergamini e Selloni* (*Riv. Pen.*, vol. XLIII, pag. 311).

« Nè meno evidente la cosa è riguardo al reato di calunnia. Quando non si mette in dubbio che per l'incendio falsamente attribuito si potrebbe applicare una pena che può estendersi sino al limite massimo di 11 anni, un mese e 20 giorni, non si può disconoscere che con la calunnia si sarebbe nella specie attribuito ad un innocente un reato che importa pena superiore ai 5 anni. E poichè, nel caso che il reato attribuito con la calunnia importi pena superiore ai 5 anni, è applicabile al calunniatore la pena da 3 a 12 anni, è evidente che si versa nella ipotesi di un reato nel quale è stabilito un massimo superiore a 10 anni, e che deve essere deferito alla cognizione della Corte di assise » (1). Inoltre la Corte osserva che, quando la legge parla di reati che importino una determinata pena, allude sempre ad una ipotesi astratta e alla pena per essi stabilita dalla legge, e non ad una pena concreta e determinata (2).

In massima, le considerazioni sono conformi alla retta interpretazione delle regole sancite dalla legge. Invero, non si può mettere in dubbio che, quando nelle disposizioni legislative si parla di una data penalità, bisogna intendere che la legge contempli quella astrattamente applicabile dal minimo al massimo, e che alla stregua di questo limite massimo bisogni misurare la competenza. Ed il ragionamento della Corte, cioè della requisitoria, ci sembra anche meritevole di considerazione là dove si dice che, per la determinazione della competenza, se non si debba tener conto dell'aumento di pena derivante dal concorso dei reati e delle pene, si debba tenere ragione dell'aumento dipendente da altre circostanze. Infatti, la legge ha circoscritto all'aumento derivante dal concorso di reati e delle pene e dalla recidiva ciò che non deve influire sulla misura della competenza. Sotto questo punto di vista, influisce sulla determinazione della competenza la circostanza, che i reati sieno stati commessi dagli associati in tempo e in occasione dell'associazione a delinquere, giusta la disposizione dell'art. 250 cod. pen.

Su questo proposito si è giudicato in senso contrario. Ma crediamo che questa opinione non corrisponda al pensiero del legislatore. Infatti, in tema di associazioni per delinquere, non trattasi di un aumento di pena stabilito dal concorso di più reati e di pene, il cui aumento non deve influire sulla determinazione della competenza, ma l'aumento della pena è voluto dal legislatore oltre l'aumento dipendente dal concorso dei reati, dei quali si rendono responsabili gli associati. Invero l'art. 250 c. p. prescrive che, pei delitti commessi dagli associati o da alcuni di essi, nel tempo o per occasione dell'associazione, la pena risultante dall'applicazione dell'art. 77 è aumentata da un sesto ad un terzo. Dunque, prima bisogna infliggere agli associati, rei di altri delitti commessi nel tempo o per occasione dell'associazione, la pena comminata per ciascuno di essi e complessivamente determinata dalla norma nel concorso, e dopo applicare l'aumento da un sesto ad un terzo stabilito dall'art. 250 del codice penale. Ora questo aumento è indipendente dal concorso di reati e di pene per la pluralità dei delitti.

Collo stesso ordine d'idee, si può decidere la questione di competenza in ordine ai reati di ricettazione. È risaputo che, a termini dell'art. 421 c. p., il ricettatore di oggetti provenienti da delitti, o colui che s'intromette in qualsivoglia modo per farli smaltire, ricevere o nascondere, senza che sia concorso nei delitti medesimi, va punito colla reclusione sino ad un limite massimo di due anni e colla multa sino a lire mille. Poi la legge enuncia una circostanza, per la quale la pena si aggrava, cioè quella che gli oggetti provengano da un reato che importi una pena restrittiva della libertà personale per un tempo maggiore di cinque anni. Ora, in questa ipotesi, se il colpevole sia un ricettatore abituale, è punibile colla reclusione da 5 a 10 anni, cioè con un limite minimo, che supera quello stabilito per la competenza del tribunale.

È chiaro che questo caso entra nella competenza della Corte di assise. Quindi è necessario calcolare sempre la pena che l'imputazione, quale trovasi formolata dall'accusa, in astratto determina per il fatto imputato nella misura massima. Questo principio, che dipende dalla lettera e dallo spirito dell'art. 12, è stato spesso sconosciuto dalle Sezioni d'accusa, a giudicare dai parecchi pronunciati della Cassazione, coi quali si è dovuto correggere il loro pronunziato. Così, in tema di calunnia, la Sezione di accusa di Messina aveva rinviato al giudizio del tribunale un imputato di calunnia, il quale, secondo il capo d'imputazione ascrittogli, aveva apposto falsamente al calunniato un reato di furto previsto dall'art. 404, n.i 3°, 4° e 12°, c. p. La Sezione di accusa aveva ritenuto che il fatto delittuoso calunniosamente attribuito non entrava nell'ipotesi dell'aggravante. Ma la Cassazione opportunamente osservava: che l'art. 212. n. 1°, non facendo distinzione fra un massimo ed un minimo di pena, bisogna interpretarlo nel suo complesso, intendendosi che un reato importi una pena maggiore di cinque anni, sempre che questa pena maggiore si possa dal giudice di merito infliggere: la possibilità di una pena maggiore di cinque anni a danno di un innocente calunniato, come aumenta il pericolo di costui, così fa accrescere la responsabilità penale del suo calunniatore. Quindi la Cassazione annullava la sentenza della Sezione di accusa, con decisione 13 gennaio 1892 (3).

Bisogna adunque conchiudere che la determinazione della competenza si determina dal massimo della pena applicabile all'imputato pel reato ascrittogli, considerato con tutte le circostanze aggravanti, che rendono in astratto maggiore la pena applicabile, tranne che per gli aumenti derivanti dal concorso di più reati e di pene e dalla recidiva, che il legislatore espressamente ha voluto escludere dal calcolo della pena per la determinazione della competenza.

123. Una ragione di dubitare sorge a proposito della continuazione, per la quale, nel concetto della legge, i reati continuati sono considerati come un unico reato. Ma basta per poco fare un'analisi giuridica, perchè ogni dubbio su questo argomento sia dileguato.

Invero, qualunque definizione scientifica si preferisca adottare del reato continuato, questo si concreta in più violazioni o di una medesima legge o di un medesimo diritto con unica risoluzione criminosa. Onde la sua unicità è subiettiva, nella coscienza del delinquente, ma, obiettivamente, è formato da più infrazioni punibili. Unica è la intenzione delittuosa, unica la legge o unico il diritto violato, ma più sono le violazioni.

(1) Confl. in c. *Pierucci* (*Foro Pen.*, vol. II, parte II, p. 232).

(2) La stessa Corte, nel 13 gennaio 1896, decise essere competente la Corte d'assise a giudicare la calunnia consistente nell'imputazione della falsità di un verbale di dibattimento a carico di un cancelliere, nella falsificazione di notificazione di atti e sentenze a carico degli uscieri, e nell'uso di tali atti, a carico di altre persone. Confl. in c. *Zupi* c. *Martire e Pepe* (*Riv. Pen.*, vol. XLIII, pag. 304).

(3) *P. M.* in c. *Salvagogliolo* (*Foro Pen.*, vol. I, parte 2ª, pagina 228), già citata.

Ora, se più sono le obiettive infrazioni della legge, ne discende che ad esse non possa farsi, per i fini della determinazione della competenza, un trattamento giuridico diverso da quello fatto al concorso di reati e di pene. La competenza per ciascuna violazione è operativa anche riguardo a tutte collegate insieme, nella coscienza del delinquente, dalla unicità dell'intenzione criminosa.

Qui l'aumento della pena non dipende da una circostanza aggravatrice, che determina in una data maniera più grave la figura del delitto, ma dipende da più fatti criminosi unificati dalla intenzione dell'autore e riferentisi ad una medesima legge penale o ad un medesimo diritto. E, sul proposito, non è frustraneo ricordare che illustri criminalisti hanno finanche ritenuta impossibile l'unità del reato continuato, giudicando impossibile la unità della risoluzione criminosa, perchè ad ogni singolo fatto violatore della legge penale deve necessariamente corrispondere una volizione particolare propria: al che si è risposto, con poca esattezza scientifica, che ogni atto volitivo intermedio non sia una forza morale nuova, ma quell'antica in ciò che occorre alle azioni singole, e che le singole risoluzioni costituiscano parte di un medesimo tutto. In ogni caso, se il concorso di più reati distinti, anche soggettivamente, perpetrati, cioè, con altrettante diverse e separate risoluzioni criminose, aumentando la pena, non altera la competenza stabilita per ciascuno di essi; *a fortiori* non la deve alterare il concorso di più infrazioni eseguite con unicità di proponimento criminoso. E la Cassazione, in una notevole decisione del 2 giugno 1893 (1), adottando integralmente le ragioni del Pubblico Ministero, affermò appunto il principio, che l'aumento di pena derivante dalla continuazione non influisce sulla misura della competenza, trattando il reato continuato come un vero concorso di pene.

124. Su questo punto la Suprema Corte, tranne qualche rarissima eccezione, si è mantenuta sempre costante nell'affermare il principio, che la continuazione non influisca sulla competenza. Ricordiamo, fra i molti pronunciati uniformi del Collegio Supremo, i più notevoli, in cui la dottrina della continuazione nei suoi rapporti colla competenza è stata correttamente tratteggiata. In una decisione del 20 maggio 1895 (2), la Cassazione osservava:

« Ritenuto che l'articolo 12 cod. p. penale, facendo sostanzialmente distinzione fra le circostanze intrinseche, importanti mutazioni di titolo di reato, e le estrinseche, non influenti sul titolo, è venuto a dichiarare che le prime fossero sempre a valutarsi nella determinazione della competenza, messa in contestazione dalla diversa pena dalla legge minacciata, non le seconde, quantunque per esse ne potessero risultare aumenti o diminuzioni eccedenti i limiti normali delle competenze stabilite, e in quest'ordine esplicitamente escluse dalla valutazione, agli effetti della competenza, sia gli aumenti nel concorso di reati e di pene e per la recidiva, come le diminuzioni per ragione di età.

« Ritenuto che, colla formola *concorso di reati e di pene* l'art. 12 su citato manifestamente allude a tutti gli aumenti portati dal titolo VII, libro 1°, del codice penale, che appunto tratta di concorso di reati e di pene, e fra questi havvi pure l'aumento stabilito dall'articolo 79 codice penale per il caso di gravi fatti punibili che, violando la stessa disposizione di legge, siano atti esecutivi di unica risoluzione criminosa ».

E qui la Corte passa ad esaminare il contenuto dell'articolo 39, il quale non sarebbe altro che una norma particolare di concorso. Indi prosegue:

« Se più reati commessi da un imputato sono l'effetto di risoluzioni distinte, od, essendo repressi con pene portate da diverse disposizioni di legge, sono l'effetto anche di una unica risoluzione criminosa, si ha il concorso di più reati disciplinati nei primi articoli del tit. VII dal 68 al 75; se più reati, cadenti sotto la stessa disposizione di legge, sono atti esecutivi di un'unica risoluzione, l'articolo 79 prescrive che sieno a considerarsi (non che sono) per un solo reato, e la pena è in altro modo aumentata ». Concorso, adunque, conchiude la Cassazione, in ambedue i casi, di più fatti costituenti reato: sola differenza, che nel secondo è uguale la legge violata e sono i fatti criminosi il risultato di una sola risoluzione. Ma, se, nel primo caso, non influisce sulla competenza l'aumento di pena stabilito, necessariamente non deve influire sulla competenza anche l'aumento disposto nel secondo caso. Sono, in ambedue le ipotesi, circostanze estrinseche al titolo del reato, la cui pena è la sola regolatrice della competenza.

Una identica decisione la Corte Suprema emetteva nel 15 luglio 1895, risolvendo il conflitto fra la Sezione d'accusa di Brescia e il Tribunale di Bergamo (3), e nel 9 agosto dello stesso anno (4), risolvendo il conflitto fra il giudice istruttore del Tribunale di Torino e il pretore di Civitacampomarano.

In questa decisione, la Corte rifermò che la circostanza della continuazione nel reato di furto non escludeva la competenza del pretore, quando ciascuno dei ripetuti fatti di furto fosse di competenza pretoria. E, in altre posteriori decisioni, ha ribadito sempre il medesimo principio, come appare dai giudicati 9 e 16 novembre 1895 (5), e da altri posteriori (6).

125. Nella dottrina non si dubita quasi più del principio, che la continuazione dei reati non valga a spostare la competenza, e che essa si debba giuridicamente trattare, per i fini di questa, come il concorso di reati e di pene. Ricordiamo in proposito l'Impallomeni (7), il Castori (8), fra i più recenti, e quasi tutte le riviste di giurisprudenza. Il Maneo, in uno studio inserito nella *Temi Veneta* (9), ha tentato dimostrare la tesi opposta; ma la sua opinione, come quella che contraddice al concetto giuridico del reato continuato, è rimasta oramai solitaria.

La Cassazione, nella riferita sentenza 20 maggio 1895, all'argomento che il reato continuato fosse costituito da un complesso di fatti obiettivamente distinti e si risolvesse in un concorso, volle aggiungerne anche un altro, che derivò dalla giacitura della disposizione dell'articolo 79 codice penale, il quale è stato collocato sotto il titolo VII

(1) Confl. in c. *Serafini* (*Riv. Pen.*, vol. XXXVIII, pag. 126).
(2) Confl. in c. *Simonelli* (*Riv. Pen.*, vol. XLII, pag. 263).
(3) Confl. in c. *Peracchini* (*Giust. Pen.*, I, col. 948).
(4) Confl. in c. *Gini Somma* (*Giust. Pen.*, vol. I, col. 1036).
(5) Confl. in c. *Ronga* (*Rivista Pen.*, vol. XLIII, p. 105 e p. 211).
(6) Conf. da ultimo, 14 gennaio 1898 c. *Ghivizzani* (*Giurisp. Pen.*, vol. XVIII, pag. 49); 10 novembre 1897, confl. in causa *Contarini* (*Riv. Pen.*, vol. XLVII, pag. 192); 14 ottobre 1897, conflitto in c. *Furio* (*ivi*).
(7) *Il titolo del reato per gli effetti della competenza* (*Riv. Pen.*, vol. XXXV, pag. 5).
(8) Op. cit., n. 225.
(9) *La continuazione dei reati e la competenza* (*Temi Ven.*, 1895, pag. 253).

del libro I del codice penale « Del concorso di reati e di pene ». Avendo l'articolo 12 procedura penale dichiarato non influenti, in generale, per la determinazione della competenza, gli aumenti derivanti dal concorso di reati e di pene, la Cassazione argomenta che si sia il legislatore riferito indistintamente a tutti quegli aumenti prescritti nelle disposizioni che formano il contenuto del tit. VII, libro I, codice penale. In verità l'argomento merita considerazione nella presente controversia. Quantunque, in senso assoluto, gli argomenti d'interpretazione legislativa tratti dalla collocazione e dalla disposizione materiale degli articoli della legge, non abbiano un valore decisivo, perchè possono queste aver luogo per un fine diverso da quello che l'interprete cerca di riscontrare, nondimeno, nel caso in esame, l'argomentazione adottata dal Collegio Supremo è ribadita da quella intrinseca, fondamentale, desunta trionfalmente dalla natura giuridica della continuazione; ed entrambe le argomentazioni si armonizzano fra loro e si completano.

In un'altra pregevole sentenza del 6 settembre 1893 (1), la Corte, molto lucidamente, sintetizza le ragioni per le quali non sia giuridicamente possibile ammettere l'influenza della continuazione sulla determinazione della competenza. Il tribunale di Udine aveva dichiarata la propria incompetenza, ritenendo che il reato continuato rinviatogli dalla Camera di consiglio, costituisse un reato unico punibile con unica pena aumentata, non per la pluralità dei reati, ma per la pluralità delle azioni e la pervivace persistenza del colpevole nella medesima intenzione delittuosa. Questa considerazione, che muove da una inesatta concezione del reato continuato e della sua vera struttura giuridica, fu recisamente respinta, con inconfutabili argomenti, dal Supremo Collegio, il quale considerò:

« E per fermo, senza qui ripetere le varie ragioni tante volte dette da questo S. Collegio nell'affermare la massima opposta a quella ritenuta dal tribunale, vuolsi solo riflettere essere innegabile verità di fatto che nel reato detto continuato vi ha pluralità di azioni violatrici di legge, ciascuna delle quali costituirebbe di per sè sola un reato; senonchè, essendo eccessivo rigore, e talora anche impossibile, applicare al colpevole una pena distinta per ogni singola violazione di legge, fu ritenuto che le molte violazioni si avessero a valutare come se si trattasse di un solo reato, sul fondamento che, se multiplo era l'elemento materiale del reato, uno solo, per contrario, era l'elemento intenzionale, quello cioè, generico, essendovi poi le ulteriori specifiche e distinte risoluzioni, che hanno luogo ad ogni singola violazione di legge ».

Questi concetti, la Cassazione continua ad osservare, sono stati trasfusi nella disposizione dell'articolo 79 codice penale e sono divenuti precetti regolatori del reato continuato; tanto vero che il legislatore non si esprime che le molteplici violazioni *sono* un solo reato, ma colla proposizione « si considerano un solo reato »: il che significa che l'unità del reato è giuridica, non già di fatto, ed è determinata dalla circostanza, che le violazioni componenti il reato continuato dipendono dalla medesima risoluzione criminosa; e, siccome nel fatto esse sono più, il legislatore non crede conveniente che sieno punite come se costituissero un solo fatto punibile, ed ha voluto comminare un aumento di pena, unicamente in contemplazione del concorso di più azioni punibili. E, infine, la Cassazione constata: « Se questo è l'articolo 79, è facile scorgere che in esso si rispecchia il concetto del concorso delle pene, perchè, con la pena incorsa per la prima violazione, concorre l'aumento del sesto alla metà, che il legislatore infligge alle successive violazioni prese insieme. Se così non fosse, allora, in quanto si attiene alla competenza, il reato continuato avrebbe un trattamento più rigoroso dei reati concorrenti; il che è evidentemente escluso dal favore voluto accordare dal legislatore coll'articolo 79. Dovendo adunque al concorso dei reati e delle pene equipararsi il reato continuato agli effetti della competenza, e nella determinazione di questa non dovendosi tener conto dell'aumento di pena per detto concorso, così non deve neppure tenersi conto dell'aumento del reato continuato ».

In tutto questo notevole ragionamento, non possiamo fare plauso ad un concetto, che l'egregio estensore della sentenza ha creduto di dedurre, come fondamento dell'applicabilità della teoria del concorso alla continuazione, per i fini della competenza. È sempre utile, dottrinalmente, non lasciare senza osservazione tutte quelle affermazioni teoriche che risultano inesatte. Il concetto consiste nel seguente: colla pena incorsa per la prima violazione concorre l'aumento del sesto alla metà, che il legislatore infligge alle successive violazioni. Talchè il concorso di reato e di pene sarebbe costituito da due termini: *a*) dalla prima violazione e dalla pena a questa corrispondente nella misura ordinaria; *b*) dal complesso delle successive infrazioni della stessa disposizione di legge e dalla pena unica ad esso inflitta nella proporzione di un sesto alla metà della prima. Onde concorrono la prima violazione e la prima pena col gruppo delle successive violazioni e colla seconda pena. Ora, è opportuno avvertire, per l'esattezza dei principî, che tale non è la costruzione giuridica della figura del concorso nella continuazione, nei riguardi della determinazione della competenza. L'idea del Collegio Supremo condurrebbe direttamente alla conseguenza di due distinti reati con due distinte pene: il che importerebbe negare l'unità legale del reato continuato.

126. L'Impallomeni, seguito in ciò anche dal Castori, ha già osservato che l'aumento di pena nella continuazione debba attribuirsi a quanto vi ha di comune fra il reato continuato e il concorso. Non si tratta, come escogita la Cassazione, di un concorso per la prima violazione e la prima pena colle successive e colla pena a queste inflitte costituita dall'aumento; ma, nel reato continuato, obiettivamente formato da più violazioni della medesima norma di legge, concorrono appunto queste violazioni, dipendenti da una sola risoluzione criminosa, alle quali dovrebbero corrispondere pene distinte, come se fossero altrettanti reati simili; e nella pena ordinaria non incorre la prima piuttosto che la seconda violazione, ma ciascuna di esse. Senonchè il legislatore, in contemplazione della unicità dell'elemento intenzionale, diretto alla infrazione di un medesimo diritto o di una medesima disposizione di legge, ha voluto concepire queste varie infrazioni come unica, nello scopo di evitare il cumulo delle pene, che sarebbe stato eccessivo: ha quindi limitati gli effetti penali del concorso, concependo i molteplici fatti come un solo reato, in beneficio del colpevole, ad una quantità di pena minore di quella stabilita pel concorso di più reati, anche subbiettivamente, distinti, pei quali va esclusa la unità legale. Dunque, nel reato continuato si avvera parimenti il fenomeno giuridico del concorso fra più violazioni e più pene; e si avvera l'altro di una limitazione degli effetti penali di questo concorso ad

(1) Confl. in causa *Ermacora* (*Foro Pen.*, III, p. 78).

una misura anche inferiore a quella stabilita pel concorso di altri reati, misura che il legislatore determina da un sesto alla metà della pena applicabile ad ogni singola infrazione. La considerazione dei fatti molteplici come un solo reato non impedisce, obiettivamente, il fenomeno del concorso fra loro e le penalità corrispondenti. Quella considerazione, in sostanza, si risolve in un modo escogitato dal legislatore di limitazione degli effetti giuridici del concorso. Sotto questo punto di vista analizzato il fenomeno, ne discende, come necessaria conseguenza, l'applicabilità della norma negante ogni influenza del concorso, propriamente detto, nella determinazione della competenza, alla continuazione.

In sentenza del 2 giugno 1893 (1), la Cassazione, che adottava le considerazioni tutte contenute nella requisitoria del Pubblico Ministero (Fiocca), riguardava nel reato continuato il solo concorso di pene. La rubrica « del concorso », la Corte riteneva, sotto la quale si vede collocato l'art. 79, è una riprova delle cose testè accennate, perchè sta lì a dimostrare che l'unità giuridica della continuazione esclude bensì il concorso di reati, ma non quello delle pene; che anzi lo presuppone, giacchè senza di esso, sarebbe inesplicabile l'aumento di pena. Se dunque nel reato continuato l'aumento di pena è effetto e quindi dipende dal concorso di pene, ne segue che non possa tenersene conto nel determinare la competenza.

In questo ragionamento la Corte non evita una inesattezza, concependo l'unità del reato ed il concorso delle pene, il quale nella continuazione è possibile per la molteplicità dei fatti criminosi. L'unità legale del reato continuato risulta dal complesso di più azioni punibili e non distrugge questa molteplicità obiettiva e reale. V' ha concorso di più fatti punibili e di più pene, ma se ne limitano gli effetti ad un aumento.

Quando invece l'aumento di pena è indipendente dal fenomeno del concorso, ed è determinato da un'unica figura di reato, va calcolato nella determinazione della competenza. E la Cassazione rettamente giudicava, in successiva pronuncia del 4 maggio 1896, affermando che l'aumento di pena, stabilito dall'art. 200 cod. pen., per essere stato il delitto contro un membro del Parlamento o un pubblico ufficiale commesso a causa delle sue funzioni, debba influire nella misura della competenza. Infatti accolse il seguente concetto del procuratore generale, annullando una ordinanza del giudice istruttore presso il Tribunale di Torino, che aveva rinviato al pretore un imputato d'ingiuria commessa col mezzo della stampa contro un pubblico ufficiale:

« Che riguardo, poi, all'altra questione, di non essere il caso che la causa del reato d'ingiuria commesso col mezzo della stampa si fosse potuta rinviare al pretore, in quanto ostava l'aumento di pena prescritto dall'art. 200 cod. pen., è a ritenersi che bene opinava il detto magistrato (cioè il pretore) nel dichiarare la propria incompetenza, imperocchè, nella specie, non si potrebbe menomamente dubitare come dell'aumento, quando non dipenda da recidiva o da concorso di reati e di pena, si deve, ai termini dell'art. 12 cod. p. p., tener conto, per determinare la competenza del magistrato giudicante. Quindi è che, nella presente causa, avuto riguardo alla disposizione dell'art. 395, n. 3°, in relazione all'art. 200 cod. pen., la pena eccede il limite per il quale si può, ai sensi dell'art. 252 cod. proc. pen., consentire il rinvio al pretore » (2).

In tema di estorsione, si è parimenti giudicato che l'aggravamento di pena prescritto dall'art. 408 cod. pen., applicabile quando vi concorra la minaccia nella vita a mano armata, si calcola per la competenza e fa devolvere il reato alla cognizione della Corte d'assise (3).

A proposito del reato di subornazione di un testimone, la competenza può essere diversa da quella del reo di falsa testimonianza. Infatti, l'art. 214 cod. pen. punisce colla reclusione da tre a dieci anni il reato di falsa testimonianza perpetrato a danno di un imputato e in un processo per delitto. Evidentemente, questo reato è della competenza del tribunale penale, perchè il limite minimo è inferiore a un quinquennio e il limite massimo non supera i 10 anni. Ma l'art. 218 cod. pen. tratta più severamente colui che suborna il testimone a commettere quel reato, perchè infligge una pena da 5 a 12 anni. Non può quindi il colpevole di subornazione essere sottoposto al giudizio del Tribunale. E così decise la Cassazione, risolvendo il conflitto sorto fra il giudice istruttore presso il Tribunale di Biella e il tribunale della stessa città (4).

Il caso in verità non poteva offrire nessun dubbio, ed è meraviglia come fra le magistrature sorgano talvolta dei conflitti per ipotesi di fatto chiarissime, alle quali non si debba fare altro che applicare disposizioni testuali di legge. E non avremmo parlato di certi casi possibili, se non fossero sorti dei dubbi nella giurisprudenza e non fossero giunti al cospetto della Corte Suprema.

Dunque, bisogna tenersi fermi alla prima parte della norma legislativa dell'art. 12 quando trattasi di aumento di pena. Tutti gli aumenti, da qualsivoglia circostanza aggravatrice provengano, devono essere posti a calcolo nella determinazione della competenza: una sola eccezione ha voluto stabilire il legislatore, quella, cioè, relativa agli aumenti dipendenti dalla recidiva e dal concorso di reato e di pene. E il concorso di pene non si confonde col concorso dei reati, perchè per uno stesso delitto possono essere comminate più pene diverse, come la reclusione o la detenzione e la multa, o la sospensione, o la sorveglianza speciale della pubblica sicurezza. Tutte queste pene non si possono cumulare, ma devono riguardarsi separatamente, ciascuna da sè per la misura della competenza.

§ 2. — *Diminuzioni.*

127. Regola. — 128 a 130. Applicazioni pratiche giurisprudenziali. — 131. Tentativo. — 132. Pene di diverso genere. — 133. Età.

127. In ordine alle diminuzioni di pena, bisogna considerare se queste mutino o no il titolo del reato e diano luogo a figure giuridiche a sè, e come tali se previste dalla legge penale, ovvero se dipendano da circostanze che accompagnino il fatto, senza mutarne la figura. Nel primo caso influiscono sulla competenza, e nel secondo sono indifferenti alla determinazione di essa. Così il reato preveduto nello articolo 378 codice pen., cioè la complicità corrispettiva,

(1) Conflitto in causa *Serafini* (*Rivista Penale*, vol. XXXVIII, pag. 126).

(2) Conflitto in causa *Paolucci* (*Giust. Pen.*, vol. II, pag. 511).

(3) Cassaz. 30 ottobre 1891, confl. in causa *Mancini* (*Foro Pen.*, vol. I, pag. 151).

(4) 21 giugno 1895, *Araldo* (*Giust. Pen.*, vol. I, col. 813.

costituisce una figura di reato *ex se*, un titolo diverso dallo omicidio e dalla lesione personale; onde non la pena dell'omicidio e della lesione deve prendersi a misura della competenza, ma quella stabilita per la speciale figura della complicità corrispettiva.

128. Un'altra figura speciale è quella dell'infanticidio, delineata nell'art. 369 del cod. pen., commesso per salvare l'onore proprio, o della moglie, o della madre, o della discendente, o della figlia adottiva o della sorella. Qui la circostanza che attenua la pena è intimamente connessa al delitto e ne costituisce la causa. Il Tribunale di Roma, nel 6 ottobre 1891 (1), aveva ritenuto diversamente. Ma la stessa struttura del reato d'infanticidio a cagione di onore, come risulta dall'art. 369, indica ch'è stato concepito dal legislatore come una figura speciale a sè. Invece, tolta la circostanza della salvezza dell'onore proprio o delle persone in quell'articolo menzionate, l'infanticidio si confonde con l'omicidio, perchè quella circostanza non è una semplice scusante, ma concorre a costruire la speciale figura di reato d'infanticidio, punibile con la detenzione da 3 a 12 anni. E questa gli dà una configurazione speciale: senza di essa, l'infanticidio si confonde con l'omicidio ed è passibile della medesima pena.

129. Si è dubitato dell'omicidio commesso in flagranza di adulterio, giusta l'art. 377 cod. pen. Alcuni ritengono che sia una figura speciale di reato e non di omicidio attenuato da una circostanza scusante (2). Ma una posteriore giurisprudenza della Corte Suprema (3) ha giudicato in un senso tutto opposto. A noi sembra che l'omicidio previsto nel citato articolo resti sempre un omicidio, e che la circostanza di essere stato perpetrato in flagranza d'adulterio sia una circostanza di fatto diminuente la pena, apprezzabile dal giudice di merito nel pubblico giudizio. Essa può essere accertata o meno, secondo i risultati del pubblico dibattimento. E se non esistesse, o se la prova mancasse, il magistrato dovrebbe applicare la pena dell'omicidio, senza la diminuzione stabilita dall'art. 377. Onde egli è investito della cognizione del reato di omicidio, e quella circostanza non ne muta il titolo.

Infatti la Cassazione, in sentenza 20 febbraio 1893 (4), ha osservato:

« Risalendo alla genesi dell'articolo stesso, risulta che nel progetto del codice penale non era stata fatta alcuna disposizione speciale per l'omicidio commesso in flagrante adulterio, essendo sembrato al proponente che questo caso potesse rientrare fra le cause scusanti contemplate dall'articolo 51, vale a dire l'impeto dell'ira o d'intenso dolore determinato da ingiusta provocazione, ad onta che fin d'allora taluno, accennando all'omicidio in flagrante adulterio, avesse opinato che la formola dell'art. 51 per intenso dolore fosse più tassativa per la specie. Non parve così invece alla Commissione di revisione e alla Giunta senatoria, che vollero si dovesse per quel caso provvedere in modo distinto e particolare, a somiglianza di quanto disponeva l'articolo 561 cod. pen. abolito, perchè, trattandosi di una provocazione specifica di una eccezionale gravità, era necessario che questa scusante apparisse in una distinta disposizione, la quale contenesse, per così dire, un'attenuazione privilegiata. E così fu adottato. Se ciò è, deve ritenersi che l'elemento del flagrante adulterio non è costitutivo del reato di omicidio commesso in quelle date condizioni di fatto, ma semplicemente scusante per ragioni facili a spiegarsi, serbandosi sempre immutato il titolo del fatto principale. Gli è da ciò che il capo III del titolo IX, libro II, del cod. pen. fa seguito alle disposizioni concernenti i reati contro le persone per accomunarsi ad esse, indicando quali possono essere le cause giustificative e scusanti dei reati stessi, non senza osservare poi che anche il modo di determinazione della penalità comminata dall'art. 377 ribadisce il concetto che si tratti di una diminuente derivante da circostanze subiettive demandate all'apprezzamento dei giudici di fatto. Restando per tal modo sempre in linea principale il fatto dell'omicidio, ne viene di conseguenza che la competenza a giudicare sovra esso dev'essere determinata dalla pena originaria comminata all'omicidio, senza riguardo ad alcuna circostanza che, non immutando il titolo del reato, possa diminuire la pena stabilita dalla legge, eccetto che si tratti di diminuzioni per ragione di età. Tale è la disposizione dell'art. 12 cod. p. p., modificato da r.° d.° 1° dicembre 1889; nè vi si possono fare distinzioni, perchè quell'articolo proclama un principio assoluto e le distinzioni non farebbero che alterarlo.

« Gli è appunto perchè questo principio rimanesse invulnerato che non è mai abbastanza raccomandato che le Sezioni di accusa non abbiano, nel vagliare le circostanze del fatto al loro esame sottoposto, ad esorbitare dal còmpito che la legge ad esse demanda, il quale consiste unicamente nell'assodare il fatto colle circostanze che lo aggravano, qualificarne i caratteri se è reato per definirne il titolo, per stabilire la competenza e far luogo poi all'accusa, ove gl'indizî sieno sufficienti. Spetta poi ai giudici del fatto dei giudizî di Assise il rilevare quelle circostanze, che ne possano attenuare la portata, dappoichè la sola discussione orale può far la luce e dimostrare se quelle circostanze esistano o no; di quella guisa che ai tribunali, cui veniva in passato rinviata la causa per gli effetti dell'articolo 440 cod. p. p., non era interdetto di escludere quelle attenuanti per le quali appunto si era ordinato il rinvio dalla Sezione d'accusa. Ciò deve osservarsi a maggior ragione ora che l'art. 12 su citato ebbe per iscopo d'impedire tali rinvii; ed è perciò che è rigoroso il rispetto dei limiti imposti dalla legge alla Sezione di accusa, se non si vuole che il giudizio delle Assise sia una parvenza e che (ciò che più importa) all'atto pratico delle questioni da proporsi ai giurati non nascano inconvenienti di fronte a risposte che neghino la esistenza di quelle circostanze, già state (comunque indebitamente) riconosciute in fatto dalla Sezione di accusa ».

In base a questo esauriente ragionamento, la Corte Suprema cassava la sentenza della Sezione di accusa di Napoli, che aveva rinviato al giudizio del tribunale un imputato di omicidio, ritenendolo avvenuto in flagrante adulterio.

130. Un identico dubbio è sorto sulla facile riconoscibilità della falsa moneta. Anche qui le opinioni sono diverse, e la giurisprudenza si è spesso contraddetta. La Cassazione aveva prima ritenuto che la facile riconoscibilità della falsa moneta modificava il titolo del reato (5); poi ha ripudiata la

(1) Conflitto in causa *Jacucci* (*Rivista Penale*, vol. XXXV, pag. 297).

(2) Castori, op. cit., 1, 233; Cassaz., 15 gennaio 1892, conflitto in c. *Jacucci*, cit.

(3-4) 20 febbr. 1893, *P. M.* c. *Alfano* (*Riv. Pen.*, vol. XXXVII, pag. 554).

(5) 15 giugno 1891, confl. in c. *Bassi* (*Riv. Pen.*, vol. XXXIV, pag. 364 e *nota*).

propria opinione coll'arresto 14 luglio 1893 (1). In verità la facile riconoscibilità della moneta falsa non costituisce una figura speciale di reato, perchè è una semplice circostanza attenuatrice della pena. È parimente una circostanza di fatto apprezzabile nella valutazione definitiva delle prove, nel pubblico giudizio. Se si lasciasse alla Sezione di accusa, in molti casi, la libertà di apprezzamento delle molteplici circostanze di fatto attenuatrici della pena, valutabili, con maggiore sicurezza e garentia, in contraddittorio, dal giudice di merito, si farebbe indirettamente rivivere quella facoltà del rinvio statuita dall'abolito art. 440 cod. p. p, rendendosi anche oggidì incerta e indeterminata la competenza: il che si volle assolutamente evitare colle modificazioni del 1° dicembre 1889.

Non può esservi dubbio sulla preterintenzionalità (2), sulla ritrattazione in materia di calunnia (3), sull'eccesso della difesa nell'omicidio (4). Queste circostanze non determinano un titolo diverso di reato dall'omicidio o dalla lesione personale, e dalla calunnia.

A proposito della circostanza della facile riconoscibilità della falsa moneta, è pregio dell'opera riferire le osservazioni del Collegio Supremo, Sezione 1ª, la quale, con la citata sentenza 14 luglio 1893, sconosceva quello che aveva proclamato nel 26 giugno 1891 e quello che aveva proclamato la seconda Sezione nel 22 aprile 1893.

La Cassazione adunque considerava:

«... Se le circostanze minoranti svanissero nell'attrito del dibattimento, l'imputato verrebbe giudicato da un magistrato incompetente e per giunta inferiore, a cui mancano le maggiori garentie del giudice superiore... Ma che quella circostanza dell'art. 259 non sia una circostanza essenziale e che non muti il titolo del reato è evidente, perchè la facile riconoscibilità del falso nelle monete o nelle carte di credito pubblico può stare o non col falso stesso; e quando ci sta, lascia immutato il titolo del reato, ch'è sempre di falsità in monete o in carte di pubblico credito. Del resto, se si ammette che nel determinare la competenza si possa e debba tener conto della minorante dell'art. 259, non si vede poi la ragione per cui non si possa e non si debba tenere ugual conto del lieve valore della somma o dell'utilità data o promessa nei reati di corruzione, di cui all'ultimo capoverso dell'art. 170; del lieve valore delle cose rubate o sottratte nei furti, nelle rapine, nelle estorsioni e nei ricatti; della restituzione del mal tolto e del risarcimento nelle truffe e nelle appropriazioni indebite, di cui agli articoli 431, 432; della restituzione in libertà della persona stata illegittimamente arrestata o sequestrata, di cui all'ultimo capoverso dell'art. 146; e così via discorrendo. Queste circostanze, al pari di quella dell'art. 259, sono tutte obiettive. O perchè dell'una si può e si deve tener conto nella questione della competenza, delle altre no? Ma, secondo il P. M., non si può e non si deve tener conto nè dell'una nè delle altre, perchè il criterio regolatore della competenza nel procedimento penale non è nella obiettività degli elementi che compongono il reato, ma sibbene nella loro essenzialità. E che sia così si rileva anche dal verbale V (seduta 14 ottobre 1889) della Commissione per la formazione delle disposizioni transitorie e di coordinamento; perocchè, nel discutersi le modificazioni portate all'art. 12, allo scopo di coordinarlo alla decretata abolizione dell'art. 440, fu detto espressamente da uno dei suoi membri, ed accettato dagli altri, che d'ora in avanti la competenza si sarebbe desunta dal titolo e dalla pena e che ora non vi dovesse essere, come per lo passato, un esame preventivo delle circostanze scusanti; e, a rimuovere ogni dubbio su ciò, fu aggiunto, su proposta del senatore Auriti, che delle modalità o circostanze si potesse tener conto sol quando mutano il titolo del reato.

Niuna obiezione seria si trova nella sentenza di poco precedente, emessa dalla Sez. II della Cassazione: il suo ragionamento si risolve in affermazioni evidentemente erronee.

Essa dice: « altro è il reato dell'art. 256, e altro quello dell'art. 259 del cod. pen. Sebbene affini per la denominazione e per la figura, sebbene possa anche dirsi che abbiano comune il titolo, pur non ne conseguita che non si debba tener conto di quelle circostanze naturali oggettive, che, senza mutarne il titolo, ossia la denominazione, li differenziano » (5).

È aperta qui la contraddizione dell'argomento, come la sua erroneità. Non si tratta di diverse figure di reato, la figura è unica, unico il titolo: nell'art. 259 la figura del falso in monete è attenuata da una circostanza di fatto, saviamente apprezzabile ed essenzialmente relativa, che diminuisce la pena al reato, che resta sempre di falsa moneta. Quella circostanza, vi sia o no, non sposta l'essenza del reato. L'errore fondamentale, adunque, di quella giurisprudenza, che è anche accettata dal Castori, poggia sopra un errore capitale: sulla considerazione, cioè, che la figura di falsa moneta contemplata dall'art. 259 sia una figura di reato di titolo diverso da quello dell'art. 256 del codice penale.

131. Quanto al tentativo, non può sollevarsi dubbio che determini da sè la competenza. Il tentativo è una individualità giuridica a sè, è una figura diversa dal reato consumato, costituisce un titolo a parte, che non si confonde colla figura del reato consumato: onde la competenza non può misurarsi da quest'ultimo (6).

132. Quando si presentano più pene di diverso genere, applicabili al medesimo reato, è logico che la competenza si determini dal genere di pena superiore. E questa regola, che discende dalla ragione delle cose e dai principî generali, è stata elevata a precetto di legge nell'articolo 13 cod. proc. penale.

133. L'unica circostanza diminuente la pena, per la quale il legislatore ha creduto sanzionare una eccezione, è quella dell'età. La eccezione, se non è in perfetta armonia col sistema adottato nelle modificazioni procedurali e di coordinamento, è però giustificata. La diminuzione per ragione di età non è fra quelle che dipendano da circostanze di fatto variamente apprezzabili, che meritino di essere constatate, vagliate e discusse negli elementi di prova, che possono sussistere o meno, essere provate o no: l'età di una persona è un fatto certo, risultante da pubblico documento, non passibile di controversia, tranne in casi eccezionalissimi di mancanza d'iscrizione nei registri dello stato civile. Quindi la pena può calcolarsi sopra un dato indiscutibile e certo, sia nel suo massimo che nel suo minimo.

(1) Confl. in causa *Torello* (*Riv. Pen.*, vol. XXXVIII, pag. 432).

(2) Cassaz., 16 novembre 1891, confl. in causa *Guidoni* (*Foro Pen.*, vol. I, pag. 252).

(3) Cassaz., 14 gennaio e 16 agosto 1895, confl. in causa *Porcello* e *Avarello*, (*Giust. Pen.* vol. I, col. 34 e 1066).

(4) Cassaz., 23 gennaio 1895, confl. in causa *Marino* (*Giustizia Pen.*, vol. I, col. 215).

(5) 22 aprile 1893, *Piana* (*Riv. Pen.*, vol. XXXVIII, pag. 149).

(6) V. nel *Repertorio* della *Riv. Pen.*, sull'art. 61 c. p., n. 6; sull'art. 12 c. p. p., numeri 14 e 15.

Capo IV. — Eccezioni alle regole della competenza per ragione di materia.

134. Soppressione dell'art. 440 cod. proc. pen. — 135. Eccezione dell'art. 252. — 136. Eccezione dell'art. 37.

134. Abbiamo innanzi esposte le regole fondamentali, in base alle quali si deve determinare la competenza. Ora a quelle regole la legge stabilisce due eccezioni. La prima è formolata nell'art. 252 codice procedura penale, e la seconda nell'art. 37.

La facoltà del rinvio, sotto l'impero del codice penale sardo, era estesissima. L'articolo 440 della procedura stabiliva che in tutt'i casi, nei quali, o per ragione di età o dello stato di mente, o per qualsiasi altra circostanza attenuante, comprese le circostanze attenuanti generiche, di cui all'art. 684 cod. pen. abolito, i reati qualificati crimini fossero stati punibili a termini di legge rispetto a tutti gli imputati col solo carcere, o avesse potuto aver luogo la commutazione o diminuzione delle pene criminali col passaggio alla pena del carcere, la Sezione di accusa, ad unanimità di voti e con sentenza motivata su alcuna di quelle circostanze, poteva rinviare la causa al tribunale, che avrebbe pronunziato in via correzionale. Era però escluso il rinvio nei casi di cui ai nn. 1, 3, 4, 5 e 6 dell'art. 9. Questo potere della Sezione di accusa, che comunemente si addimandava di *correzionalizzazione*, era male giudicato nella dottrina e aspramente censurato, come quello che sovvertiva l'ordine delle giurisdizioni. Abolita la tripartizione dei reati in crimini, delitti e contravvenzioni, e adottato il criterio di doversi determinare, con norme fisse e inderogabili, la competenza, quel potere non poteva più essere mantenuto; e la Commissione di coordinamento a ragione lo soppresse. Nessuna innovazione legislativa ha trovata tanta unanimità di plauso quanto questa abolizione. Eppure la disposizione dell'art. 440, in tutte le sue parti, non meritava censure così severe; e la stessa Commissione ha sentita la necessità di conservare un residuo di quella norma, relativamente alla Camera di consiglio, nell'art. 252 codice proc. penale. Essa era utile, specialmente, nei casi di reati contro la proprietà di lieve valore, sebbene qualificati e importanti la reclusione, per i quali si poteva discendere fino a un *minimum* di sei mesi di carcere. Non era poi enorme che, per tali reati, la Sezione di accusa ne investisse i tribunali, ai quali oggidì, in cui le pene delle infrazioni contro la proprietà sono eccessivamente severe, e, in gran parte dei casi, sproporzionate di molto all'importanza sociale di questi delitti, è devoluta la cognizione anche dei più gravi fra essi.

135. Il legislatore ha mantenuta, alquanto modificata, la facoltà del rinvio, nella Camera di consiglio, dal tribunale al pretore.

Quando si tratti di alcuno fra i reati, per i quali la legge stabilisce una pena restrittiva della libertà personale non superiore nel massimo ai tre anni e nel minimo ai tre mesi, ovvero una pena pecuniaria non superiore nel massimo alle lire tre mila, sola o congiunta alla prima; la Camera di consiglio è facoltata a rinviare l'imputato al giudizio del pretore, ove riconosca che, per lo stato di mente o per altre circostanze minoranti la pena, escluse quelle generiche, ovvero per la tenuità del reato, si possa applicare a tutti gli imputati una pena non superiore alla competenza pretoria.

Una questione importante è quella di vedere fino a qual punto il rinvio al pretore sia disciplinato dalle norme dell'art 12. Su questo punto la giurisprudenza si è mostrata rigorosa, perchè ha calcolato l'età (1), la continuazione (2), e la recidiva generica (3), laddove si è negata ogni influenza al concorso. Quanto all'età, pare che la giurisprudenza si mantenga ferma; ma in ordine alla continuazione e alla recidiva, si è più volte, come spesso in altre materie, contraddetta. Colla sentenza 24 agosto 1893 (4), la Corte Suprema aveva ritenuto che l'aumento della recidiva non influiva sul rinvio. E in tema di continuazione, la sua giurisprudenza, con decisioni posteriori, ha insistito sul medesimo concetto, negandole ogni influenza (5). In senso contrario aveva scritto il Maneo (6).

Non possiamo accogliere la dottrina che nega, in tutto o in parte, l'applicabilità delle norme dell'art. 12 all'istituto del rinvio. Esse sono generali e regolano la determinazione di tutta la competenza *ratione materiae:* l'eccezione del rinvio non vi prescinde, non è eccezione ad esse, cioè al modo della determinazione, ma alla norma dell'art. 11, n. 1, cod. proc. pen., in quanto faculta la Camera di consiglio a rinviare al pretore la cognizione di reati, per il loro titolo, astrattamente punibili con una quantità di pena maggiore di quella prefissa alla competenza pretoria (7).

136. La seconda eccezione alla competenza per ragione di materia è costituita a favore dei pretori o dei vice-pretori, degli uditori o vice-pretori incaricati di esercitare le funzioni del Pubblico Ministero presso la pretura. Le contravvenzioni da loro commesse, nel territorio in cui esercitano la loro giurisdizione o ufficio, sono giudicate inappellabilmente dal tribunale penale da cui dipendono. È una vera deroga alla competenza pretoria per ragione di materia, e in ciò consiste la eccezione. V'hanno contravvenzioni a leggi speciali che sono deferite al tribunale, e in questo la eccezione non sussiste. Essa intanto può dirsi tale in quanto deroga alla competenza pretoria *ratione materiae.*

Questa eccezione importa anche un'altra deroga nei casi in cui le condanne per contravvenzioni sarebbero appellabili, perchè il legislatore ha soppresso il primo grado di giurisdizione.

Gli scrittori hanno tentato giustificare quest'anomalia, allegando la tenuità del danno, la poca importanza di quei reati riguardo al turbamento sociale, il bisogno della speditezza del giudizio, che si dovrebbe svolgere in luogo diverso

(1) Cassaz., 19 ottobre 1892, conflitto in c. *Tonti* (*Cass. Un.*, IV, c. 281).

(2) Cassaz., 18 gennaio 1895, conflitto in causa *Trofilo* (*Giust. Pen.*, vol. I, c. 441).

(3) Cassaz., 8 febbraio 1895, confl. in causa *Desideri* (*Giust. Pen.*, vol. I, c 536).

(4) Conflitto in c. *Ginestrini* (*Foro it.*, 1893, II, 441).

(5) Cassaz., 20 maggio 1895, conflitto in causa *Simonelli* (*Riv. Pen.*, vol. XLII, pag. 263).

(6) *Temi Veneta*, 1895, p. 253.

(7) Nel 25 ottobre 1895 la Cassazione riteneva non potersi rinviare al pretore il reato di spergiuro: conflitto in c. *Rotolo* (*Riv. Pen.*, vol. XLIII, p. 312). E posteriormente decise che eccede la competenza pretoriale, nel senso di non potersi rinviare, a tenore dell'art. 252, l'oltraggio inferto: *a*) al testimone in udienza a causa della sua deposizione (22 gennaio 1896, confl. c. *Englar: Riv. Pen.*, vol. XLIII, pag. 620); *b*) alla guardia daziaria che sta per contestare una contravvenzione, cercando di impedire che la si compia (22 gennaio 1896, confl. in c. *Amoruso: ivi*); *c*) alla guardia di finanza che procede a verifiche ed ispezioni (12 febbraio 1896, confl. in c. *Fregola: ivi*); *d*) al sindaco a causa delle sue funzioni (12 febbraio 1896, conf. in c. *Pedazzi: ivi*).

da quello del commesso reato (1). Queste ragioni non sono vere. La soppressione del 1° grado di giurisdizione è stata consigliata dalla stessa attribuzione della competenza ai tribunali, che avrebbero dovuto giudicare in grado di appello. Stabilito il principio, che, per quei reati contravvenzionali, perpetrati nel territorio a cui si estende la sfera della giurisdizione di quei funzionari, la competenza si dovesse affidare ai tribunali, i quali, seconde le norme comuni, potrebbero soltanto conoscerne in 2° grado, era inutile o superfluo creare un'altra eccezione e attribuire ad un altro magistrato la competenza in grado di appello. La garentia del giudizio del magistrato superiore è più che sufficiente, e un altro favore, con l'attribuzione anche della seconda istanza alla Corte d'appello per le contravvenzioni di quei magistrati, sarebbe addirittura esagerato. Si sarebbe dovuto passare di favore in favore, e così giungere ad una enorme ed ingiustificata violazione del diritto comune. Piuttosto era desiderabile che il legislatore, conservando il doppio grado di giurisdizione, avesse adottato, per i pretori, uditori e vice-pretori, rei di contravvenzioni nel territorio in cui esercitano il loro ufficio, la stessa norma statuita pei membri dei tribunali e delle Corti d'appello.

La ragione giustificatrice dell'eccezione va ricercata nella necessità di mantenere il prestigio dei magistrati colpiti da imputazioni e in quella di assicurare la massima imparzialità nei giudizi. Non era conveniente, per il prestigio della giustizia e della magistratura dare lo spettacolo di un pubblico giudizio a carico di magistrati proprio nel luogo della loro giurisdizione, nè, d'altra parte, conveniva costringere i loro colleghi eguali di grado a giudicarli.

Può avvenire che il reato sia commesso prima che l'autore sia nominato pretore o vice-pretore o uditore nel luogo del reato stesso. In questo caso, sussistono le ragioni legislative giustificatrici dell'eccezione, la quale va mantenuta. Ma v'è una ragione più decisiva: la legge non distingue i reati commessi prima dell'assunzione dell'ufficio da quelli commessi posteriormente. E non è lecito all'interprete creare una distinzione che non esiste nella legge, specialmente quando trattasi di definire una questione di competenza.

E può accadere che, dopo la perpetrazione del reato, il funzionario colpevole cessi dalle sue funzioni o passi ad esercitarle in un luogo diverso. Si ritiene generalmente che, non reggendo più le ragioni della deroga al diritto comune, questa non debba aver luogo. Ma il testo della disposizione legislativa è in aperto contrasto con questa interpretazione.

La competenza è determinata fin dal momento della perpetrazione, nel quale concorrono tutte le condizioni volute dalla legge. Nè cessano le ragioni per le quali il legislatore ha voluto adottare una regola eccezionale, perchè farà sempre male al prestigio della giustizia lo spettacolo di un giudizio penale a carico di un funzionario nello stesso luogo in cui l'ha esercitata, e non si spezzano ad un tratto quei vincoli d'amicizia e di colleganza, che possono esistere fra colleghi nella medesima magistratura. Ma vi ha un'altra considerazione a fare. Trattasi di un diritto acquisito all'imputato di essere giudicato dal magistrato superiore, e non può essergli tolto, senza l'espressa volontà dello stesso legislatore, che avrebbe dovuto stabilire la perdita o la decadenza.

Una questione sorge a questo punto riguardo ai correi e ai complici. In Francia s'inclinava da prima a ritenere che costoro seguissero anche la competenza eccezionale; poi la si negò, non potendosi privare i complici del doppio grado di giurisdizione. In Italia, preferiamo una risoluzione affermativa, perchè la unità del giudizio è consigliata dall'unità obiettiva del fatto criminoso e dalla necessità e convenienza che per un medesimo delitto non vi sieno giudici diversi.

Titolo IV. — Competenza per ragione di luogo.

Capo I. — **Norme generali.**

137. Criteri di determinazione. — 138. Luogo del commesso reato — 139. Domicilio. — 140. Arresto. — 141. Reati commessi sul confine di due giurisdizioni. — 142. Reati cominciati in un luogo e completati in un altro. — 143. Bancarotta. — 144. Se l'azione criminosa si esplichi in un luogo e consegua l'effetto in un altro. — 145. Reati commessi all'estero. — 146. Atti redatti all'estero.

137. La giurisdizione è distribuita fra più magistrati, anche in ragione esclusiva di luogo, per l'ampiezza del territorio dello Stato e la necessità di rendere su tutte le parti di esso operativa la giustizia penale.

Le zone determinate, alle quali è circoscritta la competenza delle varie magistrature, sono: il mandamento per il pretore, il circondario per il tribunale penale, il distretto per la Corte di appello, e il circolo per la Corte di assise.

Bisogna adunque studiare il rapporto che corre fra i reati e queste diverse periferie di giurisdizione.

In tesi generale, la legge stabilisce che la competenza territoriale è determinata: *a*) dal luogo del commesso reato; *b*) o dal luogo della dimora dell'imputato; *c*) o dal luogo dove ne sia avvenuto l'arresto, salvo le speciali eccezioni della legge.

138. La principale norma di determinazione della competenza territoriale è data dal luogo del commesso delitto. Gli scrittori affermano che nel luogo dove è stato perpetrato il reato si possono meglio attingere le prove, raggruppare gli indizi, esaminare i testimoni con maggiore facilità e prontezza: *in quo et instructio sufficiens et nova testimonia et verissima possunt testimonia praestari* (2). Inoltre, in quel luogo riesce più esemplare e più efficace la pena: *ut et conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus et solatio sit cognatis et adfinibus interemptorum* (3). In verità, la prevalenza di questa norma merita di essere in ogni tempo mantenuta per due ragioni fondamentali: 1° perchè nel luogo del commesso reato soltanto si possono raccogliere le prove e con maggiore esattezza, specialmente le prove generiche; 2° e perchè la giustizia deve esplicarsi, per quanto più è possibile, nel luogo dove è stato offeso l'ordine giuridico, ch'ella deve reintegrare, per meglio raggiungere questo scopo e per esercitare sui cittadini un'azione più salutare e benefica, coll'esempio della repressione pronta e sicura della delinquenza. E però il legislatore ha disposto che il giudice del luogo del commesso reato è preferito ad ogni altro giudice, sia nella istruzione che nel giudizio, e che gli sieno inviati gli atti e le informazioni assunte da altri giudici o da altri ufficiali di polizia giudiziaria, i corpi del reato e lo stesso imputato se si trovi in istato di arresto quantunque non sieno stati richiesti (art. 15 cod. pen.).

(1) Borsani e Casorati, *Il codice di procedura penale commentato*, vol. I, § 345.

(2) L. 2, Cod. *ubi de ratiociniis*, 3, 21.

(3) L. 28, § 15, Dig. *de poen.* V. anche Saluto, vol. I, 547, Op. cit.

Nell'antico diritto francese il luogo del commesso delitto era preferito a quello del domicilio e a quello dell'arresto, come il luogo del domicilio era preferito a quest'ultimo. Per la tutela di quest'ordine, si era stabilito il diritto di rivendicazione della procedura, esercitabile mediante un'apposita notificazione alla cancelleria del tribunale, al quale s'intendeva togliere la cognizione della causa, come quello che non era il preferito. Il codice 3 brumaio, anno IV, mantenne quell'ordine, e una grande schiera di scrittori sostiene che l'abbia anche conservato il codice d'istruzione criminale del 1808 (1), quantunque l'art. 23 di questo codice non ne faccia cenno alcuno.

Altri scrittori affermano che, nel silenzio della legge, non sia dato creare un ordine positivo di preferenze. Il legislatore, come dichiarò il Treilhard, intese, ammettendo l'eccitamento di più competenze territoriali, di rendere, così, più sicura la repressione dei reati (2).

Il legislatore italiano ha voluto espressamente dare la preferenza al *forum patrati criminis*. Ma vuole che gli altri giudici, i quali sarebbero, in mancanza del primo, competenti, non rimangano inerti, e però li autorizza a procedere ad atti procedurali, che dovranno poi essere rimessi al giudice principalmente competente.

È uopo che il fatto criminoso si perpetri nei confini del territorio soggetto alla giurisdizione del magistrato locale, perchè si faccia luogo alla competenza di questo.

Così, in tema di omicidio, la competenza è determinata dal luogo dell'uccisione.

La norma è antica e risale al diritto romano. Già un rescritto degli imperatori Severo ed Antonino dell'anno 196 afferma: *Quaestiones eorum criminum, quae legibus aut extra ordinem coercentur, ubi commissa vel inchoata sunt, vel ubi reperiuntur qui rei esse perhibentur criminis, perfici debere satis notum est* (3). E Costantino nell'anno 317: *Quicumque non illustris, sed tantum clarissima dignitate praeditus virginem rapuerit vel fines aliquos invaserit vel in aliqua culpa seu crimine fuerit deprehensus, statim intra provinciam in qua facinus perpetravit publicis legibus subiugetur nec fori praescriptione utatur: omnem enim huiusmodi honorem reatus excludit* (4). Lo stesso principio è riconosciuto da Ulpiano nel lib. 7 *de officio proconsulis*, ricordando un rescritto di Antonino Pio: *Idem imperator rescripsit: servos ibi puniendos ubi deliquisse arguantur: dominumque eorum, si velit eos defendere, non posse revocare in provinciam suam, sed ibi oportere defendere ubi deliquerint.*

Cum sacrilegium admissum esset in aliqua provincia, deinde in alia minus crimen, divus Pius Pontio Proculo rescripsit: postquam cognoverit de crimine in sua provincia admisso, ut reum in eam provinciam remitteret ubi sacrilegium admisit (5).

E nella sopracitata legge 28, § 15, Dig., 48, 19, Callistrato insegna: *famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos.* E il medesimo principio si applica nelle L. 2, Cod. *ubi quis de curiali* (3, 23) 8, 9, 10 Cod. (3, 26), ed ebbe vigore nel diritto comune (6).

Tutto sta adunque a determinare il luogo in cui è stato consumato il reato. Onde in tema di furto, la competenza è determinata dal luogo in cui è avvenuto; in tema di bigamia, dal luogo dove si è contratto il secondo matrimonio. Ove si tratti di tentativo, la competenza è determinata dal luogo dove giunge ad esplicarsi con atti esecutivi, e, propriamente, dagli ultimi, mediante i quali il reato sia completato come tentativo punibile.

Qualche dubbio può sorgere in materia di falso. Se trattisi di falso in atto pubblico, la competenza è determinata dal luogo dove è stato consumato; se invece di scrittura privata, dal luogo nel quale se ne faccia uso, perchè con l'uso si perfeziona il reato (art. 280 cod. pen.).

139. Se non sia conosciuto il luogo del commesso reato, la competenza si determina dal luogo dove l'imputato ha la sua dimora (art. 16 cod. pen.).

La legge parla di dimora, ma questa deve intendersi pel luogo dove il colpevole abbia la sua abituale residenza, non quello ove momentaneamente si ritrovi.

Si è dubitato se il luogo di dimora, della quale parla la legge, si riferisca a quella che l'imputato aveva all'epoca della querela o del procedimento o a quella che aveva nel momento della perpetrazione del reato. Non sono mancati autorevoli scrittori, i quali hanno sostenuta la prima opinione (7). Ma questa opinione, a ragione, è stata, quasi generalmente, ripudiata, perchè non è valido il fondamento su cui risiede: che, cioè, la competenza del luogo di dimora dell'imputato sia stabilita per la necessità di vegliare alla sicurezza dei cittadini viventi in quel luogo, impedendosi che, per il cattivo esempio, altri reati si commettessero. Invece questa competenza è statuita per il fatto che, non conoscendosi il luogo della consumazione del reato, questo si possa più facilmente constatare e reprimere nel luogo della dimora del colpevole.

140. Un terzo modo di determinazione della competenza è dato dal luogo dell'arresto. Questo criterio è poi offerto dal caso, e non sembra razionale di fronte agli altri due. Si poteva, tutto al più, ritenerlo sussidiario, senza dargli la preferenza su quello del luogo della dimora.

La legge poi prevede che, rimanendo ignorato il luogo del commesso reato, concorrano i due ultimi modi di determinazione della competenza, e nel concorso dà la prevalenza all'ultimo, cioè a quello del luogo in cui sia seguito l'arresto del colpevole. Ma fa a questa prevalenza un'eccezione: quando il giudice del luogo di domicilio abbia già rilasciato un mandato di cattura o di comparizione, è preferito a quello del luogo dell'arresto (art. 16 cod. pen.). In questa ipotesi, riconosce che il magistrato del domicilio dell'imputato già si è impossessato del fatto e ha messa in movimento la sua giurisdizione. Non bisogna però, per i fini della competenza, assimilare il caso della detenzione dell'imputato per altra causa al caso dell'arresto per il delitto pel quale si procede.

Lo stato di detenzione per causa precedente e diversa non può avere la preferenza sul luogo in cui l'imputato aveva la sua residenza, perchè la legge contempla il concorso della

(1) Carnot, *De l'instruct. crim.*, tom. I, 205; Merlin, *Questions de droit*, voce *Délit*, § 9; ai quali accedono il Bourguignon, il Le Graverend, il Duvergier, il Rauter e da ultimo Boitard (*Leçons, Code de l'instruct. crim.*, § 17).

(2) Locré, *Législ. civ., comm. et crim.*, tom. XXV, 241.

(3) L. 1, Cod. *ubi de crim.*, 3, 15.

(4) L. 1, Cod. *ubi Senatores*, 3, 24.

(5) L. 7, §§ 4 e 5, Dig. *de accusationibus*, 48, 2.

(6) V. sul proposito Cujacio, *Paratitla in lib.* III *Cod.*, *tit.* XV.

(7) Pothier, *Instruct. crim.*, tom. V, pag. 265. — V. anche Saluto, *Commenti* ecc., 187.

competenza del giudice del luogo di dimora con quella del giudice del luogo ove sia seguito l'arresto pel delitto, che dà causa al concorso delle due competenze (art. 18 cod. pen.).

141. Il reato può essere commesso sul confine di due giurisdizioni; in tal caso la competenza è determinata dalla prevenzione, e questa è stabilita dall'esecuzione del mandato di cattura o dalla notificazione del mandato di comparizione, essendo questi veri atti di giurisdizione (art. 18 cod. pen).

Nell'antica dottrina, era vivamente dibattuta la questione del modo di determinare la competenza per quei reati che avvenivano al confine di due giurisdizioni. Giulio Claro ed altri scrittori, abbandonando molte sottigliezze degli antichi pratici, ritennero che, per i reati commessi al confine, entrambi i giudici delle due giurisdizioni limitrofe erano competenti, *quia ille locus dicitur communis*, secondo la sentenza di Deciano (1), e che si doveva preferire quello che prima aveva incominciata la istruzione del processo.

Fondamento di questa teorica è il principio del diritto romano: *ubi acceptum est semel iudicium ibi et finem accipere debet* (2). Essa fu accolta nelle antiche leggi delle Due Sicilie (prammatiche sull'ordinamento dei giudizi, art. 3, L. 4 luglio 1817), nella legislazione di procedura criminale del 1819, art. 495, nel codice di procedura criminale subalpino del 1848 e in quello del 1859.

L'istituto della prevenzione è antico ed ha avuto un periodo di generale favore. Si è creduto da taluni anche fondato sulla L. 1, Cod. *ubi de crim. agi oport.*, innanzi trascritta, e nelle L. 7, Dig. *de iud.* e 19, Dig. *de iurisdict omn. iudicum*. In queste leggi però non si prevede il concorso, e il Mattei, sintetizzando i risultati delle discussioni dottrinali e della giurisprudenza, afferma: *Verum ad prehensionem magis quam ad citationem referendum est, frustra enim citatione a te facta praeventum adversarium dicas, si ille in manibus reum habeat; non amissurus eundem, nisi de innocentia constiterit. Et hoc quidem maxime consentaneum est priori disputationi qua defendimus, reum ubicumque reperitur, accusari posse; nam si ubicumque, utique potior esse debet ille qui prehenderit. Si tamen neuter reum prehenderit, eo casu praeventio per citationem quoque fieri poterit* (3).

La prevenzione fu mantenuta in onore anche nella legislazione francese. Il codice 3 brumaio, anno IV, nel concorso fra la competenza del giudice del commesso reato e la competenza del giudice del luogo della dimora, preferì quella di colui fra i due magistrati che avesse per il primo emanato l'ordine di arresto (art. 77 e 78). E se entrambi l'avessero emanato nello stesso giorno, era preferito il primo, come fra il giudice del luogo della residenza abituale e quello del luogo della residenza momentanea, che contemporaneamente avessero ordinato l'arresto dell'imputato, doveva preferirsi il giudice della residenza abituale (4).

Il codice d'istruzione criminale francese (art. 23) non stabilisce alcuna ragione di preferenza. Ma una numerosa schiera di proceduristi, che mettono capo al Merlin, ammette la prevenzione, come un principio di diritto comune. È poi prevalsa l'opinione che, nella concorrenza di più Autorità inquirenti, si debba far luogo al regolamento della competenza fra esse, da parte della Corte di appello.

Anche nel dritto comune germanico, venivano equiparate le competenze del luogo del commesso reato, del domicilio e dell'arresto.

In Austria, la competenza del luogo dell'arresto è preferita nel caso che la denuncia sia fatta direttamente al giudice del luogo stesso, e quella del luogo della dimora nel caso di reati commessi all'estero e soggetti alla persecuzione penale anche nello Stato, e, in difetto di quello, la competenza si determina dal luogo dell'arresto.

In Germania, attualmente, fra più tribunali competenti, è preferito quello che pel primo abbia iniziata l'istruttoria (§ 12 cod. proc. pen.).

Nell'antica dottrina, eravi controversia sugli atti determinativi della prevenzione, e però le codificazioni posteriori tentarono di adottare una regola, che avesse tolta ogni ragione di dubbio. Le legislazioni degli antichi Stati italiani e il codice subalpino del 1859 stabilivano che la prevenzione si determinava dal mandato di arresto o da quello di comparizione. Ma il codice vigente, per maggiore precisione e sicurezza, prescrive che la esecuzione del mandato di cattura o la notificazione del mandato di comparizione attribuiscono, per prevenzione, la competenza del giudice dal quale o l'uno o l'altro sia stato emesso. Si tratta di un fatto più importante, non soggetto a discussione, incertezze o dubbi, sollevabili dall'imputato.

142. Dal principio fondamentale, che il giudice del luogo del commesso reato è preferito ad ogni altro giudice tanto per l'istruzione che per il giudizio, discende, come logica conseguenza, che, se un fatto criminoso abbia avuto in un luogo il suo incominciamento e sia stato completato in un altro, la competenza apparterrà al giudice che ha giurisdizione in quest'ultimo (art. 17 cod. pen.).

V'ha dei reati che non si consumano in un solo atto, ma con una serie di atti. Onde, può benissimo avvenire che l'*iter criminis* non si compia, dal principio alla fine, in un luogo, ma che s'inizi in un luogo e prosegua e si completi in un altro. Il reato però si perfeziona, si completa col compimento degli ultimi atti, e, necessariamente, nel luogo dove questi si commettono. È indifferente che ciascuno di questi atti possa costituire o costituisca un atto punibile a sè, anche quando non si sia congiunto agli altri sussecutivi. Occorre riguardare la figura intera, complessa, del reato, del quale si debba determinare la competenza, secondo la individualità sua concepita nella legge.

La indagine principale, adunque, consiste nel constatare quali atti abbiano completata la figura giuridica del reato e dove questi sieno avvenuti. Così il reato di omicidio è consumato con l'atto che ha cagionata la ferita mortale, ed è competente il giudice del luogo dove questa è stata prodotta, non il giudice del luogo dove la vittima si è spenta. Il reato di falso in iscrittura privata dev'essere giudicato dal giudice del luogo in cui il colpevole abbia fatto uso del documento falso; i reati di stampa dal giudice del luogo dove si sia eseguita la pubblicazione; la calunnia dal giudice del luogo dove il colpevole abbia calunniosamente denunciato un reato a carico della vittima; il reato di bigamia dal giudice del luogo dove venne celebrato il secondo matrimonio; il ratto dal giudice del luogo nel quale sia stata rapita la donna, non da quello nel quale sia stata trasportata.

E giustamente la Corte di cassazione ritenne, in un giu-

(1) Deciano, lib. IV, cap. XVII, n. 16; Claro, *Quaest.* 38, n. 11; Saluto, op. cit., 202.

(2) L. 30, Dig. *de iud.*

(3) *De crim.*, lib. 48, Dig., tit. 13, cap. 5, n. 7.

(4) V. anche Borsani e Casorati, op. cit., vol. I, § 336.

dicato dell'8 novembre 1895, che a conoscere la contravvenzione di cui all'art. 9 della legge sulla requisizione dei quadrupedi, fosse competente il giudice del luogo dove la Commissione militare aveva assentito che presentasse i suoi quadrupedi il proprietario, che non li aveva presentati nel luogo del suo domicilio (1).

143. Si potrebbe dubitare in tema di bancarotta fraudolenta, quando il commerciante abbia commesse delle sottrazioni, falsificazioni, o dissimulazioni dell'attivo anche in luogo diverso da quello nel quale sia stato dichiarato il fallimento o abbia cessato dai pagamenti. Ma, sul proposito, dobbiamo notare che non si possa sottrarre la competenza penale per la bancarotta al giudice del luogo dove si sia verificato il fallimento, perchè tutte le forme del reato di bancarotta fraudolenta si riferiscono all'esercizio del commercio, e questo ha un punto in cui si riconcentra e dal quale si dirama e si svolge. E un altro argomento a favore di questa tesi è fornito dall'art. 694 del cod. comm.

Crediamo però doversi da prima fare una fondamentale distinzione. L'azione penale per la bancarotta fraudolenta può spiegarsi indipendentemente dalla dichiarazione di fallimento (art. 696 c. comm.), e può seguirla (art. 694) (2). Nel primo caso, l'azione penale potrà essere sperimentata presso l'Autorità giudiziaria del luogo dove i fatti fraudolenti materialmente si sieno consumati; e nel secondo, pensiamo che debba avere influenza la disposizione dell'art. 694 cod. comm., colla quale è fatto obbligo al procuratore del Re, appena dichiarato il fallimento, di promuovere l'azione penale, ove riscontri dagli atti del fallimento, dalla sentenza che lo dichiara e dalle informazioni e notizie trasmessegli dal presidente del tribunale, elementi di bancarotta o di altri reati.

I commentatori del nostro codice di procedura penale, Borsani e Casorati, ritengono che, essendo indeterminabile il luogo del reato quando i fatti costitutivi di bancarotta fraudolenta sieno avvenuti in più punti diversi, debba adottarsi il criterio della competenza determinata dal luogo della dimora del fallito (vol. I, § 338); e ripudiano la teoria di coloro che opinano per la competenza di tutti i giudici dei diversi luoghi, ciascuno per il fatto avvenuto nella sfera territoriale della sua giurisdizione.

Ma tale opinione, a prescindere che non risolve il caso in cui si sieno i fatti criminosi avverati in un solo luogo, diverso da quello in cui si è dichiarato il fallimento, non è fondata, perchè, evidentemente, non può dirsi indeterminabile il luogo in cui materialmente i fatti avvengono. Nè il reato di bancarotta può scindersi in tanti reati quanti sono i fatti criminosi indicati dall'art. 860 del cod. comm.

144. Fin dalla scuola più antica, si è lungamente discusso se, compiuta dall'agente l'azione nel territorio soggetto ad una giurisdizione, si avveri l'effetto in un altro territorio soggetto a giurisdizione diversa. Così un colpo, esploso dall'omicida entro il confine di una giurisdizione, colpisce la vittima che si trovava entro i limiti di un'altra; una lettera o uno scritto, in cui si dà vita al reato previsto nell'art. 409 cod. pen., spedita da un luogo giunge al destinatario, soggetto passivo del reato, in un altro luogo di diversa giurisdizione.

La grande maggioranza degli scrittori, come Giulio Claro (3), il Farinacio (4), il Pothier (5), il Lessellyer (6), affermano che prevalga la competenza del luogo ove ebbe effetto il reato. Altri, come il Dalloz e il Merlin, pensano che debba seguirsi la regola della prevenzione (7). Il Saluto accede a questa seconda opinione (8), e distingue, richiamando una teoria comune, gli atti che da sè soli importano la consumazione del reato da quelli che sono la conseguenza accidentale o necessaria di esso.

La questione è trattata con molta confusione dagli scrittori e nella giurisprudenza. Essa va, più propriamente, posta nei seguenti termini: l'azione criminosa è operata in un luogo e raggiunge la vittima in un altro: da quale dei due luoghi dovrà essere determinata la competenza?

Se fosse stata così formolata dagli scrittori antichi o recenti, sarebbe venuta meno ogni possibilità di dubbio. Per risolverla, giova distinguere i reati che si completano quando l'azione criminosa giunga alla vittima, da quelli che acquistano la loro individualità giuridica nel momento in cui l'azione criminosa è mossa dall'agente.

Pei primi, la competenza è determinata dal luogo ove l'azione del delinquente colpisce la vittima; pei secondi, da quello dall'azione quale si muove. E questa teoria mette capo ad un altro ordine d'idee.

Il delitto non può avverarsi se non si avveri la violazione del diritto, nella quale si sostanzia. Sempre, adunque, l'azione umana deve pervenire alla violazione di un diritto protetto dalla legge penale, per essere incriminabile. Ora, la violazione talvolta è immediata, coeva all'azione; e talvolta è posteriore, è operata, cioè, quando l'agente abbia già svolta la sua attività criminosa. Bisogna adunque constatare in quale luogo la figura del reato si sia delineata, per determinare con esattezza la competenza. Così, nelle esemplificazioni tratte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, il reato di omicidio, come reato consumato, si completa nel luogo ove la vittima è colpita. Se, invece, la vittima non sia colpita, il reato si delinea come tentativo, e come tale nasce nel momento in cui l'agente compie l'azione criminosa.

Nella prima ipotesi, è competente il giudice del luogo, dove è colpita la vittima; nel secondo, quello del luogo ov'è seguita l'azione.

Parimenti, nel caso deciso dalla Corte di cassazione col giudicato 2 maggio 1892 (9), l'individualità giuridica del reato non poteva avere nascimento che nel momento in cui la lettera giunse al destinatario, perchè, non giungendo, non avrebbe costituito alcun reato.

Colla teoria proposta, tutte le ipotesi simili non presenteranno alcuna difficoltà, e ogni dubbio sull'applicazione dell'art. 17, anche in relazione all'art. 18 cod. proc. pen., non sarà più possibile.

Gli antichi scrittori ritenevano competenti tutt'i giudici dei diversi luoghi, in cui gli atti criminosi si ripetevano. E il

(1) Confl. in c. *Bruno* (*Riv. Pen.*, vol. XLIII, p. 325). V. anche stessa Corte, 14 dic. 1895, *Bozza e Carbonini* (*Id.*, id., p. 326).

(2) Sulla nessuna necessità che per l'azione penale della bancarotta fraudolenta occorra la dichiarazione di fallimento ci siamo occupati in altro lavoro. (*Foro Pen.*, vol. II, p. 189).

(3) *Quaest.* 38, n. 9.

(4) *Quaest.*, n. 46.

(5) *Proc. crim.*, sez. 1ª, art. 2.

(6) *Trattato della competenza*, ecc. (trad. it.), n. 1604; Torino, Unione Tip.-Ed., 1888.

(7) Dalloz, *Répert.*, voce *Comp.*, n. 73; Merlin, *Répert.*, voce *Comp.*, § 2, n. 2.

(8) Op. cit., 199.

(9) Confl. in c. *Marchi* (*Riv. Pen.*, vol. XXXIV, pag. 45).

Mattei (1) espone il comune insegnamento: *Si ex gratia alibi raptam, alibi stupraveris; alibi vinctum, alibi spoliaveris? Est recte responsum iudicio ab interpretibus utriusque territorii iudicem animadvertere posse.* Ma questa massima giuridica, in verità, non comprende la vera figura del reato continuato, ed inesattamente qualche grave scrittore, come il Saluto, la riferisce all'ipotesi della continuazione. In Francia si adottava, prima della codificazione, la regola della prevenzione, e, in caso d'inapplicabilità di questa, si attribuiva la competenza al giudice del luogo dove si completava il reato o a quello del luogo dell'arresto.

Sotto l'impero della legislazione vigente, è comune teoria che la competenza dei reati continuati si debba determinare dal luogo ove il reato si sia completato con gli ultimi atti della sua esplicazione.

145. Il codice penale determina alcuni casi nei quali, per i delitti commessi all'estero, si debba procedere nel regno (art. 4, 5 e 6) o si debba rinnovare il giudizio nel regno (art. 7, capoverso).

Era dunque necessario al legislatore prescrivere una norma di competenza. Per quei delitti non è possibile l'applicazione della regola prevalente stabilita per i reati commessi nell'interno.

La competenza, per quella categoria di reati, è determinata dal luogo di domicilio o da quello dell'arresto, o da quello della consegna dell'imputato alle Autorità italiane da parte del Governo estero (art. 34 cod. pen.).

La legge non stabilisce nessuna preferenza fra queste tre competenze; dichiara solo che si debba far luogo alla prevenzione. Talchè avrà la cognizione di quei reati quel magistrato che prima inizierà il procedimento penale.

La prevenzione deve intendersi a norma dell'art. 18 di cui ci siamo occupati.

In tutti questi casi, la Cassazione, sulla domanda del Pubblico Ministero o delle altre parti, ha facoltà di rimettere la cognizione di quei delitti alla Corte o al tribunale più vicino al luogo in cui furono commessi.

Questa disposizione è intesa ad agevolare la giustizia penale per il raccoglimento delle prove, per la difesa dell'imputato, per la maggiore facilità di far venire i testimoni, per l'economia anche del tempo e delle spese.

La Corte o il tribunale, ai quali sarà, secondo le norme precedenti, devoluta la cognizione dei delitti commessi all'estero, potranno valersi degli atti redatti all'estero.

146. Per regola generale, gli atti procedurali valevoli in giudizio sono quelli compilati secondo le norme e le forme della nostra procedura, e sono ammissibili solamente i mezzi di prova che questa consente. Ma una ragione di pubblica necessità ha consigliato il legislatore a dettare una disposizione eccezionale. L'Autorità giudiziaria italiana non ha potestà d'istruire e di compiere altri atti giurisdizionali nel territorio estero; e però non potrebbe, per i reati ivi commessi, raccogliere ritualmente tutte quelle prove, che sarebbe autorizzata a raccogliere nello Stato, ed esaurire tutte le indagini possibili per la constatazione della verità. Onde si addimostra indispensabile concedere al magistrato il diritto di giovarsi degli atti compilati all'estero e di tenerli come elementi di convinzione e di prove, colla massima libertà di apprezzamento (art. 35 cod. pen.).

Il magistrato però non deve prescindere di fare uso di altre prove ordinarie, quando esse sieno possibili, e dei mezzi consentiti dai trattati internazionali per raccoglierle legalmente all'estero.

E la stessa necessità ha indotto il legislatore a disporre che gli atti compiuti all'estero potranno anche servire alla determinazione del danno dovuto all'offeso, per i reati commessi nel territorio estero e non punibili nel regno. Questa norma però non riguarda la competenza dei tribunali penali, perchè la determinazione del risarcimento potrà solo formare obietto di un giudizio civile di liquidazione di danni.

Se il tribunale o la Corte sono investiti della cognizione dei delitti commessi all'estero e indicati nell'art. 34, potranno determinare il risarcimento dei danni alle parti lese anche in base a quegli atti compilati in estero territorio.

In ogni modo, nell'interesse della giustizia penale, la quale non dovrebbe avere confini territoriali, il legislatore ha disposto che qualunque giudice è autorizzato a ricevere querele o denuncie per reati commessi in territori esteri, e pei quali si possa promuovere l'azione penale nel regno, e che deve darne avviso al procuratore del Re, dal quale dipende. Questi ha l'obbligo d'informarne il procuratore Generale (art. 36 cod. pen.).

Capo II. — Eccezioni alle regole della competenza per ragione di territorio.

147. Alle regole suesposte, per necessità di cose, il legislatore ha dovuto stabilire alcune eccezioni che riguardano la ordinaria competenza. Il chiarissimo prof. Lucchini le classifica in quattro categorie (2).

La prima è relativa all'astensione e alla ricusazione del giudice, in quanto possano spostare la competenza territoriale. Questo spostamento però è possibile soltanto quando si astenga o sia ricusato un giudice unico o l'intero Collegio giudicante, o, almeno, si sieno astenuti o sieno stati ricusati tanti componenti di esso che non rimanga un numero sufficiente per giudicare della causa principale.

I motivi dell'astensione e della ricusa sono eguali a quelli stabiliti in materia civile (art. 116 cod. proc. civ.).

La ricusa o l'astensione di un pretore produrrà lo spostamento di competenza, in caso che non vi sia il vice-pretore o questo si sia astenuto o sia stato parimenti ricusato. La causa sarà devoluta al pretore più vicino nella giurisdizione dello stesso tribunale (art. 764 cod. proc. pen.).

La Corte di appello, trattandosi dello spostamento della competenza di un tribunale posto sotto la sua giurisdizione, designerà un altro tribunale, e la Cassazione, se trattisi di spostare la competenza di una Corte d'appello, designerà un'altra Corte d'appello, che conosca della causa principale (art. 762 cod. proc. pen.).

148. La seconda causa di spostamento della competenza risiede nel rinvio ordinato dalla Corte di cassazione, in caso di annullamento.

La Corte di cassazione può in tre modi esplicare la sua giurisdizione: o rigettando il ricorso, o annullando senza rinvio, o annullando e rinviando l'esame della causa a un magistrato di merito. E la sua giurisdizione si estende sia

(1) *De crim.*, tit. 13, cap. 5, n. 8.

(2) *Elem. proc. pen.*, pag. 184.

alle sentenze definitive dei giudici di merito, e sia alle sentenze della Sezione di accusa, oltre agli altri casi stabiliti dalla legge.

Nella terza ipotesi, ha luogo lo spostamento della competenza territoriale.

In generale, adunque, fuori di quei casi senza rinvio, la Corte di cassazione, annullando una sentenza del giudice di merito, rimette gli atti del processo e le parti avanti un magistrato diverso da quello che proferì la sentenza, e, trattandosi di sentenza proferita da un tribunale o da un pretore, davanti un altro tribunale o pretore nella giurisdizione da cui dipende il tribunale o il pretore che pronunziò la sentenza annullata (art. 668 cod. proc. pen.).

Lo spostamento avviene da un magistrato, che sarebbe per le regole ordinarie competente *ratione loci*, ad un altro magistrato di pari grado. Senonchè può avvenire che l'annullamento si operi per ragione d'incompetenza o in linea di conflitto, e però il magistrato di rinvio deve necessariamente essere di grado diverso (art. 670, 672 e 673 cod. proc. pen.).

Nei casi di annullamento di sentenza della Sezione di accusa, tranne quando non si possa far luogo al rinvio, questo è ordinato davanti la Sezione di accusa della stessa Corte, da comporsi però di giudici diversi da quelli che emanarono la sentenza annullata. E però questo annullamento non sposta la competenza territoriale, ma fa mutare le persone dei giudicanti.

La ragione della legge, per il rinvio a magistrato diverso, è chiarissima. Per la serenità del giudizio, è bene che la causa non sia esaminata dallo stesso giudice che emanò la prima sentenza, il quale potrebbe essere o preoccupato o anche convinto della bontà delle ragioni che lo consigliarono a decidere nel modo come decise.

149. Una terza serie di spostamenti di competenza è data dall'istituto della legittima suspicione o da motivi di sicurezza pubblica (art. 766 cod. proc. pen.). Per una di queste due cause, può aver luogo la rimessione di una causa da una ad altra Corte, da uno ad altro tribunale, da un pretore ad altro pretore e da un istruttore ad altro istruttore. La rimessione di una causa da una Corte ad un'altra non può farsi che dalla Cassazione, sopra istanza del Pubblico Ministero o delle altre parti. La rimessione poi da un tribunale, pretore o istruttore ad un altro tribunale, pretore o istruttore dev'essere ordinata dalla Corte dalla quale quelli dipendono (articoli 777 e 768 codice proc. pen.).

La domanda di rimessione per motivi di sicurezza pubblica non può essere promossa che dal Pubblico Ministero; quella per legittima suspicione anche dall'imputato o dall'accusato o dalla parte civile. La Corte pronunzia in camera di consiglio.

La rimessione necessariamente avviene ad un magistrato di pari grado.

150. La quarta categoria è composta di delitti commessi dai componenti di un tribunale o delle Corti o degli uffici del Pubblico Ministero presso il tribunale o la Corte.

Quanto ai membri dei tribunali e del Pubblico Ministero presso i tribunali, per qualunque reato di competenza dei tribunali, anche deferito in grado di appello, la Corte di appello da cui dipendono designa un altro tribunale del proprio distretto (art. 37 cod. proc. pen.).

Quanto ai membri delle Corti di appello e del Pubblico Ministero presso di esse, per i reati ad esse deferiti in via di appello, la Corte di cassazione dovrà designare un'altra Corte (art. 37, sopra citato).

Questa disposizione, contenendo un *jus singulare*, non è applicabile a funzionari diversi da quelli in essa indicati. Trova la sua ragione di essere nella necessità di allontanare dall'amministrazione della giustizia qualunque sospetto sulla serenità e sull'imparzialità del giudizio, per vincoli di amicizia o di colleganza nello stesso collegio giudicante.

Si sostiene, generalmente, che questa eccezione debba riferirsi al tempo del giudizio e non al momento del reato perchè solo all'epoca del giudizio si riferirebbero le cause di essa. Da questo principio deriverebbero le seguenti conseguenze: *a*) che l'eccezione debba applicarsi anche quando il reato sia stato perpetrato da chi non apparteneva al tribunale o alla Corte o all'ufficio del pubblico ministero, sotto la cui giurisdizione è sito il luogo dove il maleficio sia stato commesso, e vi appartenga al tempo della celebrazione del giudizio; *b*) che l'eccezione cessa quando il magistrato, all'epoca del giudizio, sia tramutato in altra sede o altrimenti non faccia più parte del collegio giudicante o del Pubblico Ministero.

Su questa seconda conseguenza la dottrina dissente.

Borsani e Casorati fanno sul proposito una distinzione: se il funzionario sia tramutato ad altra sede, ovvero cessi dall'appartenere al collegio od all'ufficio del Pubblico Ministero del luogo del reato, prima che avvenga la designazione di un altro collegio giudicante, la eccezione non può avere più efficacia; ma se il tramutamento o la cessazione si verifichino dopo la designazione, il Collegio designato trovasi investito della competenza (1).

Sembra che non si possa distaccare l'attribuzione della competenza dal momento in cui si perpetra il reato. Nello stesso momento in cui si opera la infrazione della legge penale, si determina la competenza del magistrato avente dalla legge la potestà di giudicarla. Tale è la regola fondamentale, alla quale non si può derogare che per espressa volontà legislativa.

La prima conseguenza si presenta come una deroga a questa regola, e bisogna esaminare se sia giustificata nel testo e nello spirito della legge. Il legislatore si è espresso, trattandosi di giudicare un membro di un tribunale o del Ministero Pubblico « per giudicare un membro di una Corte di appello o del Ministero Pubblico ». Questa dizione, evidentemente, rivela il concetto, che il legislatore ha voluto evitare il giudizio nel luogo del commesso reato; e le ragioni sopra sintetizzate lo confermano anche di più. Quindi è indifferente che il delinquente, quando infrangeva la legge penale, si trovasse o no ad appartenere al collegio alla cui giurisdizione è sottoposto il luogo del delitto: basta vi si trovi quando si debba celebrare il giudizio.

Ma la seconda conseguenza, che se ne vorrebbe trarre, non è giustificata, perchè non discende direttamente dalle premesse fondamentali della eccezione, anzi è in antinomia collo scopo legislativo. Invero, in primo luogo qui non può invocarsi una ragione di deroga al principio supremo regolatore della competenza, che questa cioè si determini contemporaneamente al delitto, perchè al momento della perpetrazione del reato, quella del luogo dove fu commesso era esclusa, e la determinazione concreta della competenza dipendeva dalla designazione che ne avrebbe fatta il collegio

(1) Op. cit., § 345.

legio superiore. E il legislatore non ha voluto che, cessato il colpevole di far parte del collegio che territorialmente, secondo le regole ordinarie, sarebbe stato competente a giudicarlo, ripigliasse il suo impero la norma comune.

Ha voluto evitare, per il prestigio della giustizia, per allontanare ogni sospetto, che il giudizio si facesse nel luogo del reato e innanzi al tribunale o alla Corte, cui apparteneva l'imputato. Non possiamo adunque accogliere, in questa parte, l'insegnamento della dottrina comune, e, per le stesse ragioni, la distinzione proposta dai citati scrittori.

La legge non fa alcun cenno dei complici; onde si è dubitato se questi debbano essere giudicati dallo stesso collegio dal quale è giudicato l'autore principale. La dottrina, francese e italiana, ha risoluto il dubbio in senso affermativo. E la giurisprudenza francese è stata del medesimo avviso. L'unità obiettiva del fatto criminoso, a cui abbiano partecipato più persone, l'economia dei giudizi e delle spese consigliano questa risoluzione. Ma vi ha, secondo noi, una ragione giuridica decisiva: quando la legge devolve ad un magistrato la cognizione di un delitto, in tesi generale, la devolve riguardo a tutti coloro che nel delitto concorsero.

Nell'ultimo capoverso dell'art. 37 il legislatore parla di Corte di appello, e bisogna intendere che abbia escluso la Corte di assise e la Corte di cassazione.

L'ordinaria competenza della Corte di assise adunque rimane inalterata. E questa verità risulta, oltre che dal carattere di eccezione che ha il precetto dell'art. 37, dalla storia di esso. Infatti l'art. 37 riproduce sostanzialmente le disposizioni degli art. 173, 174 e 175 della legge organica del 1859. Questa legge conteneva un'altra disposizione del tenore seguente: che nulla era innovato alle regole di competenza per i reati di competenza delle Corti di assise. Ora, tale disposizione è stata omessa nel vigente cod. proc. pen., perchè la si ritenne superflua (1).

151. A queste quattro categorie di eccezioni, che in generale la dottrina riconosce, per l'esaurimento della trattazione, non si deve omettere di aggiungere il caso specialissimo della revisione. In presenza di due condanne contraddittorie e inconciliabili, costituenti la prova dell'innocenza o dell'uno o dell'altro condannato, denunciate dal Ministro di grazia e giustizia, la Corte di cassazione le annullerà e rimetterà gli accusati per un nuovo giudizio davanti un magistrato diverso da quelli che pronunziarono le due sentenze, ma eguale di grado, in base agli atti di accusa che rimarranno validi (2). Eguale rimessione farà nelle ipotesi degli articoli 689 e 690 cod. proc. pen.

Tutti questi ordini di eccezioni hanno alcuni caratteri comuni.

L'invio di una causa da un magistrato ad un altro deve essere fatto dal magistrato superiore ad entrambi, che li comprenda entro i confini della propria giurisdizione. Nessuna Autorità giudiziaria potrà esercitare la sua giurisdizione fuori i limiti territoriali di essa; e la rimessione di una causa da un giudice ad un altro è vero e proprio atto di giurisdizione. Quindi il tribunale, nei casi dell'art. 764, la Corte d'appello, nei casi degli art. 762, 768 e 37 proc. pen., non può trascendere i confini della propria giurisdizione territoriale, nella delegazione di un altro magistrato per la cognizione della causa. Valeva lo stesso principio, quando, anche in materia penale, il territorio del regno era ripartito fra cinque Corti di cassazione.

(1) V. anche Borsani e Casorati, op. e loc. cit.

152. Pei fini della giustizia penale, il legislatore, all'articolo 29, ha voluto attribuire a qualsiasi giudice, quantunque non competente per ragione di territorio, la facoltà, che si traduce in una specie di competenza, di ricevere querele o denuncie e di assumere informazioni sopra ogni reato.

Per regola generale, il procuratore del re e ogni ufficiale di polizia giudiziaria del luogo del reato, della dimora dell'imputato o del luogo dove questi potesse essere trovato, sono competenti a ricevere le denuncie delle persone che abbiano cognizione del maleficio o le querele di chi si pretende offeso o danneggiato. Ma l'urgenza delle cose, il pericolo della dispersione delle traccie del reato, il dovere delle Autorità di concorrere alla scoverta dei reati, che il nuovo codice penale ha elevato a precetto di legge (art. 180), il bisogno che ha lo Stato di reintegrare l'ordine giuridico violato, reprimendo la delinquenza in qualunque parte del suo territorio si manifesti, e all'uopo di valersi di tutti i mezzi per attuare i fini della giustizia penale, costituiscono la ragione di essere di quella provvida disposizione.

Senonchè il giudice incompetente trasmetterà le denuncie e le querele all'Autorità competente.

Trattasi di una facoltà del giudice incompetente, non di un obbligo che gli viene dall'ufficio; ma, sotto l'impero della vigente legislazione penale, il suo rifiuto o la sua omissione potrebbe dar luogo, in certi casi, all'applicazione, come dicemmo, della sanzione del citato art. 180 cod. pen. Onde, ponendo in armonia la disposizione procedurale con quella punitiva, si può legittimamente sostenere che quella facoltà si sia oggi tramutata in un vero obbligo giuridico, limitato però al rapporto sulla notizia del reato. Rimane facoltà quanto alla ricezione delle denuncie o delle querele o all'assunzione delle informazioni; ma è obbligo, sancito dal codice penale, in quanto si debba comunicare e riferire al magistrato competente la notizia del reato per il quale l'azione penale è esercitabile di ufficio, secondo la forma e la norma dell'art. 101 dello stesso codice di procedura penale.

153. L'urgenza per la compilazione di alcuni atti giudiziari può talora essere tale da non consentire alcun ritardo, perchè questo potrebbe o far sparire le prove o rendere altrimenti possibile l'impunità del colpevole o l'inganno, in qualsiasi modo, della giustizia penale. E però la legge autorizza anche il giudice incompetente per ragione di territorio a fare quegli atti che sono strettamente necessari e urgenti, e darne prima, o immediatamente dopo, notizia all'Autorità competente.

La legge non ha formolato alcun criterio per la valutazione dell'urgenza, ma l'ha lasciata al subiettivo apprezzamento del giudice procedente. Gli atti che questo compie come urgenti non turbano il corso della giustizia, nè nuocciono alle parti, perchè si potrà sempre discutere a tempo opportuno della loro validità. Possono recare, in molti casi di urgenza, un notevole giovamento, ma non ledere i diritti dell'imputato o delle parti offese. Sono atti che tengono alla conservazione delle prove e delle traccie del reato, che mirano esclusivamente alla constatazione di fatti e circostanze, che subito sfuggirebbero alle indagini del giudice competente.

È evidente poi che questa facoltà, la quale non conosce nello Stato limiti di territorio, non potrebbe esercitarsi in nessun caso in territorio straniero, perchè in questo cessa ogni potere del giudice.

(2) Art. 688 e 693 cod. proc. pen.

E per gli stessi fini della giustizia penale, il legislatore ha sanzionato un'altra speciale deroga all'ordine giurisdizionale, limitatissima. Ha disposto, all'art. 31, che anche il magistrato civile, quando in un giudizio civile sorga ragionevole argomento dell'esistenza di un reato di azione pubblica, debba informarne il Pubblico Ministero, il quale, ove occorra, promuoverà l'azione penale. E se la cognizione del reato influisca sulla causa civile, questa deve rimanere sospesa.

E quest'obbligo non è la ripetizione superflua di quello statuito nell'art. 101, ma importa qualche cosa di più, perchè non trattasi di una semplice notizia ricevuta nell'esercizio delle proprie funzioni, ma del risultato d'indagini e di apprezzamenti, che il giudice civile fa od ha occasione di fare nel corso del giudizio civile. Egli deve convincersi che possa sussistere un reato, o, come si esprime la legge, deve ragionevolmente argomentare dell'esistenza di esso. laddove, per l'art. 101 proc. pen., e per l'art. 180 cod. pen., l'Autorità o il pubblico ufficiale si limita a trasmettere la notizia del reato quale l'ha acquistata.

Capo III. — Concorso di competenze.

§ 1. — *Concorso di giurisdizioni in relazione all'articolo 26 procedura penale.*

154. Distinzioni e teoria. — **155.** Regola legislativa. — **156.** Questione sulla sua estensibilità.

154. Nella infinita varietà dei casi e nelle molteplici manifestazioni della delinquenza, diverse giurisdizioni o diverse competenze possono concorrere nella cognizione dei reati. E la legge doveva regolare questo duplice concorso.

La più colta dottrina distingue il concorso di giurisdizioni fra due Stati dal concorso di giurisdizioni nel medesimo Stato. Il primo si connette all'istituto della territorialità e dell'estradizione (1), e non è nostro cómpito di trattarlo. Osserviamo solo, contro la teoria comune, che inesattamente si definisce concorso di giurisdizioni, il quale non si concepisce fuori i limiti territoriali della sovranità dello Stato, perchè, essendo impossibile l'esistenza della giurisdizione di uno Stato dove impera la sovranità di un altro Stato, è impossibile il concorso fra giurisdizioni di due Stati. Ogni Stato può agire ed esercitare la sua sovranità nel proprio territorio, indipendentemente dall'esercizio di un'altra sulla stessa persona e per il medesimo fatto. Se talvolta il legislatore tiene conto di questo esercizio (art. 7 n.i 2 e 8 codice pen.), ne tiene conto per ragioni di equità e di giustizia, non per l'influenza e l'efficacia di una sovranità straniera di fronte alla propria sovranità.

Il vero concorso, del quale dobbiamo occuparci, è quello di diverse giurisdizioni imperanti nel territorio dello Stato, disciplinato dall'art. 26, 2° capoverso, cod. proc. pen.

In primo luogo, però, è necessario costruire la teoria generale scientifica sull'essenza vera, giuridica, del concorso di giurisdizioni e di competenze, che, per quanto sappiamo, non è stata finora, in tesi generale, costrutta su solido fondamento scientifico.

Ogni giurisdizione importa la potestà di giudicare sopra una determinata categoria di fatti e di rapporti giuridici, o anche, in certi casi speciali, sopra una data classe di persone. Per la separazione netta e precisa delle giurisdizioni, nella generalità dei casi, non dovrebbe essere possibile niuna maniera o forma di concorso, perchè ogni fatto o rapporto giuridico, e, in materia penale, ogni infrazione punibile, sono devoluti per legge ad una determinata giurisdizione. E la posizione è identica per la competenza, la quale non è che una frazione della giurisdizione, o, come innanzi abbiamo chiarito, una giurisdizione limitata. Ma i fatti umani e le violazioni giuridiche possono essere complessi e presentare tanti e così svariati aspetti, da provocare la contemporanea attività di due o più giurisdizioni. Possono però generare questo fenomeno, presi nella loro sintesi.

Analizzati, invece, in tutte le singole parti, sotto tutti gli aspetti, per ogni singolo diritto violato, ogni giurisdizione può investire solamente quella parte, quell'aspetto del fatto giuridico, la violazione di quel diritto, che entrano nella propria sfera giuridica assegnatale dal legislatore. Non sempre quest'analisi minuta, dettagliata, è possibile o conveniente, sia per la più pronta e sicura attuazione della giustizia, o per l'economia dei giudizî, che per altre necessità giuridiche o di opportunità. E queste ragioni o di necessità o di convenienza o di utilità o di opportunità non possono apprezzarsi e stabilirsi che dal legislatore.

La determinazione della giurisdizione e della competenza è coeva alle violazioni giuridiche: l'una e le altre si operano nello stesso momento giuridico.

La contemporanea attività di due o più giurisdizioni sul medesimo fatto criminoso o sulla stessa persona, costituisce il concorso. Quindi avviene che una di esse si estende necessariamente, fuori dei suoi limiti ordinarî, al campo riservato all'altra.

Il concorso può esistere sullo stesso fatto criminoso, sieno anche più gli autori e i complici di esso; e può soltanto esistere sulla medesima persona per più violazioni commesse. Questa seconda forma è meno razionale della prima, perchè fondata su semplici motivi di opportunità o di economia di giudizî.

Il vero concorso, scientificamente, è razionale e giustificabile riguardo al medesimo fatto, la cui unità, sia pure semplicemente psicologica come nella continuazione, non sempre può scindersi e frazionarsi giudizialmente.

Il concorso sulla stessa persona autrice di più violazioni, in sostanza, si risolve in un concorso di giurisdizioni su fatti assolutamente distinti e separati, sia come obiettive violazioni della legge penale, che nella stessa coscienza del delinquente, e che non hanno altro di comune che muovere da una medesima attività criminosa.

Determinato il concorso di diverse potestà giudicanti, la legge deve stabilire quale di esse meriti la preferenza e debba essere investita della cognizione del fatto; e all'uopo è necessario che prescriva norme precise e fisse. È conforme ai principî generali di diritto che la potestà maggiore debba prevalere sulla minore.

Possiamo adunque fissare i seguenti concetti fondamentali: *a*) Il concorso di giurisdizioni e di competenze importa sempre una estensione di una di esse al campo riservato ad un'altra; *b*) È sempre di diritto positivo e deve essere in ogni caso dichiarato espressamente dalla legge; *c*) È, razionalmente, possibile e giustificabile sopra un medesimo fatto criminoso, che provochi l'attività di due o più giurisdizioni o competenze.

Il concorso, che ha luogo fra la giurisdizione ordinaria e giurisdizioni speciali, è concorso di giurisdizioni; quello delle

(1) Lucchini, op. cit., n. 70 e 187.

frazioni della giurisdizione ordinaria fra loro, cioè fra le varie potestà giusdicenti, è concorso di competenze.

Il concorso di giurisdizioni trova la sua disciplina giuridica nell'ultimo capoverso dell'articolo 26 del codice di procedura penale, alla stregua di una norma generale.

Se una persona sia imputata di due o più reati, gli uni di competenza ordinaria e gli altri di competenza speciale, *ratione materiae vel personae*, il magistrato speciale procederà distintamente al giudizio pei reati di sua competenza, osservando, nell'applicazione delle pene, le regole sancite dalle leggi speciali o, in mancanza, dall'articolo 76 del codice penale. E quanto all'ordine di precedenza, ove non sia stabilito per legge, viene determinato dalla Corte di cassazione, alla quale gli ufficiali del pubblico ministero dovranno trasmettere gli atti e i documenti col loro parere.

Dunque, questa regola generale stabilisce la distinzione delle giurisdizioni: ciascuna si esplicherà nell'ambito assegnatole dalle leggi. Ma ad essa la dottrina e le leggi speciali hanno create delle eccezioni.

Alcuni ordini di eccezioni sono creati da leggi speciali e da queste è disciplinato il concorso.

Così, nel codice penale militare, è previsto e regolato il concorso agli articoli 337 e 338, nel quale la preferenza è data alla giurisdizione ordinaria.

155. La questione è più importante quando il concorso fra la giurisdizione ordinaria e una speciale non sia previsto dalla legge. In questo caso, siamo di avviso che non sia possibile, neanche quando vi concorra il vincolo della connessità. Fra i canoni fondamentali della teoria del concorso, abbiamo innanzi formolato quello, che il concorso debba sempre essere dichiarato e creato espressamente dalla legge. Ora, nel silenzio di questa, esso non è più possibile, e ogni giurisdizione opera indipendente, esclusiva, nell'ambito assegnatole.

La questione è sorta a proposito della giurisdizione dell'Alta Corte di Giustizia, specialmente in un recente periodo della nostra giurisprudenza.

La nostra legislazione non prevede e disciplina il concorso fra la potestà ordinaria e quella potestà speciale senatoria, tranne che nel n.° 1 dell'articolo 9 codice procedura penale.

Qui le due giurisdizioni, fin dal momento della infrazione, si determinano *de jure*: ma quella speciale rimane inerte, finchè non la provochi un decreto del re, che convochi il Senato in Alta Corte di Giustizia.

In questo momento giuridico soltanto essa diventa operativa, e concreta il suo concorso colla giurisdizione comune, nel quale, per volontà legislativa, prevale.

Quanto ai Ministri accusati dalla Camera dei deputati, colla teoria propugnata dall'Auriti nelle sue requisitorie innanzi la Cassazione, all'udienza 22 aprile 1895, e di coloro che ritengono essere la giurisdizione ordinaria semplicemente sussidiaria e quella del Senato facoltativa e prevalente, il concorso non è possibile, perchè o l'una o l'altra si determina; colla teoria di coloro che ammettono sempre la competenza dell'autorità giudiziaria, salvo alla Camera l'esercizio del diritto di accusa e il rinvio all'Alta Corte, il concorso avviene quando questa sia convocata con decreto regio, come nel caso dell'articolo 9 codice procedura penale, ed ha la preferenza; colla teoria professata dal Collegio Supremo nelle due celebri sentenze 22-24 aprile 1895 (1), essendo la competenza dell'Alta Corte assoluta ed esclusiva, niuna possibilità di concorso esiste per i Ministri colpevoli.

Altrove abbiamo dimostrata la vera essenza dei reati ministeriali (2).

Da essa scaturisce che la sola Camera dei deputati è competente ad elevare l'accusa. Ma, elevata l'accusa, sorge nell'Autorità giudiziaria il diritto ad agire, viene *de jure* eccitata la sua giurisdizione, e, se venga provocata del pari la giurisdizione dell'Alta Corte, si avvera il concorso, e la prima cede alla seconda.

156. Ammessa la competenza assoluta dell'Alta Corte di Giustizia, o provocata con regio decreto, è controverso nella dottrina se essa si estenda anche alle altre persone che concorsero nel reato, oltre i Ministri accusati: rispetto a quelle, e nella sola risoluzione affermativa, avrebbe luogo il concorso di giurisdizioni, nel quale certamente dovrebbe prevalere quella speciale. Si tratta di un unico fatto inscindibile, che richiederebbe la unicità del giudizio. Ragioni evidenti di necessità, di giustizia, il bisogno di evitare una possibile contraddizione di giudicati, avrebbero dovuto consigliare il legislatore a sottoporre i complici ad una medesima giurisdizione.

Ma nessuna disposizione all'uopo ha dettata il legislatore, e non crediamo sia dato all'interprete trarla da quelle ragioni, per operare una estensione di giurisdizione, sia pure colmando una lacuna che esiste nella legge.

Nè in questo argomento è possibile ricorrere ad una interpretazione analogica, non ammissibile, per conferire o estendere poteri giurisdizionali al di là della dichiarazione della legge, e, specialmente, trattandosi di un *jus singulare*.

Riteniamo, adunque, che, malgrado i gravissimi inconvenienti, le due potestà debbano agire indipendentemente l'una dall'altra.

La stessa questione si presenta in tema di reati connessi ai reati ministeriali; ed *a fortiori* è uopo risolverla nello stesso senso. E si presenta inoltre riguardo ai reati imputati ai senatori, per i quali lo Statuto (articolo 77) ha stabilita una competenza *propter personas*, la quale si risolve in un puro privilegio, malgrado qualunque affermazione contraria, che tratterebbesi di una suprema ed elevata garanzia. Anche in questo caso la logica giuridica conduce ad un identico risultato nelle ipotesi di complicità e di connessità.

Nondimeno, la dottrina e più la giurisprudenza preferiscono estendere la giurisdizione speciale anche ai casi di complicità e di connessità. In Francia sembra che tale sia l'indirizzo generale (3). In Italia però non mancano gravi scrittori che professano una opinione contraria.

Il Saluto (4), il Borsani e il Casorati (5) la sostengono con seri argomenti. Il primo afferma non essere giuridicamente ammissibile che si possa applicare alla proroga delle giurisdizioni la regola stabilita per la proroga delle competenze. E gli altri due aggiungono che a questa si oppongono tanto lo spirito che la lettera degli articoli 19, 20 e 27 del codice di procedura penale, e che all'art. 26 il legislatore volle escludere la complicazione della giurisdizione ordinaria colla speciale. Il Castori segue la stessa opinione (6).

(1) Ric. *Giolitti* (*Riv. Pen.*, vol. XLI, pag. 455).

(2) Faggella, *Giurisdizione dell'Alta Corte di giustizia in rapporto ai reati ministeriali* (*Foro Penale*, vol. IV, parte I, pag. 23).

(3) Vedi Saluto, op. cit., vol. I, p. 154; Castori, op. cit., 250.

(4) Loc cit.

(5) Op. cit., vol. I, § 360.

(6) Loc. cit.

Il Nocito invece (1) ritiene che, nella concorrenza di più reati connessi, dei quali alcuni fossero di competenza della Corte d'assise ed altri dell'Alta Corte, a quest'ultima si dovrebbe deferire la cognizione di tutti, argomentando appunto dagli articoli 10, 20 e 26.

Altra volta esprimemmo il nostro avviso (2). In base ai principî sopra esposti, data la eccezionalità dell'Alta Corte e la mancanza di ogni espresso precetto di deroga alla potestà ordinaria, non è possibile neppure il concorso.

Rimane adunque dimostrato che, quando la concorrenza della giurisdizione ordinaria colle speciali non sia in queste stabilita e disciplinata, non sussiste altra norma positiva generale che quella contenuta nell'ultimo capoverso dell'articolo 26.

Il Lucchini formola a questo principio due eccezioni (3): 1° che la giurisdizione ordinaria non possa assorbire quella speciale; 2° e che, invece, l'ordinaria debba assorbirsi dalla speciale, per economia di giudizî, ove questa sia eccitata dal reato più grave. La prima è di per sè evidente, ma non è una eccezione; è l'affermazione della coesistenza delle due potestà create dalla legge. Inoltre bisogna ad essa eccettuare, alla loro volta, i casi degli articoli 337 e 338 del codice di procedura penale, in cui la competenza ordinaria assorbe la speciale. La seconda eccezione non possiamo accoglierla, dati i principî della teoria innanzi enunciata. Il corollario è esatto solo nei casi di vero concorso, nei quali la giurisdizione ordinaria cede di fronte alla speciale.

§ 2. — *Concorso proprio di competenze.*

157. Teoria e distinzioni. — 158. Norma dell'art. 19 proc. pen. — 159. Norma dell'art. 26. — 160. Concorso di competenze dei tribunali e dei pretori. — 161. Altra ipotesi dell'art. 28 proc. pen. — 162. Dubbî sull'utilità e convenienza di questo concorso.

157. Abbiamo innanzi definito il vero concorso di competenze, come dovrebbe essere giuridicamente concepito. Dobbiamo esaminarlo quale si delinea nelle disposizioni della legge italiana.

La prima forma di concorso è relativa all'eccitamento di più competenze sopra una medesima persona autrice di diverse violazioni della legge penale. Questa forma di concorso è denominata *concorso proprio* (4). La seconda forma è quella che deriva dal vincolo della connessità, ed è chiamata *concorso improprio*.

Il concorso di competenza può determinarsi sia per ragione di materia che per ragione del luogo.

Il criterio principale, adottato nella prima forma di concorso, come è stato formolato dal Lucchini, che fu il vero autore delle disposizioni di coordinamento pubblicate col regio decreto 1° dicembre 1889, consiste nell'aver voluto il legislatore evitare che una stessa persona autrice di più reati sia sottoposta a giudizî molteplici e successivi, e trovar modo che tutte le imputazioni si riuniscano, per quanto sia possibile, in un unico giudizio, affinchè si lumeggino a vicenda, in armonia ai principî del nuovo codice penale, miranti ad affermare la complessiva responsabilità del delinquente e all'applicazione di un'unica e medesima pena carceraria.

Con questo criterio, certamente commendevole sotto questo punto di vista, si credette porre in armonia non solo, per quanto era possibile, il concorso delle competenze col concorso dei reati disciplinati dal codice penale, attuare il principio della economia dei giudizî e rendere più celere la repressione, unificando il giudizio, ma anche offrire al giudice l'agio di avere dinanzi a sè tutta la figura del delinquente nelle sue varie manifestazioni criminose, e di adeguare meglio all'entità complessiva delle infrazioni una pena unica. E il Lucchini stesso aggiungeva, anche in seno alla Commissione, che, tolto l'istituto dell'assorbimento, e dovendo nel concorso dei reati seguire l'aumento delle pene, era logico affidare la cognizione di quelli ad un solo giudice. In verità obiezioni serie non furono mosse dagli oppositori, e la disposizione, così illustrata, passava nel codice di procedura.

158. L'articolo 19 modificato contiene la seguente regola: quando una persona commetta uno o più delitti di competenza della Corte d'assise e uno o più reati di competenza del tribunale o del pretore, nel medesimo distretto o in quello di altra Corte di appello, la cognizione di tutti appartiene alla Corte di assise, e si procede nel modo stesso con cui si procede pei reati di esclusiva competenza di questa. Qui la legge estende la competenza della Corte agli altri delitti di competenza del tribunale o del pretore, e ha luogo fra le due competenze il concorso, nel quale prevale la competenza statuita per il reato più grave. Onde il criterio unificatore è quello di raggruppare le varie imputazioni sotto la competenza del reato di maggiore gravità.

Nondimeno, il legislatore ha voluto stabilire a questa regola una eccezione. Se la Sezione di accusa, per la natura o il numero dei reati o per altre circostanze, lo creda conveniente, può rinviare l'imputato alla Corte di assise, al tribunale o al pretore distintamente per i reati di loro rispettiva competenza. Così, in tema di concorso di competenze, è lasciata arbitra la Sezione di accusa di derogare alla regola, secondo il suo subiettivo apprezzamento sulla convenienza della deroga. Il che equivale a porre la determinazione della competenza risultante dal concorso in balìa del magistrato di accusa.

159. La legge disciplina, nell'articolo 26, il concorso di competenze in ragione di luogo, formolando questa regola:

« Se la stessa persona sia imputata di più reati commessi nella giurisdizione di Corti diverse, la cognizione appartiene alla Corte nel cui distretto è avvenuto il reato più grave, o, in difetto, il maggior numero dei reati commessi. »

Qui, al criterio precedente di unificazione si aggiunge un altro: quello di attribuire la competenza, in mancanza di reato più grave, alla Corte nel cui distretto siasi perpetrato il numero maggiore dei reati.

Il legislatore, però, a nostro modo di vedere, ha immediatamente tolta ogni solidità ed efficacia alla regola, rimettendo all'arbitrio della Corte di cassazione la designazione della Corte che deve conoscere dei reati, su proposta e parere del pubblico ministero, ove i reati sieno della stessa gravezza e in egual numero, o se così il Collegio Supremo stimi opportuno nell'interesse della giustizia o in riguardo ad altre circostanze.

In tal modo la competenza è incerta, la norma instabile, osservabile o meno a talento del Pubblico Ministero e della Corte di cassazione, sopra apprezzamenti subiettivi e ar-

(1) V., in questa Raccolta, la voce **Alta Corte di giust.**, n. 108.
(2) *Foro pen.*, loc. sopra citato, § 30.
(3) Op. cit., n. 187.
(4) Lucchini, op. cit., 185.

bitrarî di fatti e circostanze, che il legislatore non ha creduto neppure di determinare. Talchè, in questa ipotesi, il concorso, come in quella dell'articolo 19, si determina colla estensione della competenza della Corte nella cui giurisdizione sia stato commesso il reato più grave. E, soltanto quando i reati sieno della stessa gravezza, si opera colla estensione della competenza della Corte, nella cui sfera si sia commesso il maggior numero di essi; ovvero, nel caso del 1° capoverso dell'articolo 26, colla estensione di quella designata dalla Cassazione.

La gravità del reato dev'essere misurata alla stregua del codice penale, non riguardo alla sua indole, ma alla quantità della pena. Onde, dato che un reato di lieve importanza relativamente alla pena, che, per la sua natura, sia deferito alla Corte di assise, esista nel novero di quelli perpetrati dalla stessa persona, non crediamo ch'esso possa determinare la competenza, sia nella ipotesi del concorso in ragione di materia, previsto nell'articolo 19, che in quella di concorso di competenze per ragione di luogo.

160. Una identica regola è stabilita nel concorso di competenze dei tribunali e dei pretori (art. 27).

Se una stessa persona sia imputata di uno o più reati di competenza dei tribunali, commessi nel distretto di un tribunale, e di uno o più reati di competenza dei pretori, perpetrati nello stesso distretto o in quello di altro tribunale, la cognizione di questi appartiene a quel tribunale nel cui distretto sieno stati commessi i reati più gravi; e la procedura sarà quella prescritta per i tribunali. In questo caso funziona lo stesso criterio unificatore: la competenza del tribunale, nel cui distretto sieno stati commessi i reati più gravi, si estende agli altri e dà luogo al concorso, nel quale è preferita.

Ma, anche in questo caso, la legge ripete la solita eccezione, lasciando arbitri il giudice istruttore o la Camera di consiglio di non osservare la regola, distruggere l'effetto del concorso determinatore della competenza, e rinviare al pretore l'imputato pei reati di sua competenza, ove lo stimino conveniente, per la natura o il numero dei reati, o per altre circostanze.

161. Passa poi il legislatore ad un'altra ipotesi.

Se la stessa persona sia imputata di più delitti di competenza dei tribunali penali, commessi nel distretto di tribunali penali dipendenti da Corti diverse, sarà applicata la norma della prima parte e del primo capoverso dell'articolo 26, cioè la cognizione di tali delitti apparterrà al tribunale nel cui distretto sia stato perpetrato il reato più grave, o, in difetto, il maggior numero di essi; ovvero, nel concorso degli estremi indicati nel 1° capoverso dell' articolo 26, a quel tribunale che verrà designato dalla Corte di cassazione. Questa designazione però sarà fatta dalla Còrte d'appello, se, nei casi preveduti nel 1° capoverso dell'articolo 26, i delitti sieno stati commessi nel distretto di più tribunali dipendenti dalla medesima Corte (art. 28).

Lo stesso art. 28, ult. capoverso, contempla anche il concorso della giurisdizione dei tribunali penali con quella di magistrature speciali, e applica la medesima regola fondamentale del secondo capoverso dell'articolo 26 innanzi esaminato.

162. Raccogliendo in sintesi le norme dettate dal legislatore, per disciplinare il concorso delle varie competenze, si constata questo fatto: che il legislatore ha creato un concorso di competenze, estendendo cioè qualcuna di esse al campo giurisdizionale riservato ad altre, in considerazione dell'unità del soggetto attivo delle violazioni giuridiche, per sottoporlo, possibilmente, ad un unico giudizio.

Questa forma di concorso presenta alcuni dubbî, sia riguardo ai principî generali di diritto in questa materia, che alla effettiva sua utilità.

L'ordine delle competenze non si dovrebbe turbare che in casi di necessità, quando non sia possibile, o, almeno, quando sia difficile, scindere le varie responsabilità, che entrino nella sfera di competenze diverse sia in ragione di materia, che di territorio.

È lodevole il pensiero della unificazione dei giudizî, come l'altro di presentare ad un solo giudice tutta la figura del colpevole; ma l'unificazione sovverte l'ordine delle giurisdizioni. Questo giudizio sintetico è necessario più all'antropologo o allo psichiatra, che al giudice, il quale ha l'unico còmpito di constatare il delitto e applicare la pena. Sarà bene per la misura di essa tener presenti le varie infrazioni, di cui si sia reso colpevole l'imputato; ma non bisogna illudersi scientificamente sulla esatta proporzione della pena al delitto. Si potrebbe con pari sicurezza affermare in contrario che dalle singole proporzioni e applicazioni di pene, fatte dai giudici naturali, risulti una maggiore e più esatta proporzione complessiva.

Un secondo dubbio deriva dalle gravi eccezioni create a quelle norme di proroga delle competenze, in quanto scuotono ogni solidità giuridica delle norme medesime, e, in definitiva, per la generalità e la elasticità loro, finiscono col rimettere la proroga o meno della competenza all'arbitrio del magistrato che rinvia l'imputato al giudizio. D'altra parte il titolo VII del libro 1° del codice penale provvedeva abbastanza all'aumento delle pene, in caso di più violazioni prima della condanna. Ma, tranne la ragione dell'economia dei giudizî, nel caso di prevalenza della Corte di assise, la ragione della migliore proporzione della pena non vale riguardo ai giurati, che sono i veri giudici estimatori dei fatti incriminati

§ 3. — *Concorso improprio.*

163. Norma generale. — 164. Cenno storico della connessità e principali opinioni in Francia. — 165 e 166. In Italia. — 167. Osservazioni in proposito. — 168. Scrittori più recenti. — 169. Vera teoria. — 170. Connessità personale. — 171. Connessità reale. — 172. Se i casi di connessità siano indicativi o tassativi. Dottrina. — 173. Giurisprudenza. — 174. Teoria da adottarsi.

163. Questa forma di concorso è stabilita in riguardo ai reati che si presentano fra loro connessi.

Nel codice di procedura penale, prima delle modificazioni del 1889, anche il concorso proprio dipendeva dal vincolo di connessione, che venne tolto per le ragioni innanzi espresse.

Il legislatore ha voluto nettamente sintetizzare i reati legati dal vincolo di connessione in due categorie:

a) quando essi sieno stati commessi nello stesso tempo da più persone riunite, o da diverse persone, ma per effetto di previo concerto fra esse, ancorchè in tempi e luoghi diversi;

b) quando gli uni siano commessi per procurarsi i mezzi di commettere gli altri, o per facilitarne o consumarne l'esecuzione od assicurarne l'impunità (art. 21).

Questa disposizione è letteralmente conforme a quella dell'art. 227 del codice d'istruzione criminale francese.

Il concorso per connessità è più razionale di quello relativo a più reati commessi da una stessa persona, perchè

nei reati connessi o non è possibile o difficile e piena di inconvenienti gravi la scissione dei giudizî.

Il Merlin afferma che la proroga della competenza per ragione di connessità dipende, più che da un principio di diritto, dalla necessità stessa delle cose, perchè la divisione dei giudizî nuocerebbe ai fini della giustizia penale, potendo riuscire incerte ed oscure le prove (1).

La connessità va distinta dalla reiterazione: quella importa un vincolo, una relazione giuridica fra i reati, questa la ripetizione di fatti singoli e indipendenti fra loro.

164. Per meglio intendere la teoria della connessità, è bene riandare la sua storia nel campo della legislazione francese, dalla quale è stata, nei medesimi termini e nella medesima formola, trasportata nel campo della legislazione italiana.

Prima della codificazione della legislazione di rito penale del 17 novembre 1808, cioè prima del codice d'istruzione criminale, in Francia la legge del 3 brumaio anno IV contemplava la connessità all'art. 234, ma non ne dava alcuna definizione giuridica. Nella elaborazione del progetto del codice d'istruzione criminale, la Commissione legislativa si avvide della difficoltà di dare una definizione, ma ritenne utile formolarla, e correggere quella proposta nel progetto, sostituendovi la dizione che si legge nell'art. 227 del codice, così concepita:

« Les délits sont connexes, soit lors qu'ils ont été commis en même temps par plusieurs personnes réunies, soit lorsqu'ils ont été commis par différentes personnes, même en différents temps et en divers lieux, mais par suite d'un concert formé à l'avance entre elles, soit lorsque les coupables ont commis les uns pour se procurer les moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution, ou pour en assurer l'impunité ».

E l'utilità di questa definizione si avvertiva da quella Commissione anche in rapporto alla disposizione dell'articolo 308 del progetto, divenuto poi l'art. 308 del codice, nel quale è detto: « Lorsque l'acte d'accusation contiendra plusieurs délits non connexes, le procureur général pourra requérir que les accusés ne soient mis en jugement, quant à present, que sur l'un ou quelques-uns de ces délits, et le président pourra l'ordonner d'office ».

Si scorge come interessava, anche sotto questo rispetto, per l'applicazione della trascritta norma procedurale, concretare in una formola sintetica il concetto giuridico della connessione.

Non v'è stato scrittore in tema di procedura penale in Francia, che non si sia occupato della teoria della connessità; e la giurisprudenza ebbe occasione moltissime volte di emettere su di essa le sue decisioni.

Tra gli altri, è notevole l'Ortolan, il quale, discorrendo della connessione, si esprime:

« La pluralité des délits peut s'offrir aux criminalistes avec cette circonstance, que des délits multiples, soit qu'ils aient tous été commis par un seul et même agent, soit qu'ils l'aient été chacun par un agent différent, se trouvent mis entre eux par un certain lien rattachant logiquement l'existence de l'un à celle de l'autre. Cette sorte de relation se désigne sous le nom de connexité ».

Dal punto di vista filologico, egli osserva, la connessità e la complicità hanno una idea comune, quella di un *legame*. L'una si riferirebbe a un legame esistente fra più delitti; l'altra a un legame esistente fra più autori di un medesimo delitto. Nella prima, vi sarebbe pluralità di delitti con unità o anche pluralità di agenti; nella seconda, unità di delitto e pluralità di agenti.

La connessità, secondo l'egregio scrittore, può derivare da diverse cause; e i casi sarebbero così numerosi e varî, che sarebbe impossibile al legislatore comprenderli tutti in una sola formola. Il legame più importante della connessità consiste nel principio di causalità.

Anche qui le cause sarebbero varie: cause *intenzionali* e cause solamente occasionali. Le prime sono più intime e più strette. Vi sarebbe la causa intenzionale, quando un delitto sia stato commesso per preparare o eseguire un altro delitto, o per assicurarne il profitto o l'impunità. I delitti possono essere commessi da una sola o più persone: nel primo caso, la connessione è più intima e più potente. Quando i delitti derivano da una medesima causa, l'identità della causa genera la connessione. Sotto questo riguardo si devono considerare: *a*) il concerto preventivo, l'unità di scopo; *b*) l'unità di circostanze determinanti od occasionali, in cui figura unità di tempo e di luogo (come una sommossa popolare); *c*) l'unità di spinta criminosa o di motivi (come l'odio verso una stessa persona, che spinga più individui a delinquere contro di essa).

Al di fuori di questi legami, prosegue l'autore citato, possono esisterne altri, come l'unità di persona, cioè del soggetto attivo e passivo del reato, l'unità di diritto violato, l'unità di mezzi: ma tutti questi legami non sono così forti come i primi. E dalla varietà dei casi della connessione e dalla impossibilità di una formola sintetica che li comprenda, segue la conseguenza, che la proroga della competenza per connessità debba essere lasciata alla prudenza dell'Autorità giudiziaria, trattandosi di un apprezzamento di fatto. Tale è in sintesi il pensiero dell'illustre penalista (2).

Il Carnot scrive che il motivo della disposizione relativa alla connessità è quello di ottenere sull'obietto del giudizio tutti gli elementi ch'è possibile procurare; e che, se fosse possibile alla Sezione d'accusa d'isolare i delitti e di non provvedere su di essi con una sola sentenza, ne verrebbe che a ciascun delitto dovrebbe corrispondere un dibattimento particolare: il che distruggerebbe l'unità della persecuzione penale e delle azioni, necessaria per giungere allo scovrimento integrale della verità (3). E nelle sue *Observations additionnelles* aggiunge che, malgrado la connessità fra i crimini e i delitti, la Camera d'Accusa non sia tenuta a pronunciarne la riunione: « leur connexité peut bien être un motif légal de la prononcer, mais elle ne doit pas nécessairement l'opérer; elle ne devrait pas même être prononcée, s'il pouvait en résulter des retards qui nuiraient à l'action de la justice » (4). E nota che la dottrina della connessione non sia stata affidata ad una formula vaga e indeterminata, come nella precedente legislazione.

Entrambi questi scrittori affermano che la proroga della competenza per connessione sia non obbligatoria, ma facoltativa.

Dal complessso, invero, delle disposizioni del codice di istruzione criminale francese, risulta che la proroga della

(1) *Répertoire*, voce *Connexité*, § 2.

(2) Ortolan, *Eléments*, tome premier, chap. III, tit. IV, partie II, n. 1233 e segg., Paris, Plon, Nourrit et Comp., 1886.

(3) Carnot, *De l'instruction criminelle*, tom. II, art. 226.

(4) Loc. cit.

competenza per causa di connessione è rimessa all'estimazione e alla prudenza del magistrato di accusa. Questo concetto si ricava specialmente dagli art. 226, 308, 526 e 540 di quel codice. Talchè il magistrato ordinario, al quale è devoluto un reato connesso con altro, e assegnato e portato alla cognizione di un diverso giudice, non potrà mai, per ragione di connessità, dirsi incompetente.

165. In Italia, nella cui legislazione di rito penale è passata la formola sintetica della connessione, escogitata dal legislatore francese, hanno trattato scientificamente della connessione, a preferenza degli altri, il Nicolini e il Pescatore.

Il Nicolini considera la connessione sotto tre principali rapporti: *a*) in rapporto alla identità del tempo e del luogo in cui i delitti sieno commessi; *b*) in rapporto all'unità del disegno, che, concepito precedentemente, lega insieme più reati e li coordina ad un unico fine; *c*) in rapporto alla causa, quando cioè un reato sia causa principale della perpetrazione di altri. Sotto il primo aspetto, sarebbero connessi i reati commessi nel medesimo tempo e nel medesimo luogo da più persone riunite, benchè senza precedente concerto. Sotto il secondo aspetto, sarebbero congiunti dal vincolo di connessità i reati, o quando in tempi diversi, in luoghi diversi e da diverse persone sieno perpetrati in seguito a concerto formato preventivamente fra loro, o quando un reato sia stato commesso per procurare il mezzo a commetterne un altro già meditato o per facilitarne l'esecuzione o completarla. E sotto il terzo aspetto, si dovrebbero considerare connessi quei reati, dei quali uno sia commesso per cogliere il frutto del primo o per assicurarne la impunità.

Molte volte, egli aggiunge, di più reati connessi della prima categoria si fa uno solo di carattere e importanza assai grave (1).

E altrove:

« Triplice può essere la connessione di più reati fra di loro, e triplice egualmente quella di più rei fra loro. L'una e l'altra connessione può intervenire nei fatti costitutivi dei reati; l'una e l'altra nelle circostanze accidentali; l'una e l'altra nella sola intenzione dei delinquenti, la quale leghi più reati che non avrebbero altrimenti alcun nesso, o più fatti, rendendoli elementi di un solo reato, e concordandoli insieme e facendoli cospirare ad un fine » (2).

Delle tre classi dei reati connessi, egli definisce la prima come quella in cui un reato sia istrumento e causa materiale dell'altro; e afferma che ciò possa avvenire senza intenzione diretta del delinquente di produrre quell'effetto, come nella maggior parte dei reati colposi e dei reati preterintenzionali; ma che di ordinario esista l'intenzione di far servire un reato di mezzo ad un altro; e che, in tal caso, questo reato, che serve come mezzo, si ravvisi *causa materiale* di quello, e quello *causa morale* di questo. Tale sarebbe l'omicidio volontario per mezzo dell'incendio: l'incendio costituirebbe la causa materiale dell'omicidio, il quale a sua volta sarebbe di quello la causa morale.

In tutta questa categoria di reati, tanto di colpa, che di dolo, egli continua, i reati non solo sono connessi, ma s'identificano fra loro, e la legge per lo più ne compone un solo, in guisa che di più reati il maggiore diventa reato principale e gli altri figurano come elementi o qualità aggravanti. Qui si verificherebbe l'unità di azione, quantunque non accompagnata sempre da unità di tempo e di luogo. Così accade nel caso di chi avveleni il vino e lo mandi lontano alla vittima, come dono; e così nel caso di colui che si componga una scrittura falsa, e questa diventi altrove la causa materiale di un falso giudizio.

In questa prima classe, può alcuno essere complice nell'uno e nell'altro reato, e verificarsi l'ipotesi della complicità corrispettiva; e può soltanto essere complice doloso nel primo reato e reo principale nel secondo, mentre l'autore del primo potrebbe essere solamente complice colposo del secondo, essendo l'un reato effetto materiale dell'altro; e può anche il reo principale o il complice di un reato non essere nemmeno reo di colpa nell'altro, quando egli non sia intervenuto che nel solo primo reato, del quale non abbia potuto prevedere le conseguenze, come accadrebbe nel caso di un fabbricante di armi vietate o di chi presta la sua opera ai soli primi atti.

La seconda classe dei reati connessi sarebbe costituita dal vincolo che hanno i reati fra loro nei fatti e nelle circostanze puramente accidentali. Tale è il legame nascente dalla sola unicità di tempo e di luogo, come i reati commessi in un istantaneo tumulto popolare e quelli perpetrati in rissa. Questa connessione talvolta si confonderebbe colla connessione derivante dal fatto, che un reato sia occasione ad un altro.

La terza classe comprenderebbe i reati il cui legame di connessità risieda nella intenzione del delinquente. Essa è la più vasta, perchè contiene anche la prima, quando si commette un reato perchè serva di causa materiale ad un altro, e contiene la seconda, quando si dia principio ad una azione criminosa, collo scopo di eccitare gli animi a commettere altre infrazioni punibili nel luogo e nel tempo medesimo.

Di questa terza categoria di reati connessi nota tre forme distinte. La prima si manifesta quando un reato è causa o concausa dell'altro, come nella ipotesi di due omicidi, dei quali l'uno sia commesso in persona di un testimone per sopprimere alla giustizia la prova dell'altro. La seconda forma appare quando un reato è semplice occasione ad un altro: così quando alcuno perpetri per vendetta un omicidio e dopo gli sorga l'idea del furto e s'impossessi dei valori che aveva addosso la vittima. La terza forma si esplica quando molti agiscano nello stesso luogo e tempo o in luoghi e tempi diversi, previo un disegno o un concerto generale, senza avere concertati o determinati i singoli reati.

Riguardo a tutte queste categorie di connessità e di complicità, il Nicolini scorge non essere ammissibile alcuna scissione nella prima, e potersi appena consentire una divisione di giudizio nelle altre. In tutti i reati connessi la competenza spetterebbe al giudice investito della cognizione del reato maggiore.

Dunque, tutta la teoria del sommo giurista sulla connessità si riassume, sostanzialmente, in tre concetti fondamentali: *a*) legame derivante dall'essere un reato strumento e causa materiale di un altro; *b*) legame puramente accidentale, nascente dall'unità di tempo e di luogo; *c*) legame che scaturisce dalla intenzione del delinquente, di carattere tutto morale.

Valuteremo a suo luogo l'importanza di questa teoria.

166. Un altro esame scientifico della dottrina della connessione è stato fatto da Matteo Pescatore (3). Egli distin-

(1) Nicolini, *Proc. pen.*, parte I, n. 68 e 69.
(2) Op. cit., parte III, n. 40.

(3) *Sposizione compendiosa di proc. pen.*, sez. III, cap. IX, Torino 1864.

gue, da prima, una pluralità di rei con unità di reato, una pluralità di reati con unità di fatti, e una pluralità di reati in corrispondenza di fatti distinti benchè connessi. Nell'ordine degli avvenimenti, il principio di tutte le connessioni possibili sarebbe il vincolo della *causalità*, purchè si ritenga che la causa sia fisica o morale, efficiente o occasionale.

Questo vincolo genera due forme di connessità, secondo che i due fatti provengano da una causa comune (rapporto di dipendenza da causa identica) ovvero l'uno è il generatore o la causa dell'altro (rapporto di causa ad effetto). Ciascuna poi di queste due forme si suddivide, secondo che la causa, onde nasce il rapporto dei due fatti, sia immediata o no, prossima o remota (causa diretta, causa occasionale).

Così il principio sommo delle connessioni sarebbe unico: la causalità; e quattro le sue forme: dipendenza dei fatti da una causa comune, e questa, alla sua volta, in causa comune diretta e causa comune occasionale; relazione di causa ad effetto, e dessa, alla sua volta, in causa ad effetto diretto, e causa ad effetto occasionale.

I reati distinti, ma commessi previo concerto, entrerebbero nella categoria di quelli dipendenti dalla causa comune diretta; quelli non concertati, come se avvenuti in una sommossa popolare, entrerebbero nella classe dei reati dipendenti da una causa comune occasionale. I reati che servano ad altri, come quello che sia commesso per assicurare l'impunità di un'altro reato, appartengono alla categoria di quelli connessi per relazione di causa ad effetto diretta. I reati, invece, commessi per semplice occasione di qualche altro, come l'uccisione di un contravventore colto in flagranza, perpetrata da un agente della pubblica Autorità, senza necessità di difesa, appartengono all'ultima classe, cioè a quelli connessi per relazione di causa ad effetto occasionale.

Costruita così la dottrina della connessione, la paragona con quella sanzionata dal legislatore, e viene a queste conseguenze: *a*) che la legge tacque del sommo principio di causalità; *b*) che contemplò la specie invece del genere; *c*) che delle quattro forme distinte contemplò solo tre, cioè la causa comune diretta (concerto), la causa comune occasionale (riunione), e la relazione di causa ed effetti diretti.

167. Le due teorie dell'Ortolan e del Pescatore, come si scorge chiaramente, hanno un punto comune: il principio di causalità, colla differenza che, mentre l'Ortolan considera questo principio come il legame più importante o la fonte più vasta della connessione, il Pescatore lo ravvisa come l'unico principio generatore di ogni possibile forma di essa. Il ragionamento dell'illustre giurista italiano è più strettamente scientifico. Ma su entrambe queste dottrine sembra possa meritare la preferenza quella del Nicolini, la quale non si fonda esclusivamente o principalmente sul principio di causalità; essa è più ampia, e comprende e spiega tutte le possibili e molteplici forme della connessità, congiuntamente ai casi della complicità. Infatti, dare una sconfinata estensione al principio di causalità, anche in modo indiretto ed occasionale, non corrisponde al concetto vero di un vincolo, che lega più delitti fra loro e giustifica uno spostamento di competenza.

Il concetto di una causa indiretta ed occasionale è così ampio ed elastico, che potrebbe comprendere una moltitudine di fatti distinti, che il legislatore non ha considerato nè ha potuto considerare connessi. Può esistere una causa indiretta ed occasionale, e può non esservi il legame della connessione. Così, nei due fatti tipici che il Pescatore presenta come esempî dei reati connessi per causa comune occasionale e per causa ed effetto occasionali, la connessità, quanto al primo, è indipendente dalla idea di causa, ma risiede nel concetto dell'esistenza di alcune circostanze di luogo e di tempo, che, per essere identiche, rendono necessario, o, almeno, opportuno un solo giudizio, quasi che i delitti perpetrati nel medesimo tempo e nel medesimo luogo da più persone costituissero una manifestazione varia, multipla di un grande fatto collettivo. Non la causa comune occasionale li lega, ma l'unità obiettiva del tempo e del luogo, in cui furono commessi. Che esista la causa occasionale, sarà pur vero, ma non è questa la generatrice della connessità. E quanto al secondo fatto tipico, non sussiste alcuna connessione.

Nemmeno il principio di causalità direttamente operante spiega e crea il legame della connessione. Esso può esistere come causa comune dei reati, o in quanto sieno commessi dal medesimo soggetto attivo, o in quanto derivino da una medesima risoluzione criminosa di una stessa persona, o da una identica risoluzione di più persone, o dalla comune opera criminosa di esse. Nel primo caso, può o no sussistere il vincolo della connessità, perchè possono più reati essere perpetrati da uno stesso soggetto attivo e non essere connessi, come chi, distintamente, commetta un omicidio, un furto, un incendio, un ratto, che non abbiano fra loro nulla di comune, tranne che l'origine, l'attività criminosa che li ha causati. Nella seconda ipotesi, si può verificare o no la connessione, indipendentemente dalla unità della risoluzione delittuosa, e può aver vita o un reato continuato, considerato come unico dalla legge, o una pluralità di reati distinti, a seconda che sussistano o no le condizioni giuridiche della continuazione. Tizio delibera e perpetra una serie di furti a danno di Caio, del quale gode la fiducia, e sarà responsabile di un solo reato continuato, trattandosi di più violazioni della medesima disposizione di legge, commesse, sebbene in tempi diversi, con atti esecutivi della stessa risoluzione criminosa. Il reato adunque è unico, almeno è considerato tale dalla legge, ed è vano parlare di connessione. Ma se Tizio delibera, con una sola risoluzione criminosa, di uccidere due suoi nemici o di ucciderne uno e incendiare la casa ad un altro, senza che questi reati abbiano alcun rapporto fra loro, non è possibile giuridicamente scorgere alcun legame di connessità. Nel terzo caso, può esistere un concorso di più persone in più reati, ma questi saranno o non saranno connessi, secondo che avranno o no un rapporto di connessione fra loro, perchè possono benissimo essere distinti e ciascuno seguire la propria competenza ordinaria. Così, due persone deliberano di uccidere due comuni nemici, viventi in luoghi diversi, o di ucciderne uno e rapire la figlia ad un altro; essi commettono certamente due reati distinti, indipendenti fra loro, non connessi: saranno entrambi coautori dei due reati, o uno autore e l'altro complice, ma i reati non cesseranno di rimanere separati e distinti.

La connessione adunque non dipende dalla comunanza o dalla unità della causa dei reati, ma da un legame o da un rapporto obiettivo fra loro, che merita di essere colto nella sua obbiettività giuridica e studiato.

La dottrina dell'Ortolan poi si dimostra manchevole, quando afferma che la connessità potrebbe derivare da una altra innumerevole serie di cause, come l'unità di persona, cioè del soggetto attivo e passivo dei reati, l'unità di diritto violato, l'unità di mezzi, e altri simili. Ora, tutto questo è apertamente erroneo, perchè lo stesso soggetto attivo può

essere causa efficiente o autore di più reati indipendenti fra loro e non connessi, come la stessa persona può essere vittima di più reati, di furto, d'incendio, di lesioni personali, di falso, di truffe e via dicendo: non, per essere questi reati tutti contro lei perpetrati, avranno il legame della connessità. Nè la unità del mezzo può crearlo, perchè, con un identico mezzo, si può giungere alla perpetrazione di una serie di reati distinti, e non per quello saranno connessi, tranne il caso, preveduto dalla legge, che alcuni reati servano di mezzo alla consumazione di altri: il che si chiarisce essenzialmente diverso.

E l'egregio scrittore finisce col cadere in un vizio di empirismo, conchiudendo che la connessione non possa essere sintetizzata in una formola scientifica, e debba essere, in una grande parte dei casi, lasciata all'apprezzamento del magistrato.

Più elaborata e più profonda delle altre è la teoria del Nicolini, che ha fondamento nella legge positiva, ch'egli autorevolmente e dottissimamente illustrava. Ma la sua, più che la costruzione scientifica di una teoria, che debba servire di norma ai legislatori, è una illustrazione lucida, esatta, scientifica del pensiero legislativo, ch'egli imprendeva a chiarire. In tutte le sue proposizioni, non c'è nulla che non sia rigorosamente vero ed esatto. L'art. 161 della procedura penale napolitana, sebbene un po' diversamente redatto e con maggiore precisione scientifica dell'art. 227 del codice francese, comprendeva, in sostanza, le identiche forme e categorie della connessità, e nessuno meglio del Nicolini rese aperta e chiara la dottrina accolta dal legislatore francese e dal legislatore napolitano: la sua illustrazione può servire agli studiosi della procedura penale italiana, nella quale è stata integralmente riprodotta la dottrina francese.

Tutti gli altri proceduristi non fanno, per lo più, che parafrasare o ripetere le parole del legislatore, intendendo solamente a dimostrarne il concetto. Ma la teoria della connessità è utile non solo nel puro campo scientifico, in quanto possa essere tenuta presente e accolta o altrimenti elaborata nel campo legislativo, ma anche nella sfera della interpretazione positiva, perchè può servire di guida nella valutazione della importanza scientifica e del valore del concetto adottato e codificato nella nostra legislazione, della estensione di esso, della sua maggiore o minore elasticità e della possibilità della sua applicazione ad altre ipotesi di fatto, non prevedute tassativamente dalla disposizione, sul cui ultimo punto sussiste tuttora vivissima la disputa specialmente nella dottrina.

168. Fra i proceduristi moderni italiani, che hanno tentato dare un concetto dottrinale della connessione, non si può tacere di Borsani e Casorati, i quali largamente commentando tutto il codice di rito penale italiano, hanno con molta dottrina trattato della connessità (1). Essi non si sono riportati al principio di causalità, alle dottrine escogitate dall'Ortolan e dal Pescatore, ma hanno avuto un maggiore intuito pratico, riguardando la connessità da un punto di vista obiettivo, e però da un punto di vista più vero, quantunque, come vedremo, le loro affermazioni non abbiano neppure quella determinazione scientifica, che sarebbe desiderabile. Essi hanno data della connessità una definizione ch'è stata quasi universalmente accolta, formolandola: un legame logico che unisce più reati fra loro. Ma, per quanto generale sia l'accoglimento di questa definizione e il plauso dato ad essa, non ci sembra accettabile, perchè manca di precisione scientifica. È così vaga e indeterminata che, dopo di essa, si sente ancora il bisogno di sapere in che cosa propriamente consista questo legame logico fra i reati, che si addimanda connessione. L'idea di legame logico è un'idea astratta, che non può intendersi in rapporto ai due termini fra i quali sussiste, se non si specifichi in concreto di che natura e carattere sia il vincolo. I legami possono essere vari e di natura assolutamente diversa fra loro: v'ha legami di mezzo a fine, di principale ad accessorio, di causa ad effetto, di occasionalità, di scopo, di partecipazione degli stessi soggetti attivi dei reati, dei reati col medesimo soggetto passivo, di mezzi adoperati alla perpetrazione dei fatti criminosi; vi può essere un legame di luogo e di tempo, fra i motivi del delinquere o le sue cause mediate o immediate. Vi possono essere così svariate forme di legami, che non hanno nulla di comune colla connessità! Dire, adunque, che questa sia costituita da un legame logico significa enunciare un concetto astratto e indeterminato, privo d'importanza giuridica, quando non s'includa nella definizione il carattere o la indicazione della vera essenza o la qualità sostanziale di questo legame. V'è sempre la necessità di chiarire in che il legame logico risieda e come si costruisca. Più che accettare siffatta definizione, inutile e astratta, è meglio non darne alcuna, perchè si manifesta più determinato e preciso il significato della sola parola *connessione*, che la frase generica e vaga di « legame logico », comprensiva di una moltiplicità infinita e varia di vincoli, che oltrepassano di gran lunga qualsiasi più esteso e generale concetto della connessione. Ed è meraviglia come quella definizione abbia potuto avere seguaci nella dottrina e nella giurisprudenza italiana.

Ebbe un concetto, sebbene anche vago, ma approssimativamente, a paragone degli altri scrittori francesi, più rispondente al tipo vagheggiato dal legislatore, il Trébutien (2). Egli, parlando della connessione, esprime questo concetto: v'ha dei casi in cui le infrazioni penali, quantunque distinte fra loro, si legano talmente che sembrano essere il risultato di un solo pensiero, e non si potrebbe apprendere il loro vero carattere e la loro gravità, che ravvicinandole e giudicandole insieme.

L'idea del giurista francese non è limpida: v'è un intuito ancora vago di un legame che il legislatore intende per connessità; ma non vi ha la spiegazione della vera natura di essa.

Fra gli scrittori italiani più recenti in tema di procedura penale, il Lucchini ha sinteticamente tratteggiata la connessità da un punto di vista più scientifico degli altri proceduristi. Egli ha definita la connessione: « una relazione di partecipazione o di altro rapporto che ne renda conveniente la persecuzione o discussione contemporanea e cumulativa » (3). L'illustre giurista, per la natura sintetica del lavoro, non aveva il cômpito di dare del rapporto di connessione più ampia spiegazione e chiarirne le forme e la estensione. Crediamo soltanto osservare che la formola della definizione appare troppo generale e può comprendere anche quelle relazioni che non sarebbero rigorosamente vincoli di connessità, perchè, come si esprime l'esimio autore, si estende ad ogni rapporto che renda conveniente la persecuzione o la discussione dei reati fra i quali sussiste. E, in ogni modo, pare che la formola lasci anche molto campo all'estimazione

(1) Op. cit., v. I.
(2) *Cours élémentaire du droit crim.*, tom. II, cap. IV, n. 403, Paris 1884.
(3) *Elem. proc. pen.*, n. 185.

e all'arbitrio prudenziale del giudice: il che va contro le stesse idee le quali presiedono a quelle disposizioni di coordinamento, che sono opera imperitura dello stesso giureconsulto.

169. Esporremo le nostre idee su questo importante argomento, movendo da principî fondamentali e sicuri, sui quali solamente è possibile costruire una solida teoria, conforme alla verità delle cose e all'ideale legislativo; e verremo poi a interpretare quale sia la dottrina obiettivata nel codice.

Il concorso di più persone in un medesimo reato crea fra esse un doppio vincolo comune: subiettivo, in quanto hanno voluto la medesima violazione giuridica, obiettivo in quanto tutte hanno dato opera ad essa. V'ha adunque la identità del fine criminoso, e la identità del diritto violato. E questa duplice identità li avvince al reato e li sottopone, per necessità, ad una medesima giurisdizione.

Il concorso di più persone si può determinare in più reati. In questa ipotesi, se avviene che tutti sieno concorsi colla volontà e coll'opera in ciascuno dei reati, si verifica il fenomeno giuridico che si osserva nel concorso in un reato unico: tutti, per ciascun reato, hanno comune la stessa volizione criminosa e tutti hanno partecipato alla medesima infrazione della legge penale. E, per ciascun reato, tutti devono essere sottoposti ad uno stesso giudice, per la inscindibilità dell'unico fatto criminoso. Ma, se sono distinte e diverse le competenze relative ai varî reati, ciascun reato segue la competenza assegnatagli dalla legge, e tutti i colpevoli sono conseguentemente rinviati a tanti giudizî diversi quanti sono i diversi magistrati competenti.

La duplice identità esiste fra i delinquenti e ciascun reato; ma quale relazione corre fra i varî reati? quella di essere causati da identiche attività criminose. Non altro adunque li lega che la identità dei soggetti attivi. Ora, questa sola identità non giustifica, nè razionalmente, nè di fronte alla norma positiva di rito penale, un vero legame di connessione, produttivo di proroga della competenza.

Proseguiamo nella indagine razionale. I varî reati possono avere un rapporto fra loro di principali ad accessorî, o di mezzo a fine; e questo rapporto li lega in guisa, che non possono essere considerati e giudicati in disparte gli uni dagli altri; altrimenti, sarebbe come tenere presente e giudicare l'accessorio indipendentemente dalla cosa principale, dalla quale dipende la sua esistenza giuridica, il mezzo dal fine, pel quale il mezzo stesso si è operato ed esiste. Questi nessi sono così intrinseci, così organici alla esistenza delle individualità giuridiche, che ne sono avvinte, da non consentire una separazione giuridica e giudiziale.

In questi reati adunque concorrono i seguenti elementi: *a*) identità di volizione o di fine criminoso; *b*) identità di diritto violato; *c*) rapporto di accessorietà o di mezzo a fine dei reati fra loro. I due primi elementi costituiscono l'ordine dei rapporti dei reati coi soggetti attivi; il terzo è il legame obiettivo fra i varî reati.

Non è possibile per tali reati scindere la competenza, senza snaturarli e venir meno ai fini della giustizia penale.

Inoltre può accadere che non tutti gli imputati sieno stati compartecipi di tutti i reati; ma chi dell'accessorio e chi del principale; chi dei reati serviti come mezzi e chi di quelli che costituivano lo scopo; e chi abbia avuto parte in uno e chi in un altro di essi. Mancherebbero per taluni concorrenti le due identità, relativamente ai reati, ai quali non presero parte. Ma la potenza organica del legame obiettivo, nella sintesi dei reati, non permette, neppure rispetto a quelli, la scindibilità, perchè questa in ogni caso snaturerebbe i reati, tutti vincolati da quel rapporto, renderebbe impossibile un giusto giudizio da parte di magistrati diversi e inattuabile in gran parte il fine supremo della giustizia punitiva.

Il rapporto di accessorietà dev'essere tale che non si possa concepire la vita del reato accessorio in disparte dall'esistenza del reato principale: l'uno deve dipendere dall'altro e non sussistere se l'altro non sussista.

Il rapporto di mezzo a fine deve intendersi in guisa, che, posti in relazione i reati fra loro, gli uni sieno serviti alla perpetrazione degli altri, o, almeno, a facilitarne l'esecuzione, o ad assicurarne il profitto o ad occultarli, sopprimerne le prove o, in qualunque altro modo, a procurare di essi la impunità. Esso può essere influente anche nella determinazione della penalità, come ai nn. 5 e 6 dell'art. 366 codice penale.

Ne discendono i seguenti corollarî: *a*) che debbano essere soggetti alla medesima competenza tutti gli autori o i concorrenti nei reati unici; *b*) che i medesimi autori di più reati distinti debbano naturalmente seguire la competenza di ciascuno di questi, ovvero essere rinviati ad un solo giudice, in virtù della teoria del concorso proprio, relativo alle persone autrici di più reati; *c*) che debbano essere giudicati da un unico magistrato i medesimi autori e concorrenti in più reati legati dal vincolo dell'accessorietà e da quello di mezzo a fine; *d*) che un eguale trattamento giuridico meritino i compartecipi di più reati connessi, come alla lettera precedente, quantunque tutti non abbiano preso parte a tutti i reati connessi.

Tale, secondo il nostro avviso, è scientificamente la costruzione della vera teoria della connessità. Rimane a vedere come sia stata positivamente costruita nella legislazione vigente.

170. La prima parte dell'art. 21 formola quella che la dottrina addimanda connessità personale, che si verifica, cioè, col concorso della volontà o dell'opera di più persone pel raggiungimento di un solo scopo criminoso.

La prima proposizione del n. 1 richiede, come condizioni indispensabili, l'unità di tempo e la riunione di più persone, nelle quali fa consistere il vincolo della connessità.

La seconda proposizione del n. 1 prevede la perpetrazione dei reati da parte di persone diverse, quantunque in luoghi e tempi diversi, ma per effetto di previo concerto fra esse. Qui la connessità è costituita non dalla riunione delle persone o dalla simultaneità degli atti, ma dall'unità o dalla comunanza del fine, dal concerto fra le varie persone per commettere i reati.

Si è disputato in Francia e si disputa tuttavia in Italia, se il concerto dei delinquenti sia anche condizione della connessità prevista nella prima proposizione del n. 1. Ma è prevalente l'opinione dell'Hélie (1), che nega questa condizione alla classe dei reati simultaneamente commessi e in riunione di più persone. Di questa stessa opinione sono il Saluto (2) e il Borsani e il Casorati (3).

Il Saluto non richiede neppure una concordanza d'intento

(1) *Instr. crimin.*, vol. VI, pag. 656.
(2) Op. cit., vol. I, 221.
(3) Op. cit., vol. I, § 354.

criminoso nella prima categoria dei reati connessi, ma crede bastevole la contemporaneità della loro consumazione nella riunione dei colpevoli. Il Borsani e il Casorati però insegnano che, se non sia necessario il concerto per stabilire la connessità, occorra nondimeno la convergenza dei propositi o la intenzionale consociazione ai reati, senza la quale i fatti criminosi mancherebbero di legame.

L'opinione contraria, richiedente il concerto, è sostenuta, fra gli altri, dal Mangin (1), e dal Giuriati nel commento dell'abolito codice subalpino del 1848 (2).

In verità, la lettera e lo spirito della legge sono contrarî a questa opinione.

Il legislatore ha voluto il concorso di due condizioni obiettive: unità di tempo e riunione dei colpevoli. È indifferente che vi sia stato o no un preventivo concerto. Essa considera questi varî fatti come un fatto complesso, determinato dal simultaneo concorso di più persone riunite. Bastano la materiale riunione dei rei e la contemporaneità delle azioni violatrici; più in là è inutile la indagine. L'unica distinzione a fare sembra sia la seguente: se i fatti di ogni singolo colpevole costituiscano azioni isolate, indipendenti fra loro, o se appaiano come atti o parti di una sola azione complessa. Nel primo caso non sussiste alcun vincolo di connessione; sussiste nel secondo. Così, in una rissa o in un tumulto popolare, le singole azioni dei partecipanti si considerano come atti e parti dello svolgimento di un'azione complessa, di un più o meno vasto dramma criminoso. È inutile ricercare, come vorrebbero Borsani e Casorati, se nei colpevoli vi sia stata la concordanza degli intendimenti, perchè le singole volizioni criminose possono non essere identiche, comuni o concordanti, e possono concorrere allo svolgimento dell'azione collettiva. Il criterio fondamentale che deve guidare l'interprete è questo: egli deve guardare i fatti e l'opera di tutti da un punto di vista sintetico, e se, guardati da questo punto, i fatti tutti gli appariranno come una figura o un'azione complessa e collettiva, riterrà sussistente il vincolo di connessione.

171. La seconda parte dell'art. 21 contempla la connessità che la dottrina chiama reale, e si concreta in un rapporto di mezzo a fine. Avviene quando alcuni reati sieno stati commessi per procurarsi i mezzi di commetterne altri o per facilitarne l'esecuzione o per assicurarne l'impunità.

A ragione si distingue, nella dottrina e nella giurisprudenza, questa forma di connessione dalla correlatività e dalla occasionalità, perchè in queste due ultime non esiste alcuna relazione di mezzo a scopo. Quando un'offesa provochi di rimando un'altra offesa, o un reato sia di semplice occasione ad un altro, manca ogni intimo rapporto fra loro, ed è evidente che non vi sia alcun legame di connessità.

172. È importante questione se le forme di connessione sintetizzate dalla legge sieno tassative, ovvero sieno indicate semplicemente *demonstrationis causa*. Alcuni, come l'Hélie (3), il Saluto (4), la risolvono nel secondo senso, e affermano che la legge non crea, ma solamente enuncia la connessità in poche forme generali, e non esclude la possibilità che si verifichi in altri casi, fuori di quelli ch'essa indica.

La giurisprudenza francese e quella italiana, invocata da quegli scrittori, confermano il loro assunto.

Altri, come il Borsani e il Casorati, sono di contrario avviso, sostenendo non doversi estendere la proroga della competenza al di là dei casi tassativamente previsti dalla legge. La competenza, aggiungono essi, è guarentigia di libertà civile, perchè assicura ai cittadini i loro giudici naturali, e la riunione delle cause, invece, non è che un temperamento consigliato dall'economia dei giudizî e per il più agevole modo di amministrazione della giustizia penale.

Altra cosa è la riunione delle cause innanzi allo stesso giudice, e altra è quella modificativa della competenza, tanto vero che gli stessi giudicati delle Corti francesi richiamati dall'Hélie considerano la connessità sotto il primo aspetto.

In verità la grande maggioranza degli scrittori e dei giudicati propugna l'opinione, che i casi di connessità previsti dal legislatore siano semplicemente indicativi. Oltre quelli citati, che sostengono questa tesi, sono notevoli l'Ortolan, il quale aggiunge essere la proroga di competenza per connessione meramente facoltativa (5), il Carnot, che estende la connessità espressa dal legislatore ai casi simili. « Hors ces trois cas et les semblables, egli dice, il n'y a plus connexité aux termes de la loi » (6). Il Trébutien (7) constata che la giurisprudenza francese ha esteso ad altre ipotesi la connessione, e si mostra del medesimo avviso, fondandosi sulla disposizione dell'art. 307 del codice d'istruzione criminale. È sufficiente, egli aggiunge, che vi sia un qualche rapporto fra i reati, come pur rileverebbesi dalla storia di questo istituto, perchè l'antico diritto avrebbe ammessa la proroga della competenza per connessità nell'interesse della buona amministrazione della giustizia e nello scopo che ciascun reato fosse punito coi medesimi criterî di severità e con giusta proporzione. E seguono il medesimo ordine d'idee il Muyart Vouglans (8), il Jousse (9) ed altri. Anzi il Trébutien censura il codice francese, osservando che in questo si è confusa la indivisibilità colla connessità, mentre sono due cose affatto distinte. La connessità, egli dice, suppone delitti distinti, e la indivisibilità un delitto unico, e in caso che si avveri quella, la riunione delle procedure è facoltativa, e nella ipotesi della indivisibilità la riunione è necessaria, e tratterebbesi piuttosto di un solo procedimento (10).

Fra gli scrittori italiani è più comunemente insegnata la dottrina ch'è prevalsa in Francia. E, sopra tutti, la sostiene il Pescatore (11), deducendola da tutto il suo strenuo ragionamento sulla natura razionale e giuridica del rapporto di connessione.

173. La giurisprudenza si è mostrata del medesimo parere, anche in giudicati recentissimi.

In sentenza del 5 aprile 1895, la Corte di cassazione ripeteva l'insegnamento comune che il legame logico e di relazione bastasse a stabilire il vincolo della connessità (12).

Ma, in altra sentenza del 9 agosto 1895, la Cassazione

(1) *De l'instruction écrite et du règlement de la compétence en matière criminelle*, tit. V, pag. 436; Paris 1847.
(2) *Commento teorico-pratico*, ecc.; Torino 1863.
(3) Op. cit., vol. VI, p. 663.
(4) Op. cit., vol. I, p. 225.
(5) Loc. cit.
(6) Loc. cit.

(7) *Cours élémentaire du droit criminel*, tit. II, cap. IV, pag. 403.
(8) *Lois crim.*, tit. II, p. 13.
(9) *Inst. crim.*, tit. I, p. 506
(10) Op. cit., pag. 405.
(11) Op. e loc. cit.
(12) *Signori e altri* (*Giust. pen.*, vol. I, col. 543)

sembra che si mostri di un avviso diverso, perchè afferma: « nè connessione fra i reati può essere quando manca, come nel caso, la unione di più persone e il previo concerto fra loro, e quando risulta che gli uni non furono commessi per procurarsi i mezzi di commettere gli altri, o per facilitarne o consumarne l'esecuzione od assicurarne l'impunità, che sono gli elementi e la ipotesi della connessione preveduta dell'art. 21, nn. 1 e 2, pr. pen. (1) ». Senonchè, in un'altra decisione del 28 maggio 1896, ritenne che « l'art. 21 del codice di procedura penale non contiene regole tassative ed assolute, ma indica le norme in via semplificativa, secondo le quali l'autorità giudiziaria determina, nei diversi casi, se più reati sieno, oppur no, fra loro connessi. Quindi, laddove dall'indole dei fatti e dalle circostanze che li accompagnano, o dai mezzi di prova comuni sia dato rilevare che meglio si provveda all'interesse della giustizia con unico giudizio, senza danno degli imputati, ben può ravvisarsi la connessità. Si tratta di una questione di estimazione riservata al prudente arbitrio del magistrato, specialmente quando la diversità dei giudizî potrebbe condurre a contrarietà di giudicati » (2).

Non è possibile accogliere la teoria professata dalla Corte in questa sentenza, la quale allarga enormemente il campo della connessione e finisce col cadere nel vago e nell'indeterminato. Essa si risolve nell'ammissibilità di un arbitrio sconfinato dell'Autorità giudiziaria, in tema di determinazione e di proroga di competenza. Neppure i sostenitori della dottrina propugnante essere i casi dell'articolo 21 proc. penale previsti *demonstrationis causa* pervengono all'eccesso di rimettere al prudente arbitrio del magistrato la escogitazione della connessità, ovunque gli sembri che l'interesse della giustizia richiegga l'unità del giudizio. Con questa dottrina, ogni regola di competenza potrebbe divenire inefficace, e si sostituisce all'impero di norme fisse ed indeclinabili, che sono guarentigie della libertà dei cittadini, l'impero dell'arbitrio dei magistrati giudicanti. Ammesso pure che le ipotesi dell'art. 21 sieno dimostrative, al giudice non sarà mai lecito discostarsi dal tipo della connessità e dalle forme di essa avute in mente dal legislatore. Deve aggirarsi o in quei casi espressamente previsti, o, come scrive il Carnot, nei casi simili. Nè diversa è la teoria di tutti gli altri scrittori che seguono la comune dottrina.

In un'altra sentenza più recente, la Cassazione si è mostrata anche propensa ad ammettere su questa materia l'arbitrio in luogo della norma della legge. Infatti, essa afferma: « oltre i casi e le forme di connessità personale o reale, preveduti nell'art. 21 codice proc. pen., possono esservene altri fra reati avvenuti l'uno in occasione, se non in dipendenza, dell'altro. In questi casi il magistrato può ravvisare conveniente, per la economia dei giudizî e per un più facile accertamento delle prove, di procedere in unico giudizio per tutti i reati » (3).

174. Per noi, dato il nostro modo di vedere sulla competenza da regolarsi con norme fisse ed assolute, la proroga della competenza anche per connessione non può essere consentita che nelle ipotesi espressamente formolate dalla legge. Non crediamo che sia corretta la teoria comunemente sostenuta in Francia, che, secondo il codice d'istruzione criminale, la connessità sia stata espressa in modo puramente indicativo. Se si ponga mente alla storia della disposizione dell'art. 227, appare più conforme al pensiero di quel legislatore la dottrina contraria. Invero, come è risaputo, prima della codificazione del 1808, la teoria della connessità era abbandonata alla elaborazione scientifica e ai criteri dei magistrati; ma, nell'articolo 227 del codice d'istruzione criminale, si volle dare ad ogni costo una definizione del rapporto, per far cessare le arbitrarie estimazioni di esso, e perchè si credette che potesse influire sulla migliore determinazione della complicità e sull'applicazione dell'articolo 308. Nè le disposizioni degli articoli 226, 308, 526 e 540 del codice d'istruzione criminale sono sufficienti a giustificare quella dottrina. L'articolo 226 è così concepito:

« La Cour statuera, par un seul et même arrêt, sur les délits connexes dont les pièces se trouveront en même temps produites devant elles ».

Ora da questo precetto di legge non può trarsi alcun argomento a favore della teoria della semplice indicazione dei casi di connessità. Molto meno si può trarre dall'articolo 308, che contempla i reati non connessi.

L'art. 526 prevede il regolamento di competenza.

E l'art. 540 prevede il caso, in cui due giudici istruttori o due tribunali di prima istanza, posti nel circondario della medesima Corte di appello, abbiano presa cognizione dello stesso delitto o di delitti connessi. La Corte stabilirà quale giudice debba giudicarli.

Si aggiunge essere impossibile una formola sintetica comprensiva di tutti i casi di connessione. Ma appunto il legislatore ha scelto i casi più importanti, pei quali solamente ha creduto derogare alla competenza ordinaria.

Nella legislazione italiana, l'art. 21, quantunque letteralmente conforme all'art. 227 del codice francese, non può interpretarsi che come tassativo in ordine ai casi di connessione. Già la stessa dizione non ammetterebbe dubbio, così nella legislazione francese, come in quella italiana. Ma il concetto legislativo fondamentale circa la competenza e il carattere giuridico eccezionale della proroga escludono l'idea di una estensione indefinita della connessità oltre le ipotesi espresse nella legge. La competenza, come si è dimostrato, va regolata con norme fisse, deve essere attribuita dalla legge, e non essere abbandonata all'apprezzamento arbitrario dei magistrati. Si avvererebbe, in una materia così importante e così delicata, in una vera e propria guarentigia statutaria, una confusione o una incertezza relativamente ai giudici che devono giudicare della libertà e dell'onore dei cittadini. La competenza dipenderebbe, in una grande serie di casi, dalla maggiore o minore latitudine dei criterî dei diversi magistrati in ordine al vincolo di connessità, dal vario loro apprezzamento di fatto, che spesso riuscirebbe contraddittorio, differente da magistrato a magistrato, sempre arbitrario e incerto.

Questa teoria inoltre riesce pericolosa, perchè non è difficile, per lo scopo di una proroga di competenza, trovare fra diversi reati una qualsiasi relazione almeno di occasionalità, e in base ad essa si potrebbe impunemente violare l'art. 71 dello Statuto, sottraendosi i cittadini ai loro giudici naturali.

E se pericolosa è la teoria comune, la quale costruisce sul tipo delle ipotesi formolate nella legge tutte le altre possibili categorie di connessità, pericolosissima si manife-

(1) Conflitto in causa *Santoro* e *Marescalchi* (*Riv. Penale*, vol. XLII, pag. 373).

(2) Ric. *Loperto* (*Giust. Pen.*, vol. II, col. 700).

(3) Cassaz., 17 giugno 1896, *De Giorgio* (*Giust. Pen.*, vol. II, col. 918). — V. anche 22 novembre 1895, *Apice* e *Pirozzi* (*Riv. Pen.*, vol. XLIII, pag. 105).

sta la dottrina della Cassazione, che mette addirittura in balìa dei giudici la costruzione o la escogitazione di qualunque altra forma di connessione, benchè diversa dal modello legislativo, e possibile in ogni più varia relazione fra reati indipendenti e distinti.

È da augurarsi che le idee sulla competenza sieno più rigorose e che la dottrina e la giurisprudenza si ricordino essere quella una emanazione inderogabile della legge, non variabile da criteri subiettivi dei giudici. E questo concetto è stato maggiormente ribadito nelle modificazioni decretate per l'attuazione e il coordinamento del nuovo codice penale in rapporto alla procedura.

La Commissione che elaborò quelle modificazioni di coordinamento si tenne ferma all'idea fondamentale di una determinazione della competenza con regole fisse, togliendo tutto quello che, secondo le relative disposizioni procedurali allora vigenti, poteva sembrare lasciato al prudente arbitrio dell'Autorità giudicante; e, sotto questo punto di vista, essa venne nella risoluzione, tanto applaudita, dell'abolizione della facoltà della correzionalizzazione riservata dall'art. 440 alla Sezione di accusa.

Ora l'abbandono della determinazione della competenza, per qualsivoglia rapporto fra i reati, che, con criteri esclusivamente subiettivi, si stimi di connessione, all'arbitrio quantunque prudente e savio della magistratura, importa contraddire non solo ai concetti giuridici fondamentali della natura e dei caratteri dell'istituto della competenza, protetto dallo Statuto, ma anche ai principî più salienti che informano tutte le disposizioni modificative di coordinamento, adottate col decreto 1° dicembre 1889.

§ 4. — *Influenza della connessità sulla competenza.*

175. Regola. — 176. Concorso fra la competenza della Corte di assise e quella dei tribunali e pretori. — 177. Modo di rinvio. — 178. Se possa per reiterazione o connessione dichiararsi l'incompetenza. — 179. La proroga è limitata al giudizio.

175. La connessità modifica l'ordine delle competenze e sostituisce la potestà di un magistrato superiore a quella di un magistrato inferiore. La legge determina nell'art. 20 la influenza che il vincolo di connessità esercita sulla competenza, e stabilisce una regola generale e un'eccezione a questa.

La regola è la seguente:

Quando più persone sieno imputate di reati connessi fra loro, dei quali alcuni sieno sottoposti alla competenza della Corte d'assise e altri a quella del tribunale o del pretore, si sostituirà a questi la Corte di assise, giusta la norma, sopra illustrata, dell'art. 19.

È indifferente che i reati di competenza del tribunale o del pretore sieno stati commessi nello stesso distretto della Corte, o in quello di un'altra Corte di appello.

Eccezione: La Sezione di accusa però ha la facoltà di rinviare al tribunale o al pretore la cognizione dei reati di loro competenza, ove, per la natura o il numero di questi o per il numero degli imputati o per altre circostanze, lo stimi conveniente. Qui ripetiamo l'osservazione fatta a proposito del concorso proprio, che la facoltà concessa alla Sezione di accusa è così lata da distruggere ogni stabilità e solidità della regola.

Il legislatore poi ha voluto che la proroga della competenza, in ogni caso, non abbia luogo quando nessuno degli imputati soggetti alla competenza della Corte di assise si trovi presente al giudizio, perchè in tale ipotesi non interviene il giurì (art. 524 e seg. cod. proc. pen.).

Manca inoltre il fondamento giuridico del concorso, se la Sezione di accusa dichiari non esservi luogo all'accusa pei delitti di competenza della Corte di assise; e in questa ipotesi essa deve rimandare la causa per gli altri reati al giudice competente.

Questa è una conseguenza del principio giustificativo del concorso, il quale è solamente possibile quando il magistrato superiore deve esplicare la propria giurisdizione sul reato di propria competenza, connesso con altri deferibili alla cognizione dei magistrati inferiori. Ma, se l'obietto della sua giurisdizione venga meno, manca il concorso di questa con le giurisdizioni degli altri giudici inferiori; e, mancando il concorso, non può neppure sussistere una proroga di competenza.

176. La legge prevede, per ragione di connessità, il concorso fra la competenza della Corte di assise e quella del tribunale o del pretore, ma non fa menzione del concorso fra le competenze di più Corti di assise o di più tribunali o pretori fra loro. Il silenzio della legge, trattandosi di deroga alla competenza ordinaria, non autorizza l'interprete a creare un concorso là dove la legge ha taciuto, oltre quello espressamente contemplato.

Come il legislatore ha regolato il concorso in tema di reiterazione di reati di competenza di più Corti o di più tribunali, avrebbe parimenti regolato quello per connessione, se l'avesse voluto statuire. V'ha chi crede riconoscere una vera lacuna in questa parte della legislazione, perchè il vincolo di connessità è possibile anche fra reati di competenza inferiore a quella della Corte di assise (1). Nella precedente legislazione, l'art. 19 contemplava la connessione fra *crimini* e *delitti* commessi da una sola persona. Nel codice di procedura pubblicato nel 26 novembre 1865, in virtù della legge 2 aprile di quell'anno, che autorizzava il Governo ad estendere a tutto il regno il codice 20 novembre 1859, si introdusse la disposizione modificativa dell'art. 20, colla quale s'intese appunto colmare un vuoto, estendendosi l'influenza della connessità anche ai reati commessi da più persone; ma la si circoscrisse al concorso fra la competenza della Corte di assise e quella dei tribunali o pretori. Il che fa argomentare che la legge, deliberatamente, non ha voluto estendere più oltre gli effetti della connessità (2).

In lege condita, mancando una espressa norma di legge, che estenda il concorso alle competenze delle magistrature inferiori alla corte d'assise fra loro, non è possibile ammetterlo. Ma, *in lege condenda*, razionalmente, non accettiamo le giustificazioni dei citati scrittori. Sussistono, pei reati connessi di competenza di tribunali e pretori, le medesime ragioni che legittimano l'estensione della giurisdizione della corte d'assise. Nè vale obbiettare che la facoltà del giudice inferiore sia virtualmente inclusa in quella del magistrato superiore, perchè questo ragionamento potrebbe valere se si trattasse di deferire reati di competenza della corte di assise a quella del tribunale. La deroga della competenza, invece, per ragione di connessità, è consigliata dalla obiettiva necessità di un unico giudizio, in contemplazione di un nesso intimo, inscindibile, che lega varî reati fra loro.

(1) V. anche Mortara, *Giurispr. It.*, vol. XLVII: *Appellabilità delle sentenze penali in casi di connessioni o concorso di reati.*

(2) Vedi Borsani e Casorati, op. cit., § 362.

Quanto alle cause di competenza pretoria, indipendentemente da quelle deferibili ai tribunali, nè in caso di connessione, nè in quello di reiterazione, ha luogo una deroga di competenza *ratione loci*, perchè l'unità del giudizio per cause esclusivamente pretoriali non è stata ammessa dalla legge.

177. Quando si verifica la reiterazione, nella ipotesi dell'articolo 19, la Sezione d'accusa presso la Corte d'appello, nel cui distretto sia avvenuto il reato di competenza della Corte d'assise, è competente a rinviare a questa Corte anche le cause di competenza dei tribunali e dei pretori. Del pari, in materia di reati connessi, la Sezione di accusa presso la Corte di appello, nel cui distretto sia stato perpetrato il reato più grave, è competente a rinviare i reati minori alla cognizione della Corte di assise, quantunque vi sia stata già ordinanza di rinvio, da parte dell'Autorità competente, degli imputati al giudizio del tribunale o del pretore per i reati minori (1).

In verità, la legge non stabilisce espressamente come si debba praticamente eseguire la riunione delle cause di varie competenze; ma, logicamente, si argomenta dai capoversi degli articoli 19, 20 e 433 cod. proc. pen., il quale ultimo dispone che la Sezione d'accusa statuirà, con una sola sentenza, sui delitti e contravvenzioni contemplati nelle disposizioni degli articoli 19 e 20.

La Sezione d'accusa, adunque, dovrà giudicare non solo se per tutt'i reati presentati al suo esame, esistano contro l'imputato o gli imputati prove o indizî sufficienti di reità, per far luogo all'accusa e rinviarli al pubblico dibattimento innanzi la corte di assise (art. 431 e 437 cod. proc. pen.), ma anche se esista o no il vincolo della connessità, o se non sia conveniente, tanto in caso di reiterazione, che di connessità, disporre che i reati sieno portati separatamente alla cognizione dei rispettivi magistrati competenti.

La prevalenza della competenza della Corte d'assise, nelle ipotesi degli articoli 19 e 20, è stabilita dalla legge: è questa che attribuisce alla Corte la potestà di giudicare anche i reati minori connessi col delitto maggiore.

La Sezione di accusa non fa che dichiarare la estensione di questa potestà. Onde a noi pare che l'ordinanza di rinvio del giudice istruttore o della Camera di consiglio, quantunque non opposte, non abbiano la efficacia di distrarre dalla competenza della Corte di assise la cognizione dei reati inferiori. E qui sorge il dubbio se il Pubblico Ministero, come si è visto avere ritenuto la Cassazione, abbia la facoltà di rimettere gli atti alla stessa Sezione di accusa competente, perchè si pronunzi sulla riunione o meno delle cause. Si obietta che in questo modo si possa giungere all'annullamento o alla inefficacia di un'ordinanza di rinvio senza legittimo gravame, e anche da parte di una Sezione di accusa diversa da quella da cui dipende il tribunale o il pretore. Ma la obiezione non regge, perchè le ordinanze di rinvio del giudice istruttore o della Camera di consiglio non hanno virtù di giudicato quanto alla competenza, o, come suol dirsi, non sono attributive di competenza, come le sentenze della Sezione d'accusa. Il concorso delle competenze si opera per legge ed *ope legis* si determinano la prevalenza e la estensione della competenza della Corte di assise su quella del tribunale o del pretore, e, necessariamente, per l'intrinseco organismo della nostra legislazione, la Sezione di accusa presso quella Corte d'appello, nel cui distretto è avvenuto il reato maggiore, ha facoltà di ordinare il rinvio dei reati ad un solo giudizio, ovvero di mantenere, per ragioni di convenienza, la separazione dei giudizî.

Nel concorso previsto dall'articolo 27, la Camera di consiglio o il giudice istruttore presso il tribunale, nella cui circoscrizione è avvenuto il reato di sua competenza, ha facoltà di riunire i giudizi, o, per motivi di convenienza o di opportunità, mantenerli separati.

La disposizione dell'art. 27 però prevede anche l'ipotesi che i reati di competenza pretoria sieno commessi in distretto di altro tribunale: *quid iuris* se per questi reati sia avvenuto il rinvio al pretore da parte del giudice istruttore o dalla camera di consiglio di quest'altro tribunale? La legge anche qui designa come competenti, per la riunione o la separazione, la Camera di consiglio o il giudice istruttore presso il tribunale entro la cui circoscrizione si sieno perpetrati i reati di competenza di questo.

Nè questa competenza può essere loro sottratta da un'ordinanza dell'altra Autorità di pari grado.

I pretori devono dichiarare la propria incompetenza, in presenza della ordinanza di rinvio dell'imputato al giudizio del tribunale per il reato più grave.

Nella ipotesi dell'articolo 28, la Camera di consiglio o il giudice istruttore del luogo dove sia avvenuto il reato più grave o il maggior numero di reati ha facoltà di rinviare l'imputato per tutt'i reati allo stesso tribunale. Ed ove si sia avverato il contemporaneo rinvio dei reati meno gravi o del minor numero dei reati commessi ad altri tribunali territorialmente competenti, sorgerà il conflitto fra i diversi tribunali, il quale dovrà essere regolato colle norme stabilite negli articoli 732 e 743.

178. Può dubitarsi se, investito un tribunale o un pretore della cognizione di una causa, la quale, per le regole della reiterazione o connessione, si sarebbe dovuta deferire ad una Corte di assise, o, per la reiterazione, ad un altro tribunale, possa dichiarare la propria incompetenza.

Stabilito il principio, che il legislatore ha voluto creare un concorso di competenze e far prevalere quella della Corte o di un altro tribunale, secondo le norme sopra stabilite, si dovrebbe riconoscere che si tratti di una vera attribuzione di competenza derogatrice alla competenza ordinaria, e che il magistrato, il quale deve, nel concorso, cedere ad un'altra potestà, usurperebbe i poteri di questa, impossessandosi della causa, che la legge sottrae alla sua giurisdizione. Dovrebbe adunque dichiarare la propria incompetenza, a norma dell'articolo 345, se sia un pretore, e dell'articolo 395, se un tribunale.

In sostanza, l'intreccio delle varie competenze o darà luogo al conflitto, e questo sarà risoluto secondo le proprie norme, o a rinvio regolare giusta le prescrizioni degli articoli 19, 20, 24, 26, 27 e 28, o ad unilaterali dichiarazioni d'incompetenza da parte dei magistrati, alla cui giurisdizione si è derogato, da disciplinarsi a tenore delle relative disposizioni della legge.

Senonchè si segue generalmente, nella dottrina e nella giurisprudenza, una teoria completamente contraria, sotto l'influenza delle idee comuni, cioè che la proroga della competenza per ragione di reiterazione o di connessità sia veramente facoltativa: onde, se non esiste l'esercizio di questa facoltà, il magistrato adito, cui non si sia sottratta la cognizione del reato che per reiterazione o connessione gli si poteva sottrarre, rimane, come originariamente, competente.

(1) Cassaz., 16 novembre 1892 (*Foro Pen.*, parte II, pag. 173).

179. La limitazione della competenza, per ragione di reiterazione o connessità, dev'essere rigorosamente osservata nei termini segnati dal legislatore.

La legge deroga alla competenza ordinaria, in casi di reiterazione o di connessità, limitatamente al giudizio. Onde la istruzione deve seguire il corso ordinario e dev'essere fatta dalle Autorità inquirenti competenti per ciascun reato, indipendentemente dal fatto della reiterazione o del vincolo della connessità.

L'ordine del giudizio, il pubblico dibattimento, l'esaurimento orale delle prove, le solennità giudiziali, la forma e il modo della pubblica discussione, saranno integralmente disciplinati secondo le disposizioni e le norme relative ai giudizî svolgentisi davanti l'Autorità, alla quale è stata deferita la cognizione dei reati riuniti o connessi.

Senonchè, questa unità di giudizio e di sentenza non può sopprimere nell'imputato quei diritti che gli competerebbero, se i giudizî pei diversi reati fossero separati. E questo principio ha grande importanza in ordine ai gravami. Così, giudicati da un tribunale un reato di competenza propria ed un altro di ordinaria competenza pretoria, e pronunciata l'assoluzione dell'imputato pel primo, non può essere a costui precluso il rimedio dell'appello pel secondo. Nei soli giudizî davanti la Corte d'assise, non potendo il verdetto del giurì essere sottoposto ad esame di merito di altro magistrato, il principio non è applicabile.

GABRIELE FAGGELLA.

COMPLICITÀ. — Vedi **Partecipazione.**

COMPLICITÀ CORRISPETTIVA è il nome tecnico che l'antica giurisprudenza nelle provincie meridionali diede a quella forma di concorso che si verificava quando più persone prendevano parte a un omicidio o ad una lesione e non si conosceva chi fra esse aveva inferto il colpo.

Non è il solo caso della rissa, che molte legislazioni particolarmente contemplano, ma anche fuori di tale ipotesi può accadere che varî individui, in seguito ad accordo precedente o improvviso ed anche tacito, insieme si uniscano in una violenza d'onde segue la morte o la lesione di alcuno. Se è noto chi inferiva i colpi o in altro modo causò la morte o la lesione, questi risponderà dell'omicidio o del ferimento e gli altri saranno complici secondo le varie gradazioni di concorso nel fatto: se più furono quelli che infersero i colpi che determinarono le conseguenze verificatesi, tutti naturalmente sono ritenuti autori dell'omicidio o della lesione, ma se invece non si conosce chi precisamente quei colpi produsse, manca la possibilità di proporzionare per ognuno la pena a quel tanto che fu singolarmente operato.

Una cosa per altro si sa con certezza, ed è che tutti materialmente e moralmente parteciparono alla esecuzione dell'omicidio o del ferimento; bisogna dunque contentarsi di colpirli per quello che si sa che hanno fatto, per avere cooperato scientemente al delitto aiutandosi ed assistendosi scambievolmente, incoraggiandosi l'un l'altro, col fatto stesso della loro presenza concorrendo per questo a intimidire la vittima, a rendere più malagevole la difesa. Nella loro azione si estrinseca senza dubbio una forma di complicità reciproca, e siccome per i principî generali è indiscutibile che si possano imputare i complici quando anche sia rimasto ignoto l'autore del delitto, così il fatto che questo autore ignoto è necessariamente fra essi non può escludere la loro responsabilità nella parte nota che è la minore.

SOMMARIO.

CAPO I. — Cenni storici e di legislazione comparata.

1. Diritto romano. — 2. Diritto barbarico. — 3. Diritto canonico. 4. Statuti italiani. — 5. Opinioni di giuristi medioevali. — 6. Costituzione Carolina. — 7. Codificazione. — 8. Leggi italiane cessate. — 9. Legislazione straniera. — 10. Codice penale italiano.

1. Vanamente nelle leggi preromane e nel diritto romano antico si cercherebbero disposizioni sul proposito. Si sa del resto come dalle fonti del Digesto non sia possibile costruire una teorica generale sul concorso di più persone nello stesso reato, perchè i passi che si riferiscono a collettive partecipazioni trattano sempre determinati delitti speciali.

Secondo il carattere loro e la maggiore o minore gravità, sorsero le leggi dettate ad evitare la impunità per coloro che, pur non essendone gli autori principali, aveano nondimeno preso parte a un delitto, e la sollecitudine di provvedere volta a volta, come il bisogno suggeriva, senza seguire un principio generale regolatore, è fatta palese dalle contraddizioni che spesso si incontrano, dal vedere contemplate le più rare ipotesi e omessi invece i casi più comuni di complicità e infine dall'incertezza con cui talora si confondono immediati partecipanti, complici secondarî, favoreggiatori, ricettatori, e quelli perfino che omettevano le denuncie. Fu non di rado la ragione politica che impose severità ferocemente livellatrici, e ciò avvenne anche in tempi moderni come, per esempio, nella repressione del brigantaggio, ma sarebbe un assai grave errore, ben osserva Carrara (1), quello di argomentare da così fatte eccezioni lo stato generale e normale del diritto in una data epoca.

Anche col Castori è giusto riconoscere (2) il carattere essenzialmente processuale del diritto romano, così che, di fronte ai molti frammenti in cui sono regolate le forme del giudizio, pochi se n'hanno che definiscano i delitti o precisino le pene. Nel completo imperio del magistrato sembrava ai romani soprattutto importante che una Autorità competente pronunciasse, osservate le forme della procedura, mentre il contenuto della sentenza, sia in riguardo alla determinazione degli estremi costitutivi del reato, sia nei riguardi della pena da infliggersi, poteva abbandonarsi all'arbitrio del giudicante.

Certo è che solo nel diritto romano classico prevalse il concetto di una unità di reato con pluralità di soggetti, a traverso un processo lento di assimilazione con gli istituti civili (3), per il quale vediamo determinarsi la solidarietà nella pena di tutti i partecipanti al delitto, come se ciascuno di essi lo avesse da solo consumato, e la correalità delle obbligazioni nel pagamento della pena pecuniaria quando il

(1) *Reminiscenze di cattedra e fôro*, pag. 192; Lucca, Canovetti, 1883.
(2) Castori, nel *Completo Trattato di diritto penale*, edito dal Vallardi, pag. 524 e seg., vol. I, parte 3ª; Milano 1892.
(3) Ferrini, nel *Completo Trattato di diritto penale*, edito dal Vallardi, pag. 110 e seg., vol. I, parte 1ª; Milano 1890.

furto fosse stato commesso dalla famiglia, come se una sola persona l'avesse fatto. Gli interpreti disputarono sempre se la indiretta partecipazione al misfatto si parificasse nella pena all'azione principale, ma pare certo che ai primi tempi predominasse il principio della equiparazione; nè la cosa può far meraviglia, sia perchè è il sistema più semplice, sia perchè con criterî di penalità molto rigorosi non si possono valutare le possibili gradazioni di colpevolezza; neppure, a quanto può ritenersi, occorreva il reciproco accordo: ed è noto come Pomponio, riprendendo l'opinione degli antichi, decidesse che era da tenersi reo di furto colui che aveva consigliato a fuggire, per il solo fine di nuocere al suo padrone, il servo che poi casualmente fu preso dai ladri, e l'altro che con rossi panni fugò l'armento al solo scopo di danneggiare il padrone disperdendolo e senza alcun accordo coi ladri che poi se ne impadronirono.

Dato questo indirizzo, non avea naturalmente alcuna importanza la cognizione o la ignoranza dell'autore principale del delitto, uguale essendo in via generale il trattamento per tutti coloro che vi prendevano una qualsiasi partecipazione, sostanziale od accessoria, diretta o indiretta; ma, quando col prevalere delle *cognitiones extraordinariae*, poterono nello stesso delitto sorgere pene ineguali (L. 9, Dig., 48, 19, *de poenis*), arbitro essendo il giudice di proporzionarle tra i vari rei secondo la maggiore o minore parte presa nel delitto, potè essere oggetto di esame e di disputa la misura della responsabilità in tutti coloro che aveano preso parte a un fatto d'onde era seguita la morte o la lesione di taluno senza che si sapesse a chi propriamente dovessero attribuirsi tali conseguenze.

Più d'ogni altro puntualmente risponde sul proposito il frammento di Ulpiano nella legge Aquilia, XXXVIII, Lib. 9, Tit. 8, Dig. *Sed et si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint teneantur videamus. Et si quidem apparet cujus ictu perierit, ille quasi occiderit teneatur. Quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Julianus ait: et si cum uno agatur, coeteri non liberantur. Nam ex lege Aquilia quod alius praestitit alium non relevat, cum sit poena.*

A differenza dell'altro noto passo della legge Cornelia *de sicariis* (1), qui si fa completa astrazione dalla rissa e si considera soltanto la pluralità degli aggressori di fronte a una sola vittima, decidendo che, se è noto chi inferse il colpo letale, quegli solo è il colpevole dell'omicidio, mentre, se ciò non risulta, tutti i percussori rispondono della uccisione.

Una specie di responsabilità collettiva è in tutti coloro che percossero, benchè uno solo di essi sia l'autore della strage, e ripugnava che la giustizia dovesse rimanere contro di lui impotente per ciò solo che non si sapeva quale precisamente fosse fra gli individui che presero parte attiva al fatto. Tutti dunque rispondevano come se ciascuno di loro l'avesse commesso.

2. Non si hanno in argomento vestigia della legislazione di Teodorico, ma è da notare che forse una particolare disposizione poteva ritenersi superflua dal momento che il più severo criterio di equiparazione trattava ogni sorta di complici come gli autori principali del reato; ciò avveniva nel ratto, nella rapina, nel falso. Al pari dell'adultero era persino capitalmente punito chi avesse prestato la casa o la caverna per l'illecita unione o persuaso la donna a consentirvi.

Nel diritto longobardo invece il concetto giuridico regolatore sul concorso di più persone nello stesso delitto si allontana sensibilmente dal principio romano, facendosi più corretto e ragionevole nel proporzionare la pena all'azione effettivamente prestata dai singoli compartecipi. Infatti da molte leggi, quali per esempio: *de consilio mortis, de illicito consilio, de homicidiis liberorum hominum, de aggressione in vico facta, de furtis et de servis fugacibus*, ecc., si rileva che i concorrenti in un medesimo reato erano classificati in principali ed accessori. *Qui in capite sunt et sequaces ejus* (Gloss. Caroli Tocci *ad leg.* II, Tit. XVIII) (2). Per i casi di rissa non si distinguono le responsabilità e sono tutti quelli che vi partecipano considerati come agenti ed obbligati alla composizione, imperciocchè a tutti *auctores commotae rixae et pariter animati* appartiene il *litigium* senza distinzione tra capi e seguaci (Gloss. Caroli Tocci, Leg. 5, Tit. XVII). Così come nel fatto colposo *quanticumque fuerint*, che, attendendo al taglio di un albero, l'avessero lasciato cadere in guisa da cagionare la morte di un uomo (Leg. 5, Tit. IX), erano obbligati alla composizione, come sopra è detto, in conformità del principio espresso nel § 4 della legge Aquilia già citata (3). Ma in altre ipotesi di aggressioni collettive si distingueva la responsabilità dell'autore principale da quella degli altri, benchè per questi ultimi la pena si graduasse alla stregua di un criterio assolutamente empirico. E infatti noto come nei casi di *contubernium*, quando cioè una turba di uomini, sul cui numero disputano gli autori, ma che sembra dovesse essere dai quattro agli otto circa, si era radunata per commettere un reato, il capo è punito più dei seguaci, e questi, abbandonata ogni ricerca sulla misura del concorso effettivamente prestato, sono più o meno severamente trattati secondo la maggiore o minore vicinanza al primo, indice presuntivo del più efficace interessamento all'azione.

Un passo della legge dei Frisioni, nel caso di un uomo ucciso in sedizione o da turba di popolo e non possa sapersi chi sia l'uccisore, ad evitare l'eccessivo allarme che ne seguirebbe interpellando come di regola dinanzi ai dodici congiuratori, per sottoporle poi al giudizio dell'acqua bollente, tutte le persone che erano nel luogo ove tra la folla avvenne il delitto, fissa un termine, e stabilisce che i parenti del morto non abbiano diritto di sperimentare queste procedure che per sette individui. Se tra questi il reo non si palesava, gli altri non potevano essere molestati; ma è poco facile che nella pratica riuscissero quei sette a superare la prova (4).

Anche astraevano dal modo e dalla misura del concorso prestato dai singoli partecipi e quindi dalla cognizione dell'autore principale del reato, la disposizione dell'editto di Rotari (c. 127, 168), per cui nel caso di un omicidio o di un furto commesso unitamente da più persone era fatta facoltà ai rei di riunirsi fra loro per pagare fra tutti la composizione (*ut in unum componant*), e la legge Salica (*De homicidiis in convivio factis*, titolo XLVI), la quale voleva che i superstiti di una rissa rendessero convinto di omicidio

(1) *Si in rixa percussus homo perierit ictus uniuscujusque in hoc collectorum contemplari oportet* (Dig., XLVIII, Tit. 8, 13).

(2) Cajazzo, *Del concorso di più persone in uno stesso reato*, pag. 28 e seg. Firenze 1882, Pellas.

(3) *Si plures trabem dejecerint et hominem oppresserint aeque veteribus placet omnes lege Aquilia teneri.*

(4) Palmieri nel *Completo Trattato*, ecc., vol. I, parte I, pag. 367, e Castori, op. cit., pag. 549 e seg.

uno fra loro, diversamente dovevano tutti soggiacere alla pena del guidrigildo (1).

3. Nel diritto canonico, confondendosi spesso il delitto col peccato, anche il concorso morale bastava naturalmente a fondare l'imputabilità, e così ogni maniera di partecipazione immediata o mediata nel delitto si puniva ugualmente che l'azione principale. È altresì da notare che le pene canoniche, essendo poche e meno graduabili, non si prestavano generalmente alle distinzioni fra le varie responsabilità di agenti principali ed accessorî; la qual cosa dovea necessariamente influire nella ipotesi di ignoranza sull'autore materiale del delitto. Infatti, mentre per diritto romano, quando era noto quegli che fra i varî feritori avea inferto il colpo letale, era egli solo tenuto dell'omicidio, secondo le leggi canoniche invece tutti si ritenevano ugualmente colpevoli dell'omicidio. *Si plures una pugnantes ex repentina occasione aliquem occiderint, omnes fiunt irregulares, sive omnes inflixerint vulnera lethalia aut non lethalia, sive unus tantum. Nam, licet alii non vulnerarint, auxilium tamen praestiterint, et omnes habentur pro auctore* (Can. fin. XXII, 9, 8); ove anche trovasi questo altro passo che riporta l'opinione dei criminalisti: *Plures unum vulnerantes, pluribusque vulneribus occidentes, et si is vulnere unius fērierit, ut homicida jure canonum omnes puniantur, de civili vero is tantum qui occidit tenetur* (2). Solo l'indennizzo dei danni era limitato al vero uccisore.

Pertile (3) cita Lud. Germ. *Conv. magunt.*, 851, II: *Si plures contra hominem unum rixati fuerint, quicumque eorum plagam imposuisset, secundum statuta canonica ut homicida judicetur*, ecc. ecc.

4. La legislazione statutaria trattò a proposito dei singoli delitti e non come norma generale il tema del concorso di più persone nello stesso reato, che talora esplicitamente abbandonava all'arbitrio del giudice, il quale solo nell'esame dei singoli fatti può apprezzare rettamente la responsabilità incorsa nelle innumerevoli circostanze e maniere in cui può estrinsecarsi commisurandovi una pena proporzionata. Mentre il Pertile ritiene che gli Statuti italiani, cominciando dai più antichi, punivano generalmente nello stesso modo l'autore e il complice di un delitto, trovò invece il Cajazzo dai profondi studî e dalle estesissime ricerche di dover distinguere in varie categorie le leggi nelle quali è presunta la disuguaglianza della colpa, quelle in cui è presunta la uguaglianza e infine le altre che ammettono parità o diversità di trattamento secondo la natura qualitativa o quantitativa del concorso. Premessa questa sommaria notizia, diremo che come naturalmente non si trovano particolari disposizioni che puntualmente contemplino il concorso di più persone in un delitto, del quale non si scoprì chi fra i concorrenti fu l'autore diretto, in quegli Statuti e non sono forse i meno, i quali si uniformarono ai principî più severi del diritto romano proclamando una pena uguale per tutti i partecipi al delitto, così neppure fra gli altri Statuti che seguirono il più razionale indirizzo di una distinzione graduale nella responsabilità, si trovano frequenti e decisi precetti sulla materia. Pare si possa ritenere che gli Statuti di Valle Ambra (1208), di Sassari (1316), di Ascoli (1387), di Parma (1255), di Lucca (1308), sanzionando una pena più grave ai promotori della rissa e ai capi della congiura o ragunata, e una pena minore ai corrissanti e seguaci, astraessero dalla partecipazione effettivamente prestata da ciascuno nei fatti che della rissa o congiura o aggressione furono la conseguenza e si tenessero paghi di riconoscere la disuguaglianza del pensiero delittuoso più audace e quindi più gravemente punibile nei capi, benchè d'uguale efficacia si fosse anche eventualmente verificata l'opera di ciascuno.

Lo Statuto del popolo e Comune di Firenze ordinato e raccolto nel 1415, Rub. 125, Lib. 3, con assai curioso sistema di transazione, decimava sui rei e prescriveva che, se molti avessero partecipato a un omicidio tre soli si punissero di morte e gli altri più mitemente. E già in precedenza era disposto negli ordinamenti della giustizia del 1292 *(Delizie*, IX, p. 313) che, essendo molti quelli i quali fecero o fecero fare l'omicidio, il giudice dovea dai consanguinei dell'ucciso far scegliere un principale autore che solo di legittima pena sia punito fra i colpevoli che aveano consumato il fatto e un altro fra i mandanti, mentre gli altri come fautori si punivano per aiuto e favoreggiamento (4). Principio che si trova identico nelle costituzioni egidiane, *cas. de homicidio XVII*, pubblicate presso l'anno 1392 sotto il pontificato di Innocenzo VI°, per le quali la scelta dovea farsi dal giudice quando i consanguinei non l'avessero fatta o potuta fare (5).

L'origine e il carattere popolari di queste leggi considerava principalmente l'offesa privata nel delitto; la giustizia interveniva non, come più tardi fu inteso, a esercitare una funzione sociale nello interesse generale, ma più veramente e quasi soltanto a regolare l'azione promossa da chi fu vittima del reato. Dal diritto barbarico, e specialmente dal longobardo, come sopra vedemmo, i Comuni derivano questa facoltà negli eredi dell'offeso di scegliere fra i colpevoli, questa tolleranza, potremo anche dire, di accordi fra di loro, purchè uno di quelli che presero parte al delitto, risponda giustamente di fronte a chi subì il danno. Alla *comunità* è sino a un certo punto indifferente che questi sia Tizio piuttosto che Cajo, e l'incertezza sul diretto autore dell'omicidio o della lesione interessa naturalmente più d'ogni altro la parte lesa. Veda dunque essa di riconoscere il reo; ma la proclamazione alta ed esplicita di un principio più civile non si fa attendere molto, e nel 1450 gli Statuti di Verona (Lib. 3, cap. 36 R) dispongono, che se alcuno morisse di una sola percossa o ferita e di ciò fossero molti accusati, dovea il giudice diligentemente ricercare colui che di quella ferita era stato autore e quegli solamente sopportava la pena di morte. Agli altri si affligga la pena secondo che sarà ciascuno trovato colpevole; ma tale disposizione non avea luogo quando si trattasse di omicidî pensati o premeditati (6). Altrettanto era prescritto dallo Statuto di Pistoja R. 14, Lib. 18 e da quello inedito di Roma conosciuto sotto il nome di Codice Vaticano e che si ritiene del 1366. Quest'ultimo però puniva il capo della rissa più dei seguaci, e se in detta rissa *intervenerit homicidium, solvat caporalis de cujus parte non esset mortuus seu occisus . . . . . Et si mortuus vel occisus de neutrius parte esset, tunc caporales*

(1) Palmieri, op. cit., pag. 369 e 370; Cosentino, *Il codice penale*, pag. 293; Napoli 1879, Sarracino.

(2) Castori, op. cit., pag. 535; Cajazzo, op. cit., pag. 37.

(3) *Storia del diritto italiano*, 2ª ediz., vol. v, pag. 102; Torino, Unione tip. edit., 1892.

(4) Cajazzo, *Del concorso di più persone in uno stesso reato*, pag. 53.

(5) Cajazzo, op. cit., pag. 148.

(6) Cajazzo, loc. cit., e Pertile, op. cit., vol. cit., pag. 106, nota 85.

utriusque partis solvant dictas poenas homicidio quilibet pro mediate; ma contro i più concorrenti nelle offese corporali statuiva che, se vi era una sola ferita, uno soltanto rispondeva dell'omicidio, chè se *plures percussiones habebat tot valeant de homicidio accusari quot percussiones invenitur occisus habere mortales seu de morte suspectas* (1). Non diversamente lo Statuto di Neumarkt, 1235, § 16, stabilisce: *Homo vulneratus et vivens tot in causam trahere poterit, quot vulnera est perpessus* (2).

È noto altresì come nel medio evo le corporazioni si ritenessero capaci di delitti sempre che li commettessero come corpo, per esempio sopra formale deliberazione, nel qual caso tutti i componenti le corporazioni medesime erano puniti pel delitto commesso dal sodalizio, giungendosi talora sino alla totale distruzione del paese, come agli esempî citati dal Pertile (3). Il qual principio di responsabilità collettiva si mantenne anche in tempi assai recenti, malgrado l'avversione dei più saggi. Concedevasi soltanto generalmente di sostituire alla pena ordinaria una pena straordinaria più mite, poichè i giureconsulti insegnavano essere d'uopo diminuire la pena quando erano molti i delinquenti e segnatamente se non si sapeva con certezza a chi era da imputare la parte principale dell'azione.

5. *Si lapis est projectus de cenaculo et homo occisus, nec constat quis fecerit, poena pecuniaria imponitur omnibus, et ratione incertitudinis commutatur personalis in pecuniaria* (Baldus ad Durant., IV, 4, *De homic.*). E Farinacio (quest. 96, 1): *Regula prima sit quod multitudo delinquentium facit minuere poenam; ubi presertim agitur de poena mortis, ne multorum strages sequantur;* e (ibidem 14): *Regula secunda sit, quod propter delinquentium incertitudinem minuitur poena* (21). *Quando in rixa a pluribus commissa reperitur mortuus, unico tantum vulnere affectus, ignoreturque quis ex rixantibus illud intulerit, tunc omnes absolvantur a poena homicidii et condemnantur in poenam extraordinariam arbitrio judicis* (25). *Idem sit quando quis est mortuus ex pluribus vulneribus et ignoretur quis ex rixantibus ea intulerit* (4).

Anche Renazzi (5) dice che, se parecchi commisero una uccisione in rissa, *tunc quoque locus erit poenarum severitatem aliquando remittendi, qui solum extra ordinem puniantur. Cum enim rixa duorum vel plurium contentio sit quae oritur ex improviso, patet in ea pleraque casu committi, pauca consilii*, ecc. ecc.

Così Menochio, Gandino ed altri: ma Claro (6) però sostiene doversi distinguere, oltre che possibilmente la natura dei colpi da ciascuno inferti, anche e più specialmente l'intenzione che animava i partecipi al fatto, concludendo che se la deliberazione di uccidere era comune, tutti erano da ugualmente condannare: *non enim est negandum quin etiam illi, qui non occiderint, praestiterint auxilium occidentibus.*

6. L'articolo 148 della Carolina (1532) dispone: « Quando parecchi di proposito deliberato, e formando il disegno di uccidere malignamente qualcuno, si prestano aiuto ed assistenza per riuscirvi, essi divengono tutti passibili della pena di morte. Ma se parecchi, trovandosi insieme fortuitamente in una rissa o in una lotta, s'aiutano l'un l'altro, e che qualcuno venga così senz'altra ragione ad esservi ucciso, quello fra essi che si riconoscerà aver inferto il colpo mortale, sarà condannato come omicida, a perdere la vita. Se quegli che rimase ucciso avea ricevuto più di un colpo mortale e pericoloso, senza che si possa sapere precisamente quale di questi colpi in particolare gli ha cagionato la morte, tutti coloro che gli hanno inferti i detti colpi, saranno ugualmente come omicidi puniti di morte; e in riguardo alla punizione degli altri assistenti, cooperatori e autori, dalla mano dei quali il morto non avrà ricevuto colpi mortali nella sopra detta maniera, e così pure quando in una rissa o sommossa qualcuno venga ucciso senza che possa scoprirsi colui che gli ha inferto il colpo come sopra s'è detto, i giudici devono indirizzarsi al consiglio dei giurisperiti comunicando loro tutte le circostanze e la situazione dell'affare tal quale avranno potuto scoprire, questa sorta di casi essendo soggetti a diversi giudizî secondo la diversità delle circostanze » (7).

7. Venendo alla codificazione moderna, diremo che generalmente i codici che sulla base di una transazione di prova hanno stabilito le diminuzioni di pena o la pena straordinaria negli omicidî volontarî o nelle lesioni commesse con la partecipazione di più individui senza che si conosca quale di essi precisamente produsse la morte o il ferimento, contemplano i casi di rissa, attacco, aggressione o simili; sarà dunque necessario per noi dare qualche cenno di legislazione moderna comparata, riportare o citare alcune di quelle disposizioni che potranno formare anche oggetto di esame nella trattazione della voce **Rissa**, quando esse siano informate a quel principio di responsabilità collettiva che si basa su una presunzione di prova, non interamente certa e che nella scienza e nella pratica va conosciuto col nome di **complicità corrispettiva**.

Trascureremo invece interamente quelle leggi penali che, seguendo un diverso indirizzo, elevarono a reato *sui generis* la partecipazione ad una rissa dalla quale sia derivato un omicidio od una lesione personale, indipendentemente dal fatto individuale di ciascun corrissante e senza tener conto della circostanza che sia rimasto ignoto o che sia conosciuto l'autore dell'omicidio o della lesione.

8. L'art. 390 delle leggi penali delle Due Sicilie disponeva: « Se in una rissa tra più individui segua un omicidio, chiunque dei rissanti abbia cagionato ferite o percosse pericolose di vita, sarà tenuto d'omicidio.

« Se però s'ignora chi ne sia stato l'autore, ciascuno che abbia presa una parte attiva nella rissa, offendendo la persona che è rimasta uccisa, sarà punito colla pena della ferita grave pericolosa di vita. »

L'articolo 286 del regolamento penale pontificio stabiliva: « Se tra più corrissanti che sostennero le parti contrarie all'ucciso s'ignora l'autore dell'omicidio vengono tutti puniti colla galera dai 5 ai 10 anni ». Per l'omicidio in rissa all'art. 280 era pena la galera perpetua.

---

(1) Cajazzo, *Del concorso di più persone in uno stesso reato*, pagg. 136 e 137.

(2) Pertile, *Storia del diritto italiano* già citata, pag. 106, nota 85.

(3) L. c., pag. 104, nota 81.

(4) Pertile, op. e loc. cit.

(5) *Elementa juris criminalis*, Romae, Salomoniani, 1773 lib. IV, parte IV. cap. I, pag. 213.

(6) *Sententiarum*, Venetiis, Altobellum Salicatium, 1599, libro V, *Homicidium*. quaest. 30-32, pag. 32.

(7) Chauveau et Hélie, *Théorie du code pénal*. II 2591, 2ª, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1863.

Il codice degli ex-Stati estensi all'art. 372: « Se in una rissa insorta tra più persone qualcuno rimase ucciso, ognuno di quelli che hanno recato una ferita mortale è reo d'omicidio. Ma se non si conosce l'autore della ferita mortale o se la morte fosse stata prodotta dal concorso di più ferite, tutti quelli che hanno portato la mano sull'ucciso o che si sono in altro modo resi colpevoli del fatto dell'omicidio, saranno puniti coi lavori forzati per un periodo non minore di anni cinque ».

Il codice sardo, agli articoli 564 e 565 non mutati dal decreto luogotenenziale 17 febbraio 1861 per le provincie napoletane, comminava la relegazione non maggiore di anni dieci ed anche il carcere, avuto riguardo alla qualità o quantità delle ferite, alla qualità delle armi e alla parte più o meno attiva presa nella rissa, a tutti quelli che in una rissa nella quale alcuno era rimasto ucciso senza che si conoscesse l'autore della ferita mortale, avevano portato la mano sull'ucciso o si erano in altro modo resi colpevoli nel fatto dell'omicidio; e per i ferimenti analogamente stabiliva la pena del carcere estensibile a sei mesi se il fatto avea il carattere di crimine e il carcere estensibile a tre mesi o anche le pene di polizia se il fatto avea il carattere di delitto.

Per il codice penale toscano all'articolo 313, lettera *e*, se rimaneva incerto quale dei corrissanti avesse recato le ferite mortali, si punivano tutti con la carcere da uno a quattro anni. Ma, se era certo che alcuni dei corrissanti non aveano recato lesioni mortali, questi subivano la pena della lesione improvvisa commessa in rissa. E all'art. 335, lettera *d*, quando non era dato chiarire i veri autori delle lesioni, o l'offeso avesse riportato una sola lesione di cui non si era giunti a scoprire l'autore, tutti i corrissatori che avevano posto le mani addosso all'offeso subivano la carcere fino a due mesi in caso di lesioni leggere e da uno a sei mesi in caso di lesioni gravi o gravissime.

9. Il codice penale austriaco ai paragrafi 134 e 157 dispone che, quando l'uccisione o la grave ferita avvenuta in una baruffa, non si sa da chi sia prodotta, tutti quelli che hanno posta la mano sull'offeso, saranno dichiarati colpevoli dello stesso delitto di omicidio o di lesione corporale e puniti con una pena che è notevolmente minore di quella stabilita per l'omicida o il feritore conosciuti.

Uguali possono dirsi le disposizioni del codice spagnuolo (articoli 430 e 435) e di quello del Canton Ticino (articoli 304 e 314), e consimili nelle leggi criminali di Malta che non specificando sulle violenze o vie di fatto esercitate dai partecipi sulla vittima, solo esigono che si sia presa parte attiva alla rissa in opposizione alla persona rimasta uccisa o gravemente ferita (articolo 227). Il codice del Cantone di Valais, che adotta una tale transazione con relativa diminuzione di pena per l'omicidio (articolo 226), invece nell'articolo 253, che riguarda le lesioni personali, dopo aver detto che nei casi di rissa o di baruffa, se lo stato dell'offeso è la conseguenza del concorso di più lesioni, ciascun delinquente è punito come autore, aggiunge che, se gli autori delle lesioni non possono essere scoperti, tutti i delinquenti che non possono giustificare un loro grado minore di colpabilità saranno puniti come autori (1).

Anche il codice di Friburgo all'art. 132, lettera *c*, se gli autori delle lesioni mortali non sono conosciuti, punisce tutti quelli che hanno preso parte alla rissa come colpevoli di lesioni corporali gravi secondo l'articolo 143 dello stesso codice, a meno che non sia constatato che i colpi portati dall'uno o dall'altro dei prevenuti, non erano evidentemente di natura tale da produrre questo risultato. È il concorso, come si vede, della preterintenzione riprodotto poi nella lettera *d* dello stesso articolo 132 per il caso in cui nessuna delle ferite fosse per sè stessa mortale, ma che il loro concorso avesse causato la morte, ed è richiamata allora la prima parte del ripetuto articolo 132, che valuta l'intenzione dell'uccisore per ritenerlo o meno colpevole d'omicidio. E quando non si poterono conoscere gli autori delle lesioni dal cui concorso risultò la condizione dell'offeso, tutti i delinquenti che parteciparono alla rissa od all'attacco, se non possono giustificare un grado minore di colpabilità, vanno puniti come autori.

Il codice penale ungherese 27 maggio 1878, al § 308 della sezione XX, « Lesioni corporali » dispone che « se la grave lesione è da attribuirsi a più lesioni o non può determinarsi chi l'abbia recata, ciascun individuo che ebbe parte dolosamente nell'offendere è punito col carcere fino a due anni e con multa fino a duecento fiorini; se dall'offesa è derivata la morte di un uomo, ciascuno è punito col carcere fino a tre anni e con multa fino a quattrocento fiorini ».

Il codice penale svedese (§ 14), quando più individui hanno preso parte agli atti di violenza che hanno occasionate lesioni, dice che, se non può essere stabilito chi è l'autore o quali sono gli autori della lesione, ciascun individuo che avrà preso parte agli atti di violenza sarà punito, se la ferita è stata grave, con i lavori forzati per due anni al massimo o con la prigione di sei mesi al massimo, se la ferita fu lieve, con l'ammenda o con la prigione di sei mesi al massimo.

Il codice penale di Turgovia, allorchè non può essere stabilito quali dei partecipanti alla rissa sono gli autori delle lesioni speciali inflitte, ed allorchè queste lesioni non hanno generato, ciascuna a parte, ma solo per la loro coincidenza, il pregiudizio causato, dice che le pene stabilite contro i partecipanti alla rissa possono essere abbassate sino alla metà e può ancora essere applicata la specie di pena immediatamente inferiore; ma quelli dei partecipanti alla rissa che possono essere presunti di non aver cooperato alla lesione, non sono puniti o solamente colpiti di un imprigionamento o di un'ammenda (articolo 89).

Il codice penale del Canton Grigioni, dopo avere al paragrafo 37 stabilita una pena comune di reclusione per sei anni al massimo ad ogni partecipante alla rissa o alla baruffa allorchè le lesioni, quantunque di per sè stesse isolatamente non mortali, produssero la morte per la loro coincidenza, nel successivo paragrafo 38 commina la stessa pena quando gli autori delle differenti lesioni sono conosciuti, ma resta incerto quali fra essi ha portato una lesione mortale o non mortale. E se la morte fu occasionata da una o da più lesioni, di cui l'autore non può essere indicato, sono puniti colla prigione per un mezzo anno combinata o meno con l'ammenda, sino a due anni di reclusione (articolo 39).

Il codice di Sciaffusa all'articolo 148: « allorchè qualcuno fu ucciso in una rissa o in un attacco contro di lui diretti da più persone, senza però premeditazione, astrazion fatta dalle pene più gravi incorse dai singoli partecipanti, tutti quelli che hanno commesso vie di fatto sull'ucciso, sono

(1) Queste notizie di legislazione straniera sono nella massima parte desunte dall'opera O. Q. Von Zwinderen, *Esquisse de droit pénal dans les Pays-Bas et à l'étranger*, Groningue, Nordoff, 1891, pagg. 82, 83, 90, 93, 95, 96, 98, 99, 100.

condannati alla reclusione di 10 anni al massimo nei casi gravi e negli altri casi col primo grado di prigione ».

Disposizione che evidentemente è applicabile pure al caso in cui sia rimasto sconosciuto l'autore preciso della uccisione e si ispira al principio della complicità corrispettiva e non al sistema di considerare la rissa come reato di per sè stante, ciò che poi avviene col capoverso dello stesso articolo portante una pena maggiore o minore secondo la gravità dei casi ma sempre assai più mite per tutti i partecipanti alla rissa o all'attacco nei quali un individuo fu ucciso, senza in alcun modo specificare la misura e la natura della partecipazione.

Pressochè analoga può dirsi la disposizione degli articoli 157, 158 e 159 del codice penale di Lucerna.

Quello di Obwhalden all'articolo 75, allorchè qualcuno è ucciso in occasione di risse o baruffe, se le lesioni portate all'ucciso sono parte mortali e parte non mortali e se gli autori delle prime non possono essere trovati, punisce tutti i partecipanti come colpevoli di sevizie con la reclusione o con la catena sino a 10 anni: uguale è la pena, quando le lesioni non sono mortali separatamente ma a causa della loro coincidenza, per tutti quelli che hanno messo le mani sull'ucciso. Per le lesioni corporali avvenute in rissa applica poi agli articoli 84 e 86 queste massime: se le lesioni inflitte non produssero il risultato causato che per la loro coincidenza, i partecipanti che hanno cooperato a queste lesioni sono puniti con una stessa pena, tuttavia più leggiera di quella che avrebbe colpito secondo la legge colui che avesse solo occasionato il pregiudizio causato: quando è certo che solamente l'una o l'altra di queste lesioni ha avuto queste conseguenze, gli autori di questa lesione sono puniti con la pena portata contro un tal risultato; quelli dei partecipanti dei quali non può essere con certezza stabilito che hanno inflitto delle lesioni o quali lesioni, saranno puniti con la prigione o con l'ammenda combinate o no, e nei casi gravi con la reclusione.

Il codice penale di Berna all'articolo 143 riguardante le lesioni inflitte in una rissa, dice che, quando non è possibile trovarne gli autori, tutti i partecipanti alla rissa sono puniti come complici, ma se è stabilito con certezza che queste conseguenze non possono essere imputate all'atto di uno o di altro degli incolpati, questo partecipante non è punito che per ciò che può essere provato a suo carico.

Il codice francese, nel quale Chauveau e Hélie (1) lamentano la mancanza di una disposizione particolare ai concorrenti nella rissa, stabilisce però all'articolo 313 che le ferite o i colpi volontari commessi in riunione sediziosa, con ribellione o saccheggio, sono imputabili ai capi, autori, istigatori e provocatori di queste riunioni, ribellioni o saccheggi, i quali sono puniti come colpevoli di questi delitti e condannati alle stesse pene di coloro che li hanno personalmente commessi. Il campo è limitato, ma appare altrettanto severa la nozione di questo particolare vincolo di complicità in aperta contraddizione ai principî generali e che solo può giustificarsi col riflesso che i capi in queste turbe sono i più colpevoli, mentre i seguaci divengono nelle loro mani lo strumento del quale essi si servono, per commettere i reati.

10. Il codice penale italiano all'articolo 378 stabilisce che, quando più persone prendono parte all'esecuzione di un omicidio o di una lesione personale e non se ne conosca il preciso autore, soggiacciono tutti alla pena fissata per i detti reati diminuita da un terzo alla metà e sostituita all'ergastolo la reclusione per non meno di 15 anni.

Al cooperatore del fatto però non si applica questa diminuzione.

Capo II. — Dottrina napoletana.

11. Nicolini. — **12.** Zuppetta. — **13.** Criteri delle leggi napoletane sul concorso di più persone in un delitto. — **14.** Roberti. Romano. — **15.** Arabia. Altre forme di complicità corrispettiva.

11. Prima di esporre nel processo evolutivo della sua formazione, nel suo contenuto giuridico e negli effetti della sua pratica attuazione la nostra legge vigente, ci sembra, più che opportuno, indispensabile dare un cenno di quella dottrina napoletana, che, sôrta da una pratica illuminata e feconda, costituì il vero germe di questa specie di transazione fra la impunità a cui si riuscirebbe per la mancanza di prove e le troppo gravi conseguenze che deriverebbero dal calcolare sulla gravità oggettiva del fatto compiuto la pena per tutti quelli che in misura non interamente nota parteciparono a un delitto di sangue. Il principio riposa su un canone fondamentale ed inconcusso, cioè che non è necessario, perchè alcuno risponda di complicità, che si conosca l'autore del delitto al quale egli partecipò come complice; basta che sia conosciuto il fatto costitutivo della sua complicità, e la pratica napoletana battè risolutamente questa via.

Il Nicolini, che certamente contribuì molto a formarla, nella *Giurisprudenza penale* (2), osserva che, se all'uccisione di un uomo, avvenuta per un solo colpo, abbiano più rei cooperato, può ben non esser certo chi di loro vibrasse il colpo e non constare quindi dell'autore del reato, ma siccome costui è indubbiamente tra gli accusati d'aver preso parte al fatto, così possono bene essere tutti dichiarati complici corrispettivi, dovendosi però ricercare e spiegare se la cooperazione di ognuno sia stata tale che senza di essa il reato non sarebbe stato commesso per distinguere la responsabilità o di reo principale o di complice secondario con la derivante diminuzione di pena.

E nelle *Quistioni di diritto* (3), esponendo il caso in cui la Gran Corte avea dichiarato due donne rispettivamente complici ed autrici d'infanticidio, dopo aver rilevato la flagrante contraddizione del giudizio, chiaramente indica il criterio per il quale più persone, che abbiano partecipato alla uccisione, senza che si conosca quale di esse l'abbia direttamente commessa, sono a considerarsi corrispettivamente complici del delitto medesimo.

Si trattava di una giovinetta che, rimasta incinta del seduttore e sorpresa dal parto, s'era fatta assistere da altra donna; insieme avevano, secondo l'accusa, distrutto ed occultato il frutto dei clandestini amori, che fu trovato alcuni giorni dopo sepolto in un cesto di fiori. Come si poteva dire che entrambe erano state le autrici dell'infanticidio? Non è già, soggiunge, che la sola incertezza dell'autrice dello strangolamento della fanciulla debba rendere impunito un tanto misfatto, ma si doveva elevare la questione della loro complicità. Certamente il reato è stato commesso fra esse due, e poichè non consta se l'una, se l'altra, se entrambe ne siano state le esecutrici, niuna può essere dichiarata autrice;

(1) Op. cit., n, 2591.

(2) Livorno, Menzi, 1858, parte III, § 1097.

(3) Parte III, causa *Chiarazzo-Esposito*, pagg. 403-407. Napoli, Prete, 1889.

ma è dimostrato che, qualunque di esse fosse stata tale, poteva e forse doveva l'altra averne scienza e cooperarvi.

Non constando individualmente il più, può ben constare il meno, come può ben constare l'autore del primo, del secondo, del terzo, del quarto grado dell'azione, senza constare l'autore della consumazione. L'incertezza di chi di esse ne sia stata l'esecutrice principale non porta di necessità alla incertezza che l'una verso l'altra non ne sia stata almeno l'istigatrice, l'aiutatrice, la paziente ed approvante spettatrice. Può dunque non constare della tale autrice, e non di meno, quando consti che l'esecutore indubitatamente è tra molti, può anche constare che tutti ne siano consapevoli od almeno complici. L'essere state insieme, l'avere insieme occultato il piccolo cadavere, diventano elementi chiari della scienza colpevole e della partecipazione nel dolo d'un reato che indubitatamente vi è stato, che è stato fra quelle due, ma che individualmente non si conosce fra di esse a chi debba imputarsi. Se non che in questo caso, che appunto raffigura la *complicità corrispettiva,* sorge la necessità di un'altra questioue, cioè se siffatta complicità sia di primo o di secondo grado, per il principio che la pena non può colpire in massa un numero di rei, ma il tale o il tal altro individuo accertato reo del tale reato fino a tal grado d'imputazione.

Per il Nicolini ogni fatto criminoso comincia nella mente, procede poi per tutti i gradi che può avere la manifestazione del pensiero sino alla esecuzione, nella quale è il compimento della proposta azione. Questo corso può essere più o meno lungo, tortuoso e variato per infiniti accidenti. Arrestato in qualche punto prima della compiuta esecuzione, esso è apparecchio o attentato o tentativo o mancamento di effetto, ad ottenere il quale nulla è mancato per parte dell'agente. Compiuto, raccoglie in sè tutti questi elementi come in una somma; è perciò *summatum opus, consummatum, consumazione.* Quando il reato è consumato, questo suo corso non ne costituisce che la genesi. Ma sarebbe strano per un omicida se nella dichiarazione di reità si dicesse: *Consta che il tale abbia prima tentato e poi consumato il tale omicidio.* Disegnando la somma, in questa sono compendiate tutte le unità ch'ella rappresenta.

Intanto possono essere molti gli esecutori materiali di un reato, e può avvenire che all'esecutore o esecutori siansi aggiunti degli altri, i quali, senza esserne gli ultimi esecutori, abbiano però più o meno d'influenza nella esecuzione di tutta l'azione, o di parte di essa. Possono quindi esservi anche dei coesecutori, o nella sola preparazione, i quali però siansi ad essa arrestati, fino al solo atto che costituirebbe il reato tentato, o fino a quello che costituirebbe il reato mancato; il che modifica molto l'imputazione della complicità. Il trattato della complicità non è che la derivazione del trattato dei gradi della esecuzione, ossia del tentativo. Ma sempre che il reato sia consumato e i coagenti non abbiano messa la mano all'esecuzione ultima di esso, essi resteranno col carattere di complici. E ciò ne svela chiaramente che, se molti sono gli esecutori materiali all'ultimo atto che compie il reato, essi certamente sono complici fra di loro, perchè si aiutano tutti a vicenda e cospirano ad un fine, sono complici corrispettivi (1).

12. Zuppetta, riassumendo quasi matematicamente la teoria, proclama che, quando fra due persone (e sarebbe lo stesso se fossero più di due) una è certamente colpevole di un reato e l'altra è certamente innocente, laddove non resti chiarito quale propriamente sia la persona colpevole, il giudice dovrà necessariamente assolvere ambedue. Dal che legittimamente deriva che, quando fra due o più persone una è certamente colpevole di un reato maggiore e l'altra o le altre sono certamente colpevoli di un reato minore, senza che rimanga chiarito quale propriamente sia la persona colpevole del reato maggiore, tutte dovranno condannarsi alla pena corrispondente per il reato minore.

Da queste premesse germoglia la dottrina della complicità corrispettiva, secondo la quale, quando fra due individui (e sarebbe lo stesso se fossero più di due) uno è certamente autore e l'altro è certamente complice dello stesso reato, senza che resti chiarito quale propriamente sia l'autore e quale il complice, vanno entrambi dichiarati complici, e come tali condannati.

Si dovrà però esaminare se la complicità è primaria o secondaria, perchè nel primo caso la responsabilità e la pena sono equiparate a quella dell'autore principale del delitto, mentre nel secondo, con la diminuzione di pena, riluce il benefico influsso della complicità corrispettiva (2).

Ecco come si avvisava questa presunzione di prova collettiva, disciplinandola però ai varî gradi di complicità col criterio generale che anche in seguito fu da non pochi sostenuto, malgrado la grande e forse insormontabile difficoltà pratica di misurare esattamente la quantità di concorso prestata dai varî compartecipi in un fatto, nel quale molto rimase ignoto se non si potè conoscere l'autore principale.

13. Ma, per intendere esattamente il principio, è indispensabile riportarsi ai criteri dominanti sia nella dottrina che nella legislazione del tempo in materia di concorso di più persone in un delitto. L'articolo 74, il primo del capitolo V, intitolato «De'complici», delle leggi penali del 1819, diceva complici di un reato: 1° coloro che avranno dato commissione o mandato per commetterlo; 2° coloro che per mezzo di doni, di promesse, di minaccie, di abuso di autorità o di potere, di macchinazioni o artifizi colpevoli lo avranno provocato, o avranno dato istruzioni per commetterlo; 3° coloro che avranno procurato armi, istrumenti o altri mezzi che han servito all'azione, sapendo che vi dovevano servire; 4° coloro che scientemente avranno facilitato o assistito l'autore o gli autori delle azioni nei fatti i quali le avranno preparate, facilitate o consumate. E il successivo articolo 75 comminava ai complici le pene stesse degli autori principali del reato, ma per quelli designati ai numeri 3 e 4 del precedente articolo diminuiva la pena di uno o due gradi perchè la loro sciente cooperazione non fosse stata tale che senza di essa il reato non sarebbe stato commesso.

Come si vede, sotto la denominazione di complici erano compresi gli istigatori, i mandanti, i correi, insomma, sia intellettuali che materiali, secondo l'indirizzo della scuola e della pratica napoletana, le quali, all'infuori dell'autore materiale del delitto, non vedevano che complicità in ogni altro concorrente al delitto e per tutti senza distinzione richiedevano la ricerca intorno alla maggiore o minore efficacia, vale a dire alla necessarietà o non necessarietà della azione singolarmente prestata.

È noto come persino nel caso in cui due persone aveano premeditato di uccidere e concorrevano entrambe nell'atto

(1) Nicolini, *Quistioni,* pag. 405, e *Giurisprudenza penale,* parte I, 63.

(2) Zuppetta, *I principî del diritto penale applicato al codice delle due Sicilie,* vol. II, pag. 643, Napoli 1859.

dell'uccisione, quando uno solo fuil colpo mortifero, non si poteva trascurare la questione dell'efficacia di cooperazione nell'altro (1); e ciò spiega chiaramente in quella giurisprudenza la necessità di una ricerca, dalla quale dipendeva la diminuzione o la non diminuzione della pena ordinaria stabilita per l'autore del delitto. La Suprema Corte, in una sentenza citata da Zuppetta, proclamava che la legge vigente, a differenza delle leggi romane e delle francesi, seguendo la sola e vera distinzione dedotta dalla natura e dalla filosofia, distingue autore da complice, chiamando autore colui che vibra il colpo fisico di morte e complice colui che lo coadiuva o vi coopera senza che però egli ne sia il fisico e materiale esecutore.

Con il tempo, la scienza e i codici modificarono assai sensibilmente i criteri giuridici della partecipazione, ma è certo che la forma recisa, si potrebbe dire quasi presuntuosa, con cui venivano espressi, rispecchiano la saldezza delle convinzioni in coloro che autorevolmente li propugnavano nelle discussioni, come il Nicolini, e in quelli che non meno valorosamente li sostenevano e li diffondevano, come lo Zuppetta.

Si è appunto da questo modo di concepire il concorso di più persone in un reato che nella scuola napoletana germoglia il principio della complicità corrispettiva. Magistralmente lo Zuppetta (loc. cit.) ne mostra la genesi: « Ma che si farà, chiede, quando di tutti gli implicati nel medesimo omicidio, niuno sa la mano da cui uscì il colpo omicida? La risposta è facile: si dichiari la pura verità, non consta chi degli accusati abbia commesso l'omicidio, ma ciò non vuol dire che essi ne vadano impuniti. L'omicidio certamente è stato commesso da uno di loro, e ciascuno è stato coadiuvatore e cooperatore del fatto. Se nessuno può essere dichiarato con certezza complice del tale autore, ognuno al certo è complice nel reato perchè il suo fatto è innesso al reato: *innexus culpae;* egli non sarà *conscius huic* o *hujus,* ma *conscius facinoris* ».

A ragione dice che non si saprebbero trovar parole più filosofiche e precise onde esprimere il concetto. Vano è credere che non si possa dir complice alcuno se non si scopra in altro l'autore principale; può ben non essere scoperto chi sia il mandante ed aversi invece la prova sicura del mandatario; non sapersi il ladro, e conoscersi quegli che l'aiutò a rubare o ricettò le cose rubate, dovran dunque costoro restare impuniti? Se dunque non è nuovo che i complici possano essere puniti senza che si conosca l'autore principale, tanto più potranno essere giudicati e convinti di complicità quando l'autore principale è certamente fra di essi, benchè non consti quale sia di loro. Tutti dunque son naturalmente complici corrispettivi fra di loro, ad onta che nell'azione questo reo aiuti semplicemente e cooperi, e quell'altro compia l'azione. Dir tutti cospiratori e aiutatori scambievoli nel fatto è la prima essenziale idea che entra come elemento necessario nel concetto della reità di più persone pel fatto medesimo; e se consta chiaramente e non altro, nulla si dice di contrario alla natura delle cose, dichiarando solo la complicità corrispettiva. E perciò, se l'accusa presenta tutti i rei come autori del reato può il giudice, nel difetto di prova bastante per questa piena responsabilità, dichiararli tutti complici l'uno rispettivamente dell'altro; con che non si usciva sotto l'impero delle leggi napoletane, come del resto non se ne uscirebbe oggi, dai termini della accusa, salvo in allora l'esame del grado di complicità. Aggiunge che la Corte Suprema di giustizia di Napoli faceva sempre buon viso a queste dottrine sostenute dal Nicolini e cita una decisione 6 novembre 1844 che dichiarava « constare che Carlo Matteo Lista avea commessa complicità corrispettiva nell'omicidio volontario in persona di G. Consalvo, per avere scientemente facilitato ed assistito nella azione criminosa e con cooperazione tale, che anche senza di essa il misfatto sarebbe stato commesso, e dichiarava del pari esservi concorsa premeditazione ».

14. Il Roberti non ne tratta esplicitamente nel suo *Corso di diritto penale* (2). Ivi sostiene che nella esistenza di un concerto stabilito fra due o più persone per la esecuzione di un reato, la partecipazione qualunque agli atti di tale esecuzione da parte di uno degli associati basta per farlo ritenere correo (3) e con questo concetto parificatore perde, come già dicemmo, quasi ogni valore la cognizione o la ignoranza dell'autore principale. Ma in seguito si ricredette da una simile opinione, alla quale era stato tratto dalla necessità di concedere qualche cosa nella disputa da lui sostenuta col Romano, che spingeva il principio tanto oltre da riconoscere la correità nel solo concerto a delinquere, quando anche non si fosse presa alcuna parte nella esecuzione del reato (4). E difatti nelle *Questioni di diritto* (5) espone ed approva una sentenza della Corte Suprema di giustizia in Napoli che aveva annullato la sentenza 18 agosto 1858 della Gran Corte di Terra di Lavoro, ricorrente *Rocco di Cuprio*, con la quale due individui che aveano esplosi due colpi di fucile, di cui il primo aveva ucciso un uomo, mentre il secondo, diretto ad altra persona, l'avea lasciata illesa, erano ritenuti entrambi correi e dell'omicidio consumato e dell'omicidio mancato per l'unità dell'azione voluta ed eseguita da entrambi, agevolandosi scambievolmente nelle comuni operazioni senza aver potuto stabilire gli effetti singolarmente da ciascheduno conseguiti. Questa sentenza, che anche lo Zuppetta (6) oltre al Roberti interamente riproduce, ci pare utile di qui riportare, poichè meglio di ogni altra e perspicuamente nella ipotesi di complicità corrispettiva, discute i principî della correità e della complicità secondo le leggi del tempo. Eccone il tenore:

« Atteso che la Gran Corte ritiene in fatto che da due individui fermati in un fondo fossero partiti due colpi di arma da fuoco: che il primo colpo tirato da uno di quei due avesse mortalmente ferito De Martino che ne rimase immediatamente estinto e che il secondo colpo tirato dall'altro di quei due contro Bananno, non lo avesse in modo alcuno raggiunto: e mostrando di dubitare tanto della premeditazione, quanto dell'effetto che avesse prodotto ciascuno dei due colpi tirato da ciascuno dei due aggressori, ritiene entrambi correi e dell'omicidio consumato e dell'omicidio mancato, per l'unità, come dice, dell'azione voluta ed eseguita da entrambi, in cui ciascuno ha cercato di agevolare le comuni operazioni e facilitare i mezzi per riuscirvi.

(1) Sentenze 30 luglio 1832, causa *Vincenzo Assisi;* 3 agosto 1832, causa *Pasquale Lo Manno;* 17 agosto 1832, causa *Rosa Grandinati;* 26 settembre 1832, causa *Perri, Leonardo*, ecc. (Zuppetta, op. e vol. cit., pagg. 628 e 629).

(2) Napoli. Fibreno, 1883.

(3) Op. cit., vol. II, pagg. 235 a 251.

(4) Romano, *Istituzioni di giurisprudenza penale*, parte I, cas. II, Napoli 1860.

(5) Napoli, Fibreno, 1861, pagg. 128 a 131.

(6) Op. cit., pag. 643.

« Atteso che, in diritto, sebbene fosse vero che le leggi nostre riconoscono anch'esse la correità, come dall'art. 456 delle leggi penali, non è però men vero che coloro, i quali o provocano il reato, o danno commissione a commetterlo, o somministrano armi o strumenti per commetterlo, o assistono colui che lo commette, o ne facilitano la esecuzione, o ne cooperano, non sono reputati che complici del reato nei precisi termini degli articoli 74 e 75 delle medesime leggi.

« Che quindi ciò che la Gran Corte esprime come ragione per ritenere la correità non può non urtare col testo dei mentovati articoli, poichè la volontà comune diretta all'omicidio, e la facilitazione alla esecuzione, e la stessa cooperazione prestata dall'uno all'altro dei due colpevoli costituisce appunto complicità.

« Che invece la correità, o la reità principale di più persone, va circoscritta naturalmente al caso in cui due o più individui siano autori ciascuno di atti nei quali la legge ravvisa la esecuzione materiale di un reato, in guisa che il fatto di ciascuno, anche considerato separatamente dal fatto dell'altro, costituisca il reato nel suo esteriore carattere.

« Che, nella specie, uno dei due aggressori inarcando il proprio archibugio ferì ed uccise, nel mentre che l'altro, praticando lo stesso con altra arma, nè uccise, nè ferì.

« Che quindi, se il fatto dell'uno costituisce l'omicidio volontario consumato, il fatto dell'altro non può costituire che tutt'al più l'omicidio volontario mancato.

« Che, mentre la Gran Corte ha così definito le reità rispettive, nel dubbio in cui si trovava di stabilire a chi dei due si dovesse imputare l'uno o l'altro dei descritti reati, ha prescelto di imputarli entrambi ad ambidue.

« Che, così facendo, si è messa in manifesta contraddizione collo stesso fatto che ha ritenuto; poichè l'unità del colpo feritore e mortale non poteva che trascinare alla responsabilità dell'omicidio derivatone sopra l'unico autore di quel colpo, al pari che l'unica esplosione dell'arma tornata a vuoto non poteva che richiamare la responsabilità del tentativo sopra l'unico autore di quella esplosione.

« Che, nel dubbio, non era al certo permesso di estendere sopra entrambi quella responsabilità, laddove, risolvendosi quel dubbio colla formula tracciata dalla legge del *non consta* dell'autore principale dell'uno o dell'altro misfatto, si aveva il diritto ed il potere di riconoscere l'uno tra i due complici dell'altro per facilitazione o cooperazione scientemente prestata al fatto criminoso e di applicare pure la stessa pena quando quella cooperazione fosse sembrata tale che senza di essa i reati non si sarebbero commessi.

« Che quindi la Gran Corte ha violati i mentovati articoli 74 e 75 delle leggi penali.

« Veduti gli art. 325 e 327 della legge di procedura penale, annulla, ecc. ».

15. Arabia limita la nozione della complicità corrispettiva alla ipotesi di due fatti in ciascuno dei quali chi era autore diventa a sua volta complice e viceversa. Più assassini aggrediscono un viandante: uno solo l'uccide, tre gli danno delle ferite e lo derubano. Nell'omicidio l'uccisore è l'autore principale, ed i tre sono complici; nelle ferite i tre sono autori principali, e l'uccisore diviene complice (1).

Anche lo stesso Nicolini ai paragrafi 42, 43, 47, 76 e 156 della citata *Giurisprudenza penale*, parte III, configura altrettante fattispecie di consimili complicità corrispettive in reati commessi, ma il vero concetto classico della teorica rimane sempre quello che si applica a più persone concorrenti in uno stesso reato di sangue senza che si sappia quale di esso debba particolarmente attribuirsi la conseguenza avveratasi. Questo per altro è da tener ben fermo, che essa nella pratica e nella dottrina si richiamò alle nozioni generali sulla complicità, contenute negli articoli 74 e 75 delle leggi penali del 1819, più che all'articolo 390 delle stesse leggi, il quale inesattamente viene spesso citato come la precisa espressione di tale istituto, mentre invece contempla soltanto il caso della rissa tra più individui e dispone che, se in essa segua un omicidio, chiunque dei rissanti abbia cagionato ferite o percosse pericolose di vita, sarà tenuto di omicidio, che se però s'ignori chi ne sia stato l'autore, ciascuno che abbia preso una parte attiva nella rissa offendendo la persona che è rimasta uccisa, sarà punito colla pena della ferita grave pericolosa di vita.

È il concetto in qualche modo seguito dal codice sardo, del toscano, e da parecchi altri, ma la formula non lumeggia forse abbastanza ciò che il Niccolini poneva a base assoluta della complicità corrispettiva, quando nel paragrafo 43 della III parte della *Giurisprudenza penale* nega che questa possa aversi nei reati di rissa se non fra coloro che si aiutano a vicenda scientemente ed efficacemente nella misura e nelle forme dei vari gradi di complicità.

Capo III. — Precedenti legislativi italiani.

16. Progetti 1868 e 1870. — 17. Progetto Vigliani 1874. — 18. Voti delle alte magistrature. — 19. Progetto Zanardelli 1883. — 20. Progetto Savelli. — 21. Relazione ministeriale sul progetto del 1887. — 22. Commissione della Camera dei deputati. — 23. Commissione del Senato. 24. Commissione di revisione.

16. Lo studio di estendere oltre i casi della rissa questa forma di responsabilità a carattere collettivo, si mostrò presto nei lavori preparatori del nuovo codice penale italiano, cioè sin dal progetto del 1868 (2), e la seconda Commissione ministeriale, che aveva intitolato un capo del titolo relativo ai reati contro la vita e la integrità personale « Dei complici corrispettivi negli omicidi e nelle lesioni personali e nelle risse », comincia così a trattarne nel Verbale 53:

« Esaminando tutte le possibili eventualità che può offrire la prova nei reati contro la vita e l'integrità personale per ciò che riguarda la responsabilità dei colpevoli, la Commissione si è convinta che, per evitare così le ingiuste esorbitanze di punizione come le scandalose impunità, non basta richiamarsi alle regole generali relative agli autori ed ai complici, così designati colla nomenclatura legale senza altra specialità. Eccettuati infatti i casi di rissa e quelli in cui più persone spiegano improvvisamente in un medesimo fatto la loro attività criminosa senza che l'uno sappia dell'altro, non rade volte avviene che tra più persone riconosciute colpevoli, non si riesca a distinguere l'autore dal complice.

« Non è superfluo un esempio: È ucciso un uomo con un colpo d'arma da fuoco; dalla prova raccolta risulta che Tizio, Cajo e Mevio suoi nemici sono stati veduti, armati di fucile, aspettare la vittima: il colpo omicida però è stato

(1) *I principî del diritto penale applicati al codice delle Due Sicilie*, Napoli, Serena, 1859, vol. II, pag. 366.

(2) Castori, nel *Completo trattato di diritto penale*, edito dal Vallardi, vol. I, parte III, pag. 711; Crivellari, *I delitti contro la vita*, Torino, Unione tip.-ed., 1885, I, 748 a 755.

uno solo, ed anzi uno solo ne è stato sparato e si ignora l'autore. Sono tutti tre autori o tutti tre complici del reato? Posta così la domanda il giudice del fatto deve rispondere di no; perchè vi è certamente un solo autore e due complici, ma s'ignora quali siano.

« A prevenire quindi le conseguenze dannose alla giustizia e le non poche difficoltà ormai sperimentate nella applicazione del codice del 1859, è mestieri che la legge transiga col diritto, affinchè il giudice non rimanga perplesso nel fatto. A tal uopo provvede pienamente la teoria della complicità corrispettiva, che, nata da una saggia giurisprudenza nelle provincie meridionali del regno, fu sancita con atti legislativi di quel Governo.

« Con l'istituto della complicità corrispettiva, la legge si contenta di fare astrazione dalla responsabilità maggiore, che è quella dell'autore del reato, e di limitarsi a quella necessaria dei complici sacrificando l'ignoto per attenersi a ciò che certamente è noto. E per non uscire dall'esempio addotto di sopra, l'ignoto è chi dei tre colpevoli sia stato l'autore dell'omicidio, ma il noto è che tutti tre scientemente vi hanno cooperato assistendosi ed aiutandosi rispettivamente, sicchè l'uno è certamente complice dell'altro e viceversa.

« Considerata in questi limiti la complessiva reità di tutti i colpevoli, ne sorse una forma di responsabilità penale, che nella sua transazione a pro' dell'ignoto è grandemente utile alla pratica ed ai fini della giustizia. Nè si opponga che, facendosi governare la complicità corrispettiva dalle regole tutte stabilite per la complicità generale, può avvenire che, quando essa si ritenga non necessaria, anche l'ignoto autore del reato goda della diminuzione di pena prescritta dal codice; perchè fra il male della pena troppo mite e quello della condanna (se così piacesse al giudice di fatto) di tutti i colpevoli come autori del reato, mentre è stato consumato da uno solo di essi, la scelta non può essere dubbia.

« A taluno potrebbe, per avventura, sembrare superflua una disposizione speciale sulla complicità corrispettiva, dacchè il § 2 dell'art. 59 del progetto 17 maggio 1868 (60 del progetto 15 aprile 1870) considera autori del reato anche *coloro che cooperano immediatamente all'atto che lo costituisce*. Siffatta argomentazione non avrebbe fondamento. *La cooperazione immediata all'atto che costituisce il reato* è qualche cosa che si immedesima con la *esecuzione dell'atto stesso;* ma la complicità è sempre mediata; altrimenti il § 2 dell'articolo citato si confonderebbe sempre con tutti i casi di complicità enumerati nel successivo articolo 60 (61). Se in un caso simile a quello addotto più sopra si conosca chi sia l'autore fra i tre colpevoli, il giudice non si permetterebbe mai di dire che lo sono tutti e tre, ma pronunzierebbe che uno solo è autore e gli altri complici ».

Sulle quali premesse nel progetto 15 aprile 1870 fu inserito l'articolo 365 del seguente tenore:

« § 1. Sono considerati complici corrispettivi tutti coloro che, in numero di due o più, concorrano nei reati preveduti nei capi I e IV del presente titolo quando non si conosca chi di essi sia stato l'autore della lesione personale che ha prodotto la morte dell'offeso o delle lesioni personali dal cui complesso questa è derivata,

« § 2. Sono pure considerati complici corrispettivi tutti coloro che in numero di due o più, concorrano nei reati preveduti nel capo II del presente titolo (*lesione personale volontaria*), quando non si conosca chi di essi sia stato l'autore della lesione, o delle lesioni personali, dal cui complesso sono derivati gli effetti indicati negli art. 340 e 341.

« § 3. I complici corrispettivi sono puniti, secondo i casi, con le pene stabilite nei capi precedenti e secondo le norme dell'articolo 64 ».

Può sembrare utile, a mettere in miglior luce tutta la evoluzione legislativa del principio, riprodurre le parole con le quali l'Ambrosoli accompagnava nella sua Relazione il progetto suindicato al Ministro:

« La complicità corrispettiva è una locuzione tecnica adottata dalla giurisprudenza pratica delle provincie meridionali, per esprimere un concetto complesso, per cui la legge, fuori dei casi di rissa, onde evitare pericolose assoluzioni o condanne esorbitanti, transige sulla responsabilità dell'ignoto autore del reato in cui concorrano più colpevoli, tra i quali deve pur trovarsi anch'esso, e li ritiene tutti complici l'uno dell'altro. Così, allorchè più persone prendano parte in un reato contro la vita o la integrità personale, può avvenire che non si riesca a distinguere l'autore dal complice della morte o delle lesioni che ne sono derivate.

« Di tre armati di fucile può accadere che uno solo abbia sparato e ferito senza che si sappia quale.

« Sarebbe ingiusta in tal caso tanto l'assoluzione quanto la condanna di tutti e tre come autori.

« La teorica della complicità corrispettiva transige; e non potendo raggiungere il vero assoluto si accontenta di un vero relativo, che è questo: che, intervenendo tutti nel fatto criminoso e volendo tutti il medesimo male, sono tutti per lo meno complici l'uno dell'altro; e di quei tre, benchè si ignori quale sia stato l'autore del colpo, certo è che fu uno di loro e che gli altri gli furono complici. Così senza lesione delle regole di giustizia la società è tutelata; e chiunque ha pratica delle cose criminali non ignora quanti sieno i casi di questa natura, nei quali per difetto di esplicite disposizioni la giustizia ha dovuto spesso essere disarmata. L'articolo 365 provvede ora alla bisogna. »

17. Nessuna analoga disposizione si legge nel progetto del ministro De Falco 30 giugno 1873, ma nel successivo 24 febbraio 1874 del Vigliani era disposto:

« Art. 385. Se più persone sono concorse nella esecuzione di un reato di omicidio volontario o di lesioni personali volontarie, le quali per sè sole o nel loro complesso hanno cagionato la morte di una persona o alcuno degli effetti preveduti negli articoli 372 e 373, e non si conosca l'autore della lesione o delle lesioni, da cui sono derivati la morte o gli effetti sovra indicati, sono tutte punite come complici, e la pena può essere diminuita sino a tre gradi ».

E il Ministro relatore spiegava meritare considerazione le disposizioni riguardanti le cause eccezionali di imputabilità nel concorso di più persone nei reati di omicidio o di lesione personale: ed in modo speciale quelle che si riferiscono alla anormale condizione che la giurisprudenza del regno delle Due Sicilie avea denominato *complicità corrispettiva*, concludendo col dire che così la legge, transigendo sulle ordinarie regole della imputabilità, provvede all'interesse dell'ordine sociale e corregge con la temperanza della pena il rigore eccessivo dell'azione della giustizia.

Dinanzi alla Commissione del Senato, relatore Borsani, non si trovò disputabile la convenienza di una tale disposizione, malgrado la sua novità, e venne per ciò integralmente accettata, e nella discussione all'assemblea, in omaggio a una proposta dello stesso ministro Vigliani, venne emendato l'articolo con la cancellazione dell'ultimo inciso: *e la pena può essere diminuita sino a tre gradi*, mediante il quale, per la diminuzione di pena già portata ai

complici dal § 2 dell'art. 77, si poteva scendere sino a 5 gradi, il che evidentemente era eccessivo. È da avvertire come anche il senatore Tecchio avesse intravisto il pericolo di questa esagerata mitigazione della pena che potea sorgere se la diminuzione da 1 a 3 gradi voleva intendersi dopo la diminuzione da 1 a 2 gradi che favoriva i complici per l'articolo 77, suggerendo che l'ultima parte del citato articolo 385 fosse così modificata: « ..... sono tutte considerate come complici e punite con le pene stabilite per gli autori dell'omicidio o delle lesioni volontarie diminuite da uno a tre gradi ». Prevalsero però le opinioni del Ministro e del senatore Eula, commissario regio, e fu approvato l'articolo che divenne 392, in modo che i colpevoli doveano punirsi tutti come complici, vale a dire colla sola riduzione di uno o due gradi secondo il ripetuto articolo 77.

Venne poi la Commissione Mancini a semplificarne la dizione, dando questa forma all'articolo 392:

« Se più persone sono concorse nella esecuzione di un omicidio volontario o di lesioni personali volontarie, le quali per sè sole o nel loro complesso hanno cagionato morte o lesione, e non se ne conosca l'autore, sono tutte punite come complici ».

18. È noto come il progetto senatorio, colle modificazioni della Commissione Mancini, fosse comunicato al giudizio delle magistrature superiori, fra i responsi delle quali, generalmente più favorevoli al testo senatorio che all'emendato della Commissione, merita, a nostro avviso, di essere segnalato quello della Corte di appello di Venezia, la quale notò essere giusto che tutti coloro che hanno concorso nel fatto siano puniti come complici, ma, siccome pei complici vi è nell'articolo 77 una diversa misura di pena, così a togliere qualunque incertezza sarebbe conveniente aggiungere le parole « a termini dell'articolo 77, n. 2 » (1).

O ci inganniamo o non si può disconoscere la grande importanza pratica di questo suggerimento uscito dai magistrati, i quali appunto nelle diuturne vicende dei dibattimenti intravedono la impossibilità, più che difficoltà, di scevera:e e misurare nei singoli casi la quantità di concorso prestato da ognuno dei compartecipi nel reato di cui è ignoto l'autore e quindi la convenienza di un trattamento eccezionale con una pena straordinaria ma fissa, come più oltre meglio dimostreremo.

19. Zanardelli nel suo progetto del 1883 mantiene così la disposizione nell'art. 334:

« Quando più persone sono concorse nella esecuzione di uno dei delitti preveduti negli articoli 320 e 327, e non si conosca l'autore dell'omicidio o della lesione, sono tutte punite con le pene ivi stabilite, diminuite da uno a due gradi ».

20. E così il Savelli nell'articolo 339 del progetto 26 novembre 1883 accettò l'articolo suddetto, richiamando gli articoli 325 e 332 corrispondenti ai 320 e 327, e parimenti fece il ministro Pessina con l'articolo 355 dei suoi emendamenti dell'aprile 1885, richiamati gli articoli 325 e 332.

21. Il concetto non poteva essere ormai abbandonato, e difatti lo troviamo nei lavori immediati che preparano il codice penale vigente, raffigurato nell'articolo 359, così concepito: « Quando più persone hanno avuto parte nella esecuzione di alcuno dei delitti preveduti negli articoli 345 e 347, 353 e 354, e non si conosce l'autore dell'omicidio o della lesione, sono tutte punite con le pene ivi rispettivamente stabilite, diminuite da un terzo alla metà ».

E nella Relazione, al n. CLII, insieme illustrandovisi questa disposizione e quella del successivo articolo 360, che riguarda l'omicidio o la lesione commessa in rissa, dopo riassunti i precedenti nei progetti anteriori e riconosciuta la inutilità di stabilire la responsabilità di coloro che concorrano in un fatto improvviso e simultaneo quando si conosca l'azione da essi singolarmente compiuta nella uccisione o nel ferimento, come quella che viene regolata dalle norme comuni sulla correità e sulla complicità, sull'argomento particolare che ci occupa, sta scritto:

« Il secondo concetto, non avvertito dal codice del 1859 ed espresso nel progetto del 1868, consiste nello stabilire le norme di quella responsabilità, che per una saggia giurisprudenza delle provincie meridionali, formatasi sotto l'impero delle leggi del 1819 (art. 390), venne chiamata *complicità corrispettiva*.

« Infatti, quando più persone partecipano con precedente e manifesto concerto, ad un omicidio o a una lesione personale, e si conosce chi fra i più aggressori abbia cagionato la ferita per la quale l'aggredito rimase morto o leso nel corpo, deve rispondere principalmente del reato l'autore del colpo, e poi gli altri quali correi o quali complici, secondo il grado della loro partecipazione criminosa. Ma, poichè può talvolta accadere, e precisamente nei casi improvvisi, che non risulti di un concerto stabilito, nè si conosca il vero autore della morte o della lesione, allora è d'uopo determinare quale sia la responsabilità di coloro che hanno preso parte nel fatto.

« A ciò soccorre appunto la teoria della complicità corrispettiva, per la quale si deve naturalmente prescindere dalla prova contro uno o più rei principali, che non si conoscono, per limitarsi a stabilire la imputazione di complici in coloro che sono almeno riconosciuti come tali.

« Che tutti coloro i quali prendono parte al fatto criminoso siano colpevoli, non può mettersi in dubbio, ma è ignoto chi fra di loro sia stato veramente esecutore immediato della strage o della lesione; onde sarebbe ingiusto ed esorbitante equipararli nella responsabilità massima di correi. Giova quindi rinunciare all'ignoto per il noto, e accettare l'impunità relativa dei rei principali, per conseguire la punizione sicura di essi come rei secondari, applicando a tutti coloro che prendono parte al fatto una pena quasi corrispondente a quella dei complici.

« Ciò che, ignorandosi chi sia l'autore principale e quale l'opera singolare di ciascuno, non potrebbe ottenersi con le norme ed i principî generali della partecipazione, ove una disposizione espressa non vi provvedesse.

« Il terzo concetto, confuso col primo nel diritto antico e intermedio, ed anche dai più recenti trattatisti, consiste nel determinare la responsabilità di coloro che prendono parte ad una colluttazione o *rissa*, nella quale taluno rimanga ucciso o ferito.

« Bene avvertirono i compilatori dei progetti del nostro codice come la morte o la lesione di una persona per opera di più individui, simultaneamente operanti, senza che tuttavia si conosca l'autore dei colpi, possa aver luogo non solo nella rissa, ma anche in altri fatti realmente o simulatamente improvvisi, ed ai quali perciò non sono applicabili le norme comuni della partecipazione; sicchè enunciarono alternativamente le due ipotesi del fatto improvviso e della rissa. Ma qui non si esaurisce tutto lo studio per

(1) *Sunto dei pareri e delle osservazioni*, ecc., Roma, Stamperia Reale, 1878.

differenziare gli effetti diversi dell'uno e dell'altra. Imperocchè il fatto improvviso, nel fine di stabilire la responsabilità di coloro che vi prendano parte in relazione all'effetto lesivo prodotto, comprende in sè eziandio l'ipotesi della rissa, che altro non è se non uno dei modi coi quali un fatto improvviso può avvenire.

« E quindi, per riguardo a cotali effetti lesivi, è sufficiente provvedere, nella ipotesi del fatto improvviso, con la norma generale intorno alla complicità correspettiva, prescindendo da quelle equivoche e pericolose specificazioni, dell'aver portato la mano addosso o sopra l'ucciso, o di essersi in altro modo resi colpevoli nel fatto, che si leggono nel codice vigente e nei progetti anteriori; specificazioni le quali dànno luogo a tante incertezze e disquisizioni, e giustificano il dubbio che il legislatore non isdegni una giustizia molto spiccia e sommaria, ammettendo eccezionali canoni probatorî e livellando ad una sola stregua le più diverse responsabilità ».

22. La Commissione della Camera dei deputati si limitò a poche osservazioni. Si legge infatti al n. CCXXII della sua Relazione: « La disposizione dell'articolo 359, che rende più ampia e generica quella dell'articolo 564 dell'attuale codice italiano (sardo), migliorandone la dizione e troncando le dubbiezze di interpretazione, alle quali il medesimo ha dato luogo, fu mantenuta, nonostante che da taluni commissari ne venisse chiesta la soppressione all'effetto di lasciare che si applichino al caso le regole generali della correità e della complicità. Ma la Commissione ritenne esser difficile precisare, nel giudizio di ogni singola specie di fatti, i limiti della complicità quando rimanga ignoto l'autore, ed essere giusta ed equa l'applicazione di una pena minore quando manchino gli elementi per fissare in modo esatto la individuale partecipazione di ognuno alla consumazione del delitto.

« Occorre poi ripetere qui le osservazioni già fatte per l'articolo 349, cioè, che nei casi richiamati all'articolo 347, il quale commina l'ergastolo, non è possibile la diminuzione di questa pena perpetua del terzo o della metà, onde è necessario sostituirla con un'altra pena determinata, che la Commissione propone, per i criterî già superiormente da essa adottati, nella reclusione da sedici a venti anni.

« Per conseguenza l'articolo 359 dovrebbe essere formolato nel seguente modo:

« Quando più persone hanno avuto parte nell'esecuzione « di alcuno dei delitti preveduti negli articoli 345, 346, 347, « 353 e 354 e non si conosce l'autore dell'omicidio o della « lesione, sono tutte punite con le pene ivi rispettivamente « stabilite, diminuite da un terzo alla metà, salvo nell'ipotesi « dell'articolo 347, per la quale sarà applicata la reclusione « da sedici a venti anni ».

23. La Commissione senatoria con qualche maggiore ampiezza così si espresse (sugli articoli 359 e 360):

« Si è osservato che il principio della complicità corrispettiva, più che espresso, è implicito nella disposizione dell'art. 359. Ed è vero. Ma la forma adottata per esprimerlo è conforme al metodo di redazione di tutto il progetto. Il dichiarare che: « tutte le persone... *sono considerate come « complici corrispettivi* e punite... » nulla aggiungerebbe alla chiarezza del precetto e della relativa sanzione penale.

« Si è pure proposto di punire i complici corrispettivi in proporzione della loro rispettiva cooperazione secondo le norme dell'art. 63. Tale era infatti il sistema seguito nel progetto del 1870; nè potrebbe mettersi in dubbio che, ove fosse di facile applicazione, questa forma circoscriverebbe entro limiti più esatti quella specie di transazione sulla quale la teorica della complicità corrispettiva è fondata.

« Ma la logica dei principî e la necessità della pratica traggono la maggioranza della vostra Commissione ad accettare la proposta ministeriale, che, prescindendo da ogni distinzione, stabilisce una pena che può essere graduata in equa proporzione fra i diversi partecipanti.

« La logica dei principî, giacchè, ammesso il concetto della transazione fra il noto e l'ignoto, come si applica alla prova della qualità di autore del delitto, deve applicarsi anche alla prova della diversa misura nella quale ciascuno dei partecipanti ha concorso nel delitto.

« La necessità della pratica, giacchè le difficoltà che si suppongono insuperabili per determinare chi sia l'autore del fatto non possano supporsi minori nell'accertare la vera misura del concorso prestato da tutti coloro che hanno concorso a commetterlo. »

E per queste considerazioni proponeva di modificare così l'articolo:

« 359. Quando più persone hanno partecipato alla esecuzione di alcuno dei delitti..., tutti coloro che vi hanno preso parte sono puniti con le pene ivi rispettivamente stabilite, diminuite da un terzo alla metà, e se era applicabile l'ergastolo, con la reclusione da dieci a vent'anni ».

24. Nel Verbale XXXI della Commissione di revisione, il relatore Lucchini, dopo aver spiegata l'aggiunta della ipotesi relativa alla pena dell'ergastolo non contemplata nel progetto, espone come la Sottocommissione aggiungesse il capoverso nel riflesso che della diminuzione di pena non potesse godere il cooperatore immediato (per esemp o colui che tenne la vittima) riuscito noto benchè fosse rimasto ignorato l'autore del reato (1).

E al Nocito, che riteneva inutile questo capoverso, perchè, dal momento che non si conoscono gli autori dell'omicidio o delle lesioni e vi sono persone che concorrono, evidentemente queste non sono i cooperatori immediati dacchè essi sono puniti come gli autori, l'Auriti rispondeva che si può non conoscere l'autore ma conoscere, ad esempio, chi tenne la vittima, e non v'ha ragione perchè costui, cooperatore immediato, una volta noto, debba avere una pena minore per ciò che l'autore rimane sconosciuto.

La ragione sembrò persuasiva allo stesso Nocito, che non insistè, osservando solo che la pena gli sembrava grave perchè in sostanza si punisce chi ha menato un pugno come chi ha ammazzato, ma per vero l'obbiezione non appare troppo esatta.

Ha ragione, ci sembra, Domenico Miraglia di dire che una tale esagerazione non è giustificata dal dettato dell'art. 378 che parla di più persone che prendano parte alla esecuzione del delitto (2). Ammessa la complicità anche nei fatti improvvisi, egli aggiunge, essa non è concepibile senza l'accordo delle volontà nel reato consumato, senza la fusione benchè rapida delle intelligenze, senza un nesso psicologico tra l'animo dell'autore e quello del complice, ossia senza la unificazione dei due stati soggettivi e delle due volontà dell'autore e del complice. Epperò non è concepibile una complicità puramente materiale senza la sciente cooperazione nella effettuazione del delitto del quale è ignoto l'au-

(1) *Verbali*, ecc., pag. 627 e seg.

(2) *Cass. Un.*, V, 402, 403.

tore. Quindi sui complici (ordinari o corrispettivi) tutto si riduce all'apprezzamento del fatto. Se chi menò un pugno ebbe solo l'intenzione di menare il pugno e non quella di prestare aiuto all'omicida, non sarà mai ritenuto complice corrispettivo nell'omicidio, ma risponderà esclusivamente del fatto suo in obbedienza al responso romano per il quale se nella rissa, percosso un uomo rimaneva ucciso, bisognava contemplare i colpi da ciascuno vibrati.

È anche notevole che, chiestosi dallo stesso commissario Nocito, se in questo articolo non si considerasse il fatto della rissa, Auriti rispondeva che l'ipotesi si applica al fatto improvviso, e la rissa è una forma di fatto improvviso, ma per l'applicazione di questo articolo, siavi o no rissa, è necessario che esistano le condizioni della complicità.

Del resto tutta la discussione avvenuta a proposito del successivo art. 360, il quale, a dir dell'Auriti, contempla un concorso colposo, mentre il 359 (attuale 378) obietta il concorso doloso, dissipa le confusioni e gli equivoci che potevano nascere dalle disposizioni dell'art. 365 codice penale sardo e dalle analoghe di altri codici, e chiaramente dimostra come si sia voluto, con norme generali desunte dai criteri della complicità corrispettiva, disporre per tutti i casi, quelli delle risse non esclusi, all'art. 378 la responsabilità dei compartecipi nell'omicidio o nelle lesioni di cui rimase ignoto l'autore, provvedendo poi indipendentemente dalla cognizione o meno dell'autore del delitto, nel successivo art. 379 sulle responsabilità varie dei corrissanti.

Capo IV. — Interpretazione dell'art. 378 del codice penale.

25. Concetto della complicità corrispettiva secondo la legge vigente. — 26. Analoghe disposizioni del codice penale toscano e di altri in casi di rissa. — 27. Giurisprudenza mantenuta si nelle provincie meridionali sotto il codice penale sardo-napoletano. — 28 L'articolo 378 codice penale nei suoi caratteri costitutivi. — 29. Necessità di riportarsi ai criteri generali per distinguere la cooperazione immediata delle altre partecipazioni. — 30. Pregevoli studi dell'Impallomeni. — 31. Esempio di cooperazione immediata in omicidio a scopo di rapina. — 32. Apprezzamento del giudice. — 33. Giurisprudenza che distingue la complicità corrispettiva dalla complicità ordinaria. — 34. Opinione del Carrara sul previo concerto fra i partecipi. — 35. Fondamento della pena straordinaria per i complici corrispettivi. — 36. È ammissibile con la premeditazione, aguato ecc., come pure con le scuse della provocazione, eccesso nel fine ecc. — 37. Differenza assoluta fra gli articoli 378 e 379. — 38. Giurisprudenza in proposito. — 39. Complessità nelle questioni ai giurati. — 40. Come può coesistere con la complicità ordinaria. — 41. Se la diminuzione di pena portata dall'articolo 378 sposti la competenza. — 42. Opinione del Cosentino, del Pessina, del Giuliani, del Carmignani, del Pincherli, del Travaglia, dell'Impallomeni. — 43. Polemica Sighele-Fiocca. — 44. Utilità o inutilità dell'articolo 378. — 45. Conclusione.

25. Con una diffusione che ci sembrò reclamata dalla novità del principio di origine schiettamente italiana, abbiam voluto esporre lo svolgimento storico-giuridico delle varie fasi a traverso le quali venne elaborandosi il precetto che ebbe poi la sua precisa formola legislativa nell'art. 378 del codice penale italiano.

Non se ne è voluto, coerentemente al sistema seguito, fare il nome, ma è il vero concetto della cosidetta complicità corrispettiva che si riproduce in questa disposizione intesa a non lasciare impunite, per quella mancanza di prova completa che nei fatti improvvisi e di attori numerosi troppo facilmente si verifica, le azioni di coloro i quali, se poterono non essere gli autori o i cooperatori immediati della uccisione o della lesione seguita, certo però presero parte al fatto onde sorse l'evento dannoso alla vita o alla salute di alcuno. E una transazione sulla prova, non si può negarlo, ma ha un carattere evidente di sociale utilità, e non può mai colpire un innocente dal momento che cade soltanto su quelli che prendono parte all'esecuzione del reato. Favorisce il vero autore diretto della uccisione o della ferita che rimase ignoto, punendolo meno, cosa del resto di gran lunga preferibile, socialmente parlando, alla assoluta impunità e, quando non risulti una cooperazione immediata che equipara chi la compie all'autore del reato, presume sul fondamento della comune partecipazione un'eguale responsabilità.

26. Già il codice penale sardo, alla pari del toscano ed a similitudine di molti codici stranieri, governava con particolari disposizioni le conseguenze di morte o di ferita avveratesi in una rissa senza che se ne conoscesse l'autore preciso; ed è noto come sotto l'impero di esso la pratica delle provincie meridionali si manteneva sul proposito fedele ai principii della sua scuola classica.

27. Basti citare, per tacere di altre molte, la Cassazione di Napoli, che, con sentenza 6 agosto 1880, ric. *Sementini ed altri*, dice: le questioni sulla complicità corrispettiva di tre accusati, con le quali si chiede se ciascuno di essi siasi con gli altri aiutato od assistito, in modo che poi giurati per due affermino il fatto complessivo e per il terzo lo neghino, per quanto siano irregolari, non sono nulle (1); e la Cassazione di Palermo, che, con sentenza 1° luglio 1880, ric. *Mazzaglia*, decise che, nel caso di omicidio commesso da più persone con unica ferita irrogata da una di esse non specificatamente determinata, bene è ammessa la complicità corrispettiva, benchè dicesse nulla la questione contenente l'espressione giuridica *complicità corrispettiva* comunque seguita dalle parole: *per avere*, ecc. (2).

Il Castori, poi (3), a dimostrare che la complicità corrispettiva era riconosciuta dalla giurisprudenza prima ancora del codice penale italiano, cita varie decisioni, secondo le quali i complici corrispettivi erano sempre tutti o necessari o secondarii, e tra essi spariva il grado diverso della complicità, giacchè per precisarlo sarebbe occorso conoscere la differente misura dell'azione che appunto era ignorata dai giudici; e riproduce, senza più precisa indicazione, questa massima della Cassazione napoletana:

« Quando più persone concorrono insieme alla perpetrazione di un maleficio, ben può ignorarsi chi fu propriamente tra esse l'autore di un atto costitutivo del reato, ma essere al tempo stesso pienamente provato che tutte vicendevolmente si aiutarono od assistettero nei fatti che lo prepararono, facilitarono o consumarono. In questo caso, esclusa per ciascuno la reità come autore resta sempre quella di complice, nè la mancanza di prova intorno al primo può sciogliere tutti dal dover rispondere della cooperazione certamente da essi prestata alla consumazione del reato ».

Di particolare importanza è la sentenza della Cassazione

(1) *Riv. Pen.*, vol. XIII, pag. 238.
(2) *Id.*, vol. XIII, pag. 26.

(3) Nel *Completo Trattato*, edito dal Vallardi, vol. I, parte III, pag. 751.

di Roma 27 maggio 1889, ric. *Aloisi* (1), la quale, coerentemente al principio che nega alla difesa il diritto di chiedere che sia proposta una questione subordinata quando questa raffiguri un reato diverso da quello dell'accusa, dice inammissibile per l'accusato di ferimento volontario come autore, la questione subordinata sulla complicità corrispettiva, come quella che renderebbe inutile la risposta affermativa o negativa alla questione principale, argomentando che la complicità corrispettiva non può considerarsi come una minorante dell'ordinaria responsabilità, ma costituisce invece una speciale figura giuridica, sulla quale, come poi costantemente fu ritenuto, il solo presidente della Corte d'assise ha facoltà di interrogare il giurì, se e come le emergenze dei fatti e delle prove glielo consigliano.

28. Era quindi naturale l'estensione del principio per un eguale trattamento in riguardo a quei fatti, che, pur non avendo i caratteri della rissa, sono nondimeno la conseguenza di azioni varie concitate, molteplici, eseguite da più individui in circostanze tali che riesce spesso malagevole scernere e misurare l'operato d'ogni singolo.

Ottima fu la soppressione del *nomen juris* di complici corrispettivi, che si trovava in tutti i progetti sino a quello del 1887 esclusivamente, anche perchè vengono così ad evitarsi le dubbiezze e le questioni che potevano sorgere nel valutare la partecipazione al fatto delittuoso. Si direbbe anzi che la legge attuale, pur seguendo l'indirizzo della scuola napoletana, abbia voluto darvi una forma più esatta e dei termini più precisi, limitandone l'influenza alla partecipazione materiale od eccettuandone i casi di cooperazione immediata.

È la partecipazione generica qualsiasi alla esecuzione dell'omicidio o della lesione che genera questa forma particolare di responsabilità collettiva, semprechè questa partecipazione non risulti per alcuno tale da divenire cooperazione immediata, perchè allora la transazione di prova per il noto e l'ignoto non ha più ragion d'essere. Se fra coloro che presero parte all'omicidio, il cui autore rimase ignoto, fu però visto quello che teneva ferma la vittima, mentre l'altra la trafiggeva, quegli, come immediato cooperatore, subirà intere le conseguenze del fatto suo e sarà condannato come se fosse stato autore del reato.

29. Ma è mestieri bene intendersi sui caratteri di questa cooperazione immediata. Per il codice sardo all'art. 102 erano *agenti principali* non *solo coloro che concorrono immediatamente con l'opera loro all'esecuzione di un delitto*, ma anche quelli che nell'atto stesso in cui si eseguisce prestano aiuto efficace a consumarlo, ed erano complici coloro che senza l'immediato concorso all'esecuzione del reato scientemente aiutano od assistono l'autore o gli autori del reato nei fatti che lo preparano o lo facilitano od in quei fatti che lo consumano (art. 103).

Così nel codice toscano era autore del delitto chiunque lo ha eseguito od *ha cooperato direttamente* all'esecuzione (art. 49) e complice l'ausiliatore del delitto *che non si fosse trovato* in alcuno dei casi contemplati nell'art. 49; quegli insomma che spiegava una agevolazione indiretta alla esecuzione.

30. L'Impallomeni, dal quale largamente riproduciamo nozioni e concetti sull'argomento, ha ben ragione di chiudere il suo pregevolissimo lavoro sul *Concorso di più persone in un reato* (2), osservando come non v'abbia materia che più di questa della partecipazione criminosa si mostri renitente ad essere contenuta in formole legislative di precisione matematica, e come sia perciò necessario molto concedere al discernimento del magistrato, perchè, nella infinita varietà dei casi, non sempre ad un tipo prestabilito di compartecipazione corrisponde intieramente un determinato valore d'efficienza criminosa e perciò di colpabilità del delinquente.

Questo spiega le profonde divergenze fra gli autori e nelle leggi. Col decreto del 1861, che modificava per le provincie meridionali alcune disposizioni del codice sardo, i cooperatori immediati furono rimandati fra i complici, poichè all'art. 102, dopo gli agenti morali (mandanti e istigatori) sono solo indicati gli esecutori immediati dell'atto costitutivo del reato e il n. 3 del successivo articolo 103 dichiara complici « *coloro* che senza essere immediati esecutori del reato, avranno scientemente aiutato od assistito l'autore o gli autori del reato nei fatti che lo avranno preparato, o facilitato o consumato ».

Coerentemente a ciò il Pessina (3) insegnava che l'aiuto al maleficio ha per indole propria il contenere un'azione diversa dal fatto principale in cui il reato si incarna, di modo che è reo principale chi uccide ed è ausiliatore all'omicidio chi tiene la vittima mentre altri la ferisce.

Ma il concetto della correità fisica venne allargandosi così nella scienza come nella elaborazione legislativa. Carrara (4) diceva *correi* quelli la cui azione è concomitante agli atti di consumazione, ausiliatori gli altri la cui azione è concomitante agli anteriori fatti di esecuzione o di preparazione; e l'art. 59 del progetto 1868 poneva fra gli autori del reato *gli esecutori immediati* dell'atto che lo costituisce, aggiungendo poi che autori anche si considerano coloro che hanno immediatamente cooperato all'atto che lo costituisce.

Nel progetto Mancini si ritornò alla formola restrittiva della riforma napoletana del 1861.

Autore del reato non può essere, secondo che la parola suona e la scienza insegna, se non colui il quale esegue l'atto fisico in cui la consumazione del reato consiste, l'atto col quale immediatamente si produce l'effetto costitutivo del reato, e tutti gli altri che al reato concorrano qualunque sia, più o meno direttamente o immediatamente, il grado del loro concorso al fatto criminoso commesso dall'autore, debbano classificarsi fra i complici o delinquenti accessori. Lo stesso sistema seguirono i progetti Zanardelli del 1883, Savelli, Pessina e Tajani, ma il progetto ultimo (1887) ritornò al progetto senatorio disponendo all'art. 62: « Quando più persone concorrano nella esecuzione di un reato, ciascuno degli esecutori e cooperatori immediati all'atto che lo costituisce soggiace alla pena stabilita pel reato commesso ».

La Commissione della Camera dei deputati proponeva di modificarlo sopprimendovi la menzione dei cooperatori immediati ed aggiungendovi un capoverso così concepito:

« Alla stessa pena soggiace colui che coopera all'atto costituivo del delitto assistendo all'esecuzione di esso per modo che senza il suo concorso non sarebbe stato eseguito ». Ed osservava:

« Si capisce agevolmente che, se due malfattori accin-

(1) *Riv. Pen.*, vol. XXX, pag. 208, n. 1108 del *Massimario*, e, per esteso, *Legge*, vol. XXIX-II, pag. 317.

(2) *Riv. Pen.*, XXVI, pag. 107 a 137, 201 a 235 e 301 a 317.

(3) *Elementi di diritto penale*. Napoli, Marghieri, I, pag. 292 e seguenti.

(4) *Programma*, parte generale. § 406, 472.

gendosi a delinquere si dividano fra loro le parti degli atti necessarî al compimento del reato per modo che la loro azione, personalmente distinta, sia però materialmente unita nei rapporti fra causa ed effetto, tutti e due sono egualmente imputabili dell'atto criminoso che ne è il risultato e quindi ugualmente punibili; e che sarebbe ingiusto trattare con diverso rigore quegli che vibra il colpo mortale e quegli che impedisce la difesa all'aggredito o ai terzi, quegli che appicca il fuoco o quegli che porge le fascine, quegli che contretta la cosa e quegli che tiene il sacco. Ma dalla giusta parificazione di questi atti a quelli di ogni altra cooperazione immediata vi è la stessa differenza che corre dalla specie al genere; e nei tre casi ora indicati, oltre il carattere generico della partecipazione diretta, v'è aggiunto quello specifico della efficacia necessaria » (1).

In altri termini la cooperazione immediata deve considerarsi come complicità necessaria o non necessaria, secondo i casi.

Chi tremante e inattivo sta in disparte come semplice spettatore e non come necessario esploratore, mentre i compagni uccidono la vittima, non è immediato cooperatore, aggiungeva la Relazione, e siamo con essa d'accordo.

Su che mai coopera l'assistente tremante e inattivo? È troppo artifizioso l'esempio per non tradire l'equivoco. Ben a ragione osserva l'Impallomeni come la cooperazione immediata all'atto costitutivo del delitto deve avere qualche efficacia: occorre che il partecipe con la sua presenza incoraggi almeno i compagni alla consumazione e scoraggi la vittima alla resistenza. Egli concorre allora direttamente e fisicamente alla consumazione, poichè la sua presenza è una forza attiva che si aggiunge a quella da altri adoperata e forma un sol contesto di azione. Se alcuno nel momento della perpetrazione di un omicidio se ne sta in disparte inattivo o tremante, non coopera immediatamente appunto perchè è inattivo in quel momento, non è un coagente fisico perchè nulla aggiunge alle forze criminose da altri spiegate e può soltanto essere considerato come un complice morale per i concerti anteriormente da lui presi con l'autore del delitto. Costui e gli altri eventuali partecipatori possono bensì avere tratto ausilio da lui anteriormente con la promessa di assistenza; malgrado che questa all'atto pratico sia rimasta inefficace, ebbe la sua influenza nella determinazione criminosa; per questo l'atto di quella assistenza dà luogo a una responsabilità come complicità anzichè come cooperazione immediata.

Nella revisione finale venne poi riprodotta la nozione del codice del 1859, senza la modificazione apportata nel 1861 per le provincie meridionali, la quale in verità produceva un grave equivoco. Per essa, quando un delitto fosse suscettivo di una serie di atti diversi di esecuzione, autore avrebbesi dovuto considerare solo chi compie l'atto consumativo, il quale è propriamente l'atto costitutivo del reato quello in cui cade la lesione del diritto alla quale è diretta l'azione criminosa: nel furto la contrettazione della cosa è lo scopo e non lo sforzare della serratura, così che solo chi toglie l'oggetto è autore del furto e non chi violenta il mobile ove l'oggetto stesso è chiuso; e quest'ultimo dovrebbe considerarsi qual complice, benchè entrambi avessero eseguito il delitto successivamente nei vari stadî della esecuzione fra loro inscindibili come gli anelli di una stessa catena.

(1) Relazione della Commissione della Camera sul progetto Zanardelli, n. LXXXVII.

L'art. 63 del codice penale italiano non richiede che l'agente abbia partecipato all'atto costitutivo del reato, vale a dire all'atto consumativo, perchè debba risponderne interamente come autore od esecutore; basta che egli abbia commessi degli atti di esecuzione.

Un'altra sostanziale modificazione arrecata al progetto dal testo definitivo, e che è conseguenza della prima, consiste in ciò, che parificati agli autori non sono soltanto coloro che immediatamente cooperano con l'autore agli atti costitutivi o consumativi, ma quelli in genere che immediatamente cooperano agli atti di esecuzione. In conseguenza di che la partecipazione è correità fisica se immediatamente aderisce all'esecuzione, e cioè ad essa concomitante, ed è complicità semplice se, quantunque prestata nello stesso tempo in cui la esecuzione si compie, non è ad essa concomitante; in questo ultimo caso costituisce un mero ausilio, nel primo ha il carattere di vera esecuzione.

Atti di esecuzione sono quelli con cui si procede all'aggressione di un diritto, e pertanto quelli che si esercitano nella sfera del diritto altrui. Atti di complicità sono invece quelli che, pur concorrendo allo stesso fine cui tendono quegli atti, per sè medesimi non costituiscono un'aggressione del diritto altrui, e pertanto si esercitano all'infuori della sfera d'azione dell'altrui diritto ed hanno quindi il carattere di atti preparatorî. Ora il diritto altrui si aggredisce, e quindi si procede alla esecuzione del delitto, o agendo sul soggetto passivo dell'attentato, come quando si apra con falsa chiave lo scrigno, ovvero agendo sul soggetto passivo della consumazione, come quando si porta via la roba altrui.

Questi sono i più accettabili concetti scientifici, quali li espone il professore Impallomeni (2), con una precisione di linguaggio che ne rende più perspicua l'esattezza dei criterî.

Era utile, anzi necessario, fermarvisi, per trarne con sicurezza la figura del cooperatore immediato nei riguardi e per le conseguenze all'art. 378 codice penale.

È dunque cooperatore immediato alla esecuzione dell'omicidio ognuno che con il fatto proprio direttamente concorre all'omicidio o alla lesione, agendo sulla persona della vittima che è il soggetto passivo della consumazione, senza compiere l'atto costitutivo del delitto. E così non soltanto chi la tiene stretta mentre altri la trafigge, ma ancora chi, presente all'azione, con il suo contegno in qualunque modo immediatamente contribuisce all'omicidio o alla lesione, sia difficultando con atti materiali la difesa della vittima, sia scoraggiandola con atti morali dalla resistenza, sia aiutando o in qualunque modo incoraggiando all'offesa.

Il codice considera bensì come atto di complicità il facilitare l'esecuzione prestando assistenza od aiuto *prima* o *durante* il fatto (art. 64, n. 3), ma non già assistendo od aiutando immediatamente l'autore nella perpetrazione del delitto; altrimenti non saprebbesi in che il complice si distingue dal cooperatore immediato. È perciò complice chi, durante la perpetrazione del furto, sta sulla via alle vedette, ma è cooperatore immediato o correo chi appoggia la scala perchè i ladri salgano nell'abitazione altrui o chi tiene il sacco entro il quale altri versa il grano.

È quindi di capitale importanza distinguere alla scorta di tali principî la parte che ebbero i varî concorrenti nell'omicidio o nella lesione di cui l'autore non si conobbe

(2) Nel *Completo Trattato di diritto penale* edito dal Vallardi, vol. II, parte II, p. 160 e seg.

per vedere se sia loro applicabile l'art. 378, o se per l'alinea di detto articolo vengano esclusi dal beneficio della pena minore.

31. Recentemente, in una causa dibattutasi dinanzi la Corte d'assise di Ferrara contro quattro accusati, i quali insieme ad altri rimasti ignoti, armati di fucili, di pugnali e pistole, aveano invasa la bottega di un esercente, depredato costui di una cinquantina di lire e depredato di altre poche lire due degli avventori, lasciando sul luogo ucciso uno di loro, da essi stessi evidentemente colpito per errore nella mischia, e feriti mortalmente uno degli aggrediti e leggermente altri due, la Sezione d'accusa presso la Corte d'appello di Bologna, giustamente escluse che si potesse parlare di complicità corrispettiva.

Ammessa, considerava, la riunione ed il concerto fra i componenti la banda di malfattori per la consumazione del reato fine, cioè della rapina, la quale portava con sè come necessaria conseguenza all'occorrenza l'uso delle armi e l'impiego della violenza per raggiungere il voluto scopo, è evidente che tutti quelli che risulteranno aver fatto parte della comitiva per il loro concorso di volontà e di azione nei fatti che dovevano svolgersi o potevano svolgersi e che in realtà si svolsero, devono rispondere come esecutori dei delitti perpetrati, qualunque poi sia la parte da ognuno di essi presa e spiegata nel fatto a senso dell'art. 63 del codice penale, nè è qui certo il caso di fare appello al principio della complicità corrispettiva (art. 378 detto codice) che altre ipotesi prevede e ad altre contingenze è applicabile.

E, siccome nessuno degli aggressori, perchè tutti di altro paese, era stato riconosciuto dagli astanti, ammetteva pure in ipotesi che alcuni di quei malandrini restassero a guardia lungo gli sbocchi dell'abitato, altri entrassero nella bottega, altri infine stessero in vicinanza alla casa abitata per prestare man forte, all'uopo, contro quelle resistenze che effettivamente trovarono, facendo poi uso delle armi con gli effetti sopra indicati. E ciò malgrado, pur non sapendosi se i quattro accusati fossero effettivamente giunti agli atti violenti o non potessero esser sempre rimasti alla vedetta, credette recisamente inammissibile l'ipotesi della prima parte dell'articolo 378, occorrendo puntualmente l'esclusione dell'alinea.

E a gran ragione, crediamo noi, poichè un caso simile è ben diverso da quello ipotizzato dall'Impallomeni del complice che fa la guardia in disparte mentre il ladro ruba; in questo può presumersi che di una tale partecipazione sussidiaria passasse accordo fra il ladro e il complice, ma in fatti gravi come una rapina commessa da una accolta di ribaldi armati, troppo chiaramente appare che ognun di essi pronto e parato alle più estreme violenze, quale che si sia la parte effettivamente avuta, ha con la sola sua assistenza esaurito in ogni momento consumativo tutto intero il maleficio.

Ripeteremo ancora una felice espressione dello stesso Impallomeni: *I partecipi rispondono del loro proponimento delittuoso e di ciò che è la naturale conseguenza della sua effettuazione* (1).

Giova di volo ricordare che anche Carmignani distingue la complicità dalla correità per il carattere estrinseco dell'azione e dice che la complicità per essere tale deve conservare il suo carattere di accessorio al delitto e non può in conseguenza comprendere gli atti nei quali consiste la consumazione. Per lui è essenziale che la complicità quando ha il doppio carattere di esser fisica e contemporanea all'offesa, è ognora punibile ugualmente che l'azione principale. In queste faccende, egli dice, non si distribuiscono le parti come agli attori nel dramma, e la distribuzione degli atti di cooperazione viene fornita dalle circostanze eventuali. Nella complicità che egli chiamava prossima allorchè i cooperatori hanno, per così dire, aperta la breccia, per la quale non v'ha che un breve intervallo alla consumazione, ogni ragione di minor pena nel complice si dilegua, e la indissolubile contestualità dell'operazione delittuosa non concede di ammettere la politica di Tarquinio recidendo le teste più alte e le più umili risparmiando (2).

Ora, abbandonando le sottili distinzioni di complicità propria e impropria, e prescindendo pure dalla divisione in necessaria e non necessaria dall'Impallomeni ripudiata, chiaro apparisce come l'unico criterio che può seriamente guidare nella disamina della partecipazione è quello della accessorietà o della sostanzialità nell'azione dei compartecipi.

In una rapina audace nessuno opera accessoriamente, tutti sostanzialmente; quelli che in un momento sono sentinelle, diverranno un minuto dopo omicidi per combattere le resistenze, per respingere i soccorsi, per difendere i socii.

32. Molto in questa materia deve essere abbandonato al prudente criterio del giudice, che solo può con sereno e illuminato apprezzamento misurare la qualità e la quantità del concorso per dargli quel denominatore che *a priori* più che difficile è impossibile costringere in categorie prestabilite.

Ond'è che assai commendevole ci sembra l'ammaestramento dato dai magistrati del Supremo Collegio nella sentenza 25 maggio 1891, ricor. *Viggiano* (3), alle Sezioni d'accusa, di pronunciare, nei casi di più partecipanti ad un delitto, in termini generali, l'accusa di complicità anzichè includere nella formola accusatoria il grado di complicità o la qualificazione nel complice di cooperatore immediato, e ai presidenti d'Assise di porre due questioni: l'una, se l'accusato sia colpevole di aver preso parte all'esecuzione del delitto; l'altra se, affermata la prima, l'accusato sia stato un cooperatore immediato del fatto. « Difatti, aggiunge, il precetto contenuto nei due ultimi commi degli articoli 64 e 338, cioè che la diminuzione di pena stabilita per il complice non abbia luogo quando il reato non si sarebbe commesso senza il di lui concorso o quando egli fosse stato un cooperatore immediato, implica un concetto che nel rigore dei principii (art. 495 p. p.) deve essere dal solo presidente della Corte d'assise prospettato ai giurati, perchè si rapporta alla misura della penalità dovuta al fatto principale che è il soggetto dell'accusa e che è stato già affermato dal giurì ».

Si parifica il cooperatore immediato nella complicità corrispettiva al complice necessario nella complicità ordinaria, ciò che per vero non è giuridicamente esatto, quantunque le conseguenze pratiche siano le stesse, dovendo l'uno e l'altro sottostare alla pena stabilita per l'autore del delitto, ma è però in questa sentenza espresso il criterio distintivo fra la complicità ordinaria del codice sardo e del codice italiano che ha per base la certezza dell'autore materiale (noto o ignoto che sia) del delitto a cui accede o in cui concorre la cooperazione criminosa di altri, e la complicità,

(1) *Riv. Pen.*, vol. XXVI, pag. 137.

(2) *Elem. di dir. crimin.*, Milano, Sanvito, 1863, pag.

(3) *Riv. Pen.*, vol. XXXIV, pag. 346.

corrispettiva, la quale invece presuppone l'incertezza dell'autore del fatto delittuoso fra coloro che hanno partecipato alla consumazione di esso.

33. Il nostro codice, come dicemmo, ha abbandonato il principio seguito dalla pratica napoletana e da vari progetti di suddividere anche per questa ipotesi la complicità in necessaria e non necessaria; omise anzi la stessa denominazione di complicità per comprendere nell'art. 378 tutte le partecipazioni fisiche che però non fossero cooperazione immediata; e la giurisprudenza mostrò di intendere come, giusta una nota sagace che la *Rivista Penale* (1) pone in calce alla sentenza della Suprema Corte, 12 dicembre 1890, ric. *D'Ippolito e altri*, la complicità corrispettiva sia una configurazione *sui generis*, introdotta non tanto per supplire alle norme e ai principî generali della partecipazione, quanto per completarle e renderne più agevole e sicura l'applicazione in tenor d'omicidio e di lesioni personali.

Dice esplicitamente questa sentenza che l'articolo 378 del codice vigente, che applica quella che dicesi complicità corrispettiva, ritrae una figura di reato che non va confusa con quella dell'articolo 64 e però non comporta la questione della complicità non necessaria e la conseguente diminuzione di pena; e, precedendo forse meno esattamente l'insegnamento offerto dalla sentenza che sopra citammo, indica ai presidenti nei casi di complicità corrispettiva in omicidio ai sensi dell'articolo 378, di esaurire le due ipotesi che vi si racchiudono chiedendo con una prima questione se l'accusato sia un cooperatore immediato e con una seconda (quando alla prima sia risposto negativamente) se l'accusato abbia preso parte all'esecuzione. Non diversamente la citata sentenza 25 maggio 1891, ric. *Viggiano* (2), ritenne che come nei casi della complicità ordinaria di cui all'articolo 64 del codice penale è d'uopo proporre la quistione della complicità necessaria, così nei casi di complicità corrispettiva di cui all'art. 378, è mestieri proporre la questione della cooperazione immediata nel fatto, e l'altra 22 maggio 1891, ric. *Barone* e *Saffioli* (3), impone che i giurati nelle questioni della complicità corrispettiva siano interrogati sulla circostanza della cooperazione immediata o meno nel fatto, potendo la sola esclusione di tale circostanza far luogo alla diminuzione di pena di cui all'art. 378 codice penale.

E così esplicitamente fu sancito che la complicità corrispettiva non ammette gradi (4).

Tali criterî distintivi furono rettamente osservati anche dalla sentenza 1° aprile 1891, ric. *Filorizzo* (5), per la quale « la cooperazione immediata in omicidio volontario commesso da autore noto è una figura di reato diversa e distinta dalla complicità corrispettiva e dalla cooperazione immediata in omicidio volontario di cui sia ignorato l'autore » in rigetto alla strana pretesa di chiamare contraddittorio il verdetto, che avea ritenuto i ricorrenti non cooperatori immediati di omicidio commesso da autore noto ma complici corrispettivi e cooperatori immediati di omicidio commesso da autore ignoto.

A specioso esame diè luogo la sentenza 21 dicembre 1894 ric. *D'Onofrio ed altri* (6), la quale disse contraddittorio il verdetto che dichiarava due degli accusati cooperatori immediati in omicidio ed il terzo colpevole di complicità corrispettiva.

Occorre brevemente riprodurre la dichiarazione dei giurati: Giustino e Nicolantonio D'Onofrio son ritenuti colpevoli « di avere, nella sera del 3 febbraio 1894, quali cooperatori immediati, a fine di uccidere, cagionato la morte di Giovanni Costantini, irrogandogli in varie parti del corpo molte ferite d'arma da punta e taglio, delle quali una al polmone destro ed altra nella regione sottoclavicolare destra, che furono causa della di lui morte istantanea », poi si dichiara Bonaventura D'Onofrio « colpevole di aver preso parte nelle stesse circostanze di tempo e luogo, in unione ad altra persona, alla morte del detto Giovanni Costantini, cagionata a fine di uccidere; senza che si conosca l'autore di siffatto omicidio ». Bene le considerazioni, dopo aver svolto i principî fondamentali in materia di partecipazione e il concetto speciale della complicità corrispettiva, concludono osservando come, se era noto che Giustino e Nicolantonio D'Onofrio erano stati gli uccisori del Costantini e si conosceva l'azione singolarmente da essi compiuta, non potevano i giurati senza contraddire sè stessi, ritenere poi ignoti gli autori di quell'omicidio allorchè si trattava di determinare la responsabilità del Bonaventura D'Onofrio per la partecipazione da lui avuta nel reato medesimo. Essa per vero aderiva all'azione nota di due determinati e noti autori principali dell'omicidio; doveva quindi regolarsi sulle norme comuni della correità e della complicità, misurando alla stregua delle medesime il grado di responsabilità. Nulla affatto rimaneva d'ignoto per quella deliberazione, sul delitto, nessuna incertezza di prova reclamava transazione e mancava quindi ogni fondato motivo per l'applicazione dell'articolo 378 alla posizione del quale fu mestieri negare la verità conosciuta dicendo ignoti gli autori di un delitto che invece erano stati individualmente noti e come tali condannati.

Non però sempre si era giudicato con eguale esattezza giuridica. La sentenza 25 luglio 1890, ric. *P. M.* in causa *Miccoli* (7), avea ritenuto che l'ipotesi della cooperazione immediata implica un concerto sia pure istantaneo per coadiuvare un autore ed esecutore del reato e non si attaglia al caso in cui assolutamente non risulti dell'autore principale del reato. E perchè? Sta bene che un concerto antecedente o istantaneo debba esser corso fra il cooperatore immediato e l'autore principale del reato, come del resto deve esser corso fra questi e gli altri compartecipi tutti del fatto e quindi anche con i complici correspettivi, ma può ben accadere che l'autore principale se fu noto al cooperatore immediato sia rimasto sconosciuto alla giustizia che deve non di meno punire il cooperatore immediato giusta l'alinea dell'articolo 378.

Quale significato avrebbe altrimenti la giusta esclusione ivi espressa?

(1) Vol. XXXIII, pag. 286.
(2) *Riv. Pen.*, loc. cit.
(3) *Id.*, vol. XXXIV, pag. 546, n. 1563, del *Massimario*, e per esteso: *Giurispr. Pen.*, vol. XI, pag. 495.
(4) Corte di Cass., 3 luglio 1891, ric. *Giordano* (*Riv. Pen.*, vol. XXXIV, pag. 394, n. 1390, del *Massimario*, e, per esteso, *Corte Supr.*, vol. XVI, pag. 501).
(5) *Riv. Pen.*, vol. XXXIV, pag 85, n. 1026, del *Massimario*, e per esteso: *Corte Supr.*, vol. XVI, pag. 286.
(6) *Riv. Pen.*, vol. XLI, pag. 451, in nota.
(7) *Riv. Pen.*, vol. XXXII, pag. 525, n. 1833, e, per esteso, *Cass. Un.*, vol. I, col. 358.

34. Veramente è discutibile se l'art. 378 richieda un vero concerto, o almeno bisogna intendersi sul significato da dare alla parola. Certamente la partecipazione non può essere slegata e del tutto indipendente fra i varî che cooperano alla esecuzione di un delitto, ma neppure occorre che essi sappiano la qualità e quantità di forza che ciascuno vi apporta, e non sarebbe quindi assurdo, per riportarci al caso esaminato dalla suddetta sentenza, che il cooperatore immediato, tenendo ferma la vittima, ignorasse egli stesso l'autore principale della strage, quello cioè che inferiva i colpi letali.

Carrara, in uno studio sull'omicidio il di cui autore rimase ignoto, contenuto nell'opera *Reminiscenze di cattedra e fôro* (1), sostiene che, per potersi parlare di responsabilità collettiva, dev'essere provato fra i partecipanti al fatto quel concerto, nel comune loro interesse, voluto dall'articolo 59 del codice penale toscano, perchè siano considerati coautori; ma bisogna notare che a tale conclusione egli giunge dopo avere lungamente combattuto il principio che, limitatamente alle ipotesi della rissa, s'era già fatto strada nel codice toscano e nel codice sardo. Per lui due sono sul proposito le dottrine: la positiva o giuridica, che si fonda sulla certezza e, senza preoccuparsi delle eventuali impunità, ripudia ogni transazione di prova o di pena; e la politica o arbitraria, che, alimentata dalla paura, si basa non più sulla certezza ma sulla probabilità: dalle quali due tendenze va formandosi, aggiunge, una terza teoria ecclettica di cui sono espressi i caratteri nelle disposizioni portate dal codice toscano, dal codice sardo e da altri relativamente agli omicidi e alle lesioni avvenute in rissa senza che se ne conosca l'autore preciso.

Non nasconde del resto, pur dichiarando che ne attende l'esperimento, la sua poca simpatia verso ogni deroga al principio classico-giuridico della certezza assoluta, avvertendo opportunamente che spesso le incertezze della prova sull'autore principale dipendono da un'istruttoria difettosa, male indirizzata, priva della voluta energia, tale insomma da lasciar troppo campo ai conflitti di scambievoli incolpazioni determinati da necessità della difesa.

L'articolo 59 del codice penale toscano diceva: « Allorchè il delitto è la conseguenza del concertato di più individui, che lo avevano risoluto nel loro comune interesse, tutti sono considerati come autori »; ed aggiungeva poi che, se alcuno non avesse partecipato neppure colla semplice presenza all'esecuzione del fatto, la sua pena poteva scendere fino a quella dell'ausiliatore.

Ora è evidente che l'articolo 378 del nostro codice nulla richiede di quella concertata risoluzione, limitandosi a disporre in via eccezionale sulla responsabilità di più compartecipi in un reato di sangue di cui non si conosce l'autore. Perchè la cooperazione sia sciente deve esserci naturalmente un accordo, sia pur istantaneo ed anche tacito, della volontà, ma ciò è qualcosa di ben diverso da un concerto deliberato.

35. La dizione dell'articolo 378 ha questo di buono, che nei riguardi dell'omicidio o della lesione di cui sia rimasto ignoto l'autore divide i partecipi in due sole categorie: i cooperatori immediati e gli altri; i primi vanno naturalmente considerati come autori nelle conseguenze penali, gli altri per la parte che risulta avere essi presa nel fatto, sono puniti con una diminuzione di un terzo alla metà sostituita all'ergastolo la reclusione non ulteriore ai 15 anni.

È una pena straordinaria come è straordinaria la responsabilità di costoro e la ragione giustificativa del beneficio si desume da questo che non si può a tutti attribuire l'esaurimento intero del reato, l'espletazione dell'ultimo atto consumativo non sapendosi da chi fosse compiuto, e bisogna quindi contentarsi di colpire tutti per quella parte di esecuzione che risulta avere essi compiuta.

E di vero, chi ben guardi, il concetto di complicità si ricollega con quello del conato criminoso perocchè in tanto alcune accessorie partecipazioni incontrano minore responsabilità e son trattate con pena più mite, in quanto che l'azione da esse spiegata procedè meno avanti nel cammino del delitto, ne esaurì minore quantità. Le primordiali legislazioni che equiparano al delitto perfetto ogni forma di conato, quasi la sola intenzione, trattarono ugualmente tutti i gradi di partecipazione. Solo col tempo si andò svolgendo il principio che ognuno dovesse rispondere soltanto di quello che ha compiuto e di quanto ha compiuto e vediamo nelle teoriche del concorso e del tentativo lo studio indefesso di proporzionare con la maggior possibile esattezza l'un termine coll'altro.

La complicità corrispettiva si basa sulla ignoranza di chi giunse all'ultimo atto consumativo, che per necessità deve quindi restare impunito, e la giustizia con intensità minore si estende a tutti i compartecipi colpendoli per quel tanto che tutti hanno certamente consumato mentre uno o alcuno di essi avea fatto anche di più.

Non può però a tutti i partecipi principali e secondari essere addebitato l'ultimo evento commesso da un solo di essi in coerenza al principio del Geyer che fonda la teoria della partecipazione non sulla diversa potenza causale degli atti, ma sulla disuguaglianza della colpabilità (2).

Che se anche deterministicamente si voglia con l'Impallomeni ritenere necessaria ogni condizione che fu posta a un dato fatto e quindi ogni e qualsiasi concorso, respingendo la nozione della complicità non necessaria (3), sarà sempre vero che il valore di questi coefficienti necessari non è per tutti identico, come dimostra argutamente lo stesso Impallomeni con l'esempio dei tre individui che spingano un masso impiegando sforzi, che, quantunque siano tutti necessarî ad ottenere il movimento, possono però non essere uguali tra loro (4).

Resta dunque sempre misurabile alla forza della cooperazione prestata, la responsabilità dei compartecipi, appunto per ciò che hanno o si presume che abbiano compiuto nel conseguimento del fine.

È sulla base di tali principî che bisogna guardare ciò che la legge nostra penale ha voluto proporsi con l'art. 378, rievocando bensì quello che un tempo ebbe la tecnica denominazione di complicità corrispettiva, ma semplificando però d'assai non pur l'espressione ma la sostanza medesima dell'istituto nel quale si astrae interamente dal criterio di complicità, come è inteso nelle disposizioni generali, distinguendo soltanto la partecipazione in essenziale o cooperazione immediata, e in non essenziale o mediata per togliere o lasciare la diminuzione di pena che viene de-

(1) Lucca, Canovetti, 1883, pag. 187 a 257.

(2) *Grundriss Vorlesungen über gemeines Deutsche Strafrecht*, § 33.

(3) Nel *Completo Trattato*, ecc., vol. cit., pag. 314.

(4) *Riv. Pen.* XXVI, pag. 109.

terminata dalla incertezza della prova sull'autore principale del delitto.

36. E così intesa pare chiaro come la disposizione di carattere assolutamente oggettivo possa concorrere insieme all'aggravante della premeditazione, dell'agguato, ecc., come insieme alle scusanti della provocazione, dell'eccesso nel fine, ecc. Dice Zuppetta (1) non aver ragione d'essere il dubbio se la premeditazione fosse compatibile con la complicità corrispettiva, e cita la sentenza della Suprema Corte di giustizia di Napoli, 5 agosto 1853, in causa *Politano*, che puntualmente giudica che la complicità corrispettiva non necessaria e la premeditazione nulla offrono di ripugnante fra loro.

37. Un punto importante da notare si è la assoluta differenza fra questo articolo e il successivo 379, che contempla i casi della rissa.

Per quest'ultimo si risponde della uccisione o della lesione non perchè vi si abbia concorso dolosamente, ma per avere partecipato a un fatto illecito, la rissa, da cui derivò la morte o la lesione personale. Nell'ipotesi dell'art. 378, che potrebbe trovare la sua applicazione anche in un fatto di rissa, tutti devono avere l'intenzione dolosa diretta alla uccisione o alla lesione, e invece per l'art. 379 è presunto che non si sia voluto concorrere alla morte o alla ferita nella rissa avvenuta. Per l'art. 378 è indispensabile che sia ignoto l'autore, mentre per il 379, malgrado l'equivoco in cui talora la pratica è caduta, ciò è affatto accessorio, poichè la legge prevede che i corrissanti abbiano potuto commettere individualmente reati diversi da quello *sui generis* qui configurato e statuisce che ne debbano contemporaneamente rispondere. Tanto è vero che la Commissione di revisione aveva a maggioranza proposta l'aggiunta dell'inciso: *Senza che si conosca l'autore del fatto nè alcuno che sia concorso nella esecuzione di esso;* ma non fu accolto. Una terza differenza infine è questa, che, mentre nell'art. 378 il reato è sempre per tutti doloso, nella ipotesi della rissa non è intenzionale nè preterintenzionale, ma, come bene osserva l'Impallomeni (2), di carattere colposo, salvo ben inteso, come sopra si è detto, e per le stesse esplicite disposizioni della legge, le maggiori responsabilità nelle quali i corrissanti siano caduti per fatto diretto e doloso loro individualmente proprio.

Una certa tal quale affinità nella presunzione di colpa e nella transazione di prova e le disposizioni che il codice sardo e la maggior parte delle leggi anteriori avevano sulla rissa potè far nascere qualche equivoco e ritenere uguali due cose che partono invece da concetti assai sensibilmente diversi come anche dimostreremo nel commentare diverse sentenze che si pronunziarono su questo punto.

38. La sentenza 25 maggio 1891, ric. *Viggiano*, già due volte citata (3), ritiene la complicità corrispettiva applicabile anche negli omicidii preterintenzionali, però che gli articoli richiamati nell'art. 378 codice penale si riferiscono alla sola parte oggettiva dei delitti. Vi ha chi ne sostiene la esclusione sull'argomento che soltanto gli art. 364, 365, 366, 372 e 373, e non il 363 e il corrispondente 374, vengono richiamati nell'articolo 378; ma l'obiezione, fu osservato, è più speciosa che solida, perchè sarebbe inconcepibile che la legge ravvisasse la complicità corrispettiva fra coloro che hanno partecipato ad un fatto che ha prodotto l'indebolimento di un organo e non ne scorgesse poi alcuna in coloro che parteciparono a fatti da cui è derivata la morte. Neppure all'epoca del codice sardo si dubitò mai nelle provincie meridionali che la complicità corrispettiva esistesse anche nelle ferite produttive di morte, nelle quali fosse concorso il beneficio dell'*ultra finem* di cui all'art. 369.

Conformemente su questo punto s'era già pronunziata la stessa Corte Suprema colla sentenza 12 dicembre 1890, ric. *D'Appolito ed altri* (4), dicendo che l'articolo 378 è virtualmente compreso nell'articolo 368, il quale, richiamando l'articolo 364 che contempla l'omicidio volontario, vi ha incluso anche l'omicidio preterintenzionale nel senso obiettivo, cioè nel senso di una lesione produttiva di morte. Ed a ragione ci sembra, poichè non vi sarebbe motivo per disporre un diverso trattamento nel caso abbastanza verosimile di varî individui insieme concorsi in un fatto dal quale seguì una lesione mortale prodotta, s'ignora da chi, mentre provata intenzione di tutti era soltanto quella di ferire. Quei criteri, che giuridicamente consigliano la transazione sulla prova, non militano evidentemente in questa ipotesi meno che nell'altra più grave, e la condizione dei partecipanti al delitto è la stessa, identica. Nè si dica che le due scuse contemplate agli art. 368 e 378 codice penale sono incompatibili, perchè ripetutamente fu deciso che la disposizione contenuta nell'art. 378 non costituisce una scusa o una minorante che si debba proporre obbligatoriamente sulla domanda della difesa, come si può vedere, tra altre, dalle sentenze 5 giugno 1891, ric. *Carsitto* (5) e 20 gennaio 1892, ric. *Amato ed altri* (6). Che se dunque si tratta di una diversa forma giuridica determinata da circostanza del tutto oggettiva, quale è appunto l'oscurità o l'incertezza intorno all'autore del reato, pare a noi che la responsabilità collettiva incombente su tutti i compartecipi non debba spogliarsi dell'elemento intenzionale onde gli stessi erano mossi. Così per loro come per qualsiasi autore conosciuto l'evento può avere ecceduto la volontà e di ciò deve tenersi conto come di ogni altra causa soggettiva che attenui l'imputabilità. Se, per esempio, molti furono ingiustamente provocati e insieme reagirono ferendo od uccidendo (non si sa per opera di chi particolarmente) il nemico provocatore, la condizione oggettiva della prova incerta per l'ignoranza dell'autore principale, non toglierebbe, pensiamo, la sua efficacia all'elemento soggettivo di scusa che diminuisce la responsabilità per tutti i partecipatori del delitto commesso nell'impeto dell'ira e in seguito a ingiusta provocazione.

Meritano una menzione speciale quelle sentenze che più puntualmente posero in luce ovvero discussero i caratteri differenziali fra le due figure giuridiche contenute negli art. 378 e 379 cod. pen. Con sentenza del 5 giugno 1891, in causa *Piperno ed altri*, relatore Canonico, si proclamava che solo nel primo di detti reati è necessario che sia ignoto l'autore dell'omicidio o della lesione, bene delineando ne' motivi la differenza fra la complicità corrispettiva e la parteci-

(1) Op. cit., vol. II, pag. 644.

(2) Nel *Completo Tratt.*, l. c., pag. 181 e 183.

(3) *Riv. Pen.*, XXXIV, pag. 345.

(4) *Riv. Pen.*, vol. XXXIII., pag. 286. Vedi anche stessa Suprema Corte, 11 novembre 1895, ric. *Di Poco* (*Riv. Pen.*, vol. XLIII, pag. 185, n. 184 del *Massimario*, e, per esteso, *Foro It.*, 1896, col. 16).

(5) *Riv. Pen.*, vol. XXXIV, pag. 547, n. 1592 del *Massimario*, e, per esteso, *Cass. Unica*, vol. III, col. 393.

(6) *Id. id.*, 1892, col. 200.

pazione alla rissa (1). « È soltanto nella ipotesi prevista dall'art. 378 che l'autore del maleficio dev'essere ignoto, ed il legislatore non ha mancato di farne espressa dichiarazione nelle parole « quando non si conosca l'autore dell'omicidio « o della lesione ». Ma queste parole si ricercherebbero invano nell'art. 379, col quale si è voluto delineare un reato *sui generis*, quello cioè della partecipazione ad una rissa in cui taluno sia rimasto ucciso o ferito e per il quale viene sancita ai corrissanti una pena, non già perchè si presumano esecutori o cooperatori o complici dell'omicidio o della lesione, ma perchè, partecipando al fatto illecito della rissa, furono, per ciò solo, causa indiretta del reato di sangue cui dette occasione la rissa medesima. E poichè questa loro responsabilità è affatto indipendente e disgiunta da quella dell'autore dell'omicidio o della lesione, non può cessare per il fatto che questo sia conosciuto. In tal caso costui risponderà della lesione o dell'omicidio, tenuto conto delle risultanze che aggravano o scusano la di lui singolare imputabilità; mentre gli altri saranno più o meno gravemente puniti per il fatto della partecipazione alla rissa secondo che abbiano oppur no posto le mani addosso all'offeso ».

Un'altra sentenza, 2 marzo 1893, ric. *Polito* (2), mantiene questa giusta distinzione di criteri, dicendo che per il delitto previsto dall'art. 378 codice penale occorre sempre la certezza di un concorso sciente nella vera e propria esecuzione del reato, mentre per il delitto di cui all'art. 379 basta l'aver portato, come compartecipi in una rissa, la mano sopra l'ucciso. Però nella sentenza 10 marzo 1893 della stessa Corte regolatrice, nella risoluzione di conflitto in causa *Giorgi*, venne smarrita l'esattezza del primo criterio, statuendosi che non è giuridicamente possibile ritenere a carico di alcuni imputati che presero parte a una rissa il reato di omicidio volontario e a carico di altri che pure presero parte alla stessa rissa il reato di partecipazione ad una rissa in cui alcuno sia rimasto ucciso (3), così motivando:

« Attesochè la uccisione di un uomo o la sua lesione personale seguita da morte, quando avvengano in rissa e se ne ignori il preciso autore, costituiscono l'unico reato previsto nell'art. 379 codice penale, senza che questa unità giuridica possa essere scissa in due come ha fatto la Corte d'appello di Casale, imperocchè, nel caso suddetto, il fatto principale è la uccisione o lesione corporale seguita da morte, di cui rispondono penalmente tutti i rissanti per una presunta complicità correspettiva; e la rissa non è che una circostanza accessoria che diminuisce la responsabilità penale degli imputati; e la diminuzione è consigliata dall'incertezza appunto del preciso autore del reato. Non occorre grande acume per intendere che questa figura criminosa non ha punto che fare nè coll'omicidio nè con la lesione personale susseguita da morte, di cui è parola negli art. 364 e 368 codice penale, giacchè fra loro corre tanta differenza quanta ne corre tra l'ignoto e il noto, fra le tenebre e la luce. Nella ipotesi dell'art. 379 l'autore dell'omicidio e della lesione mortale è ignoto: nella ipotesi degli art. 364 e 368 l'autore è noto. Stando codesta diversità sostanziale chi afferma l'una ipotesi nega le altre ».

(1) *Riv. Pen.*, vol. XXIX, pag. 220, n. 1238 del *Massimario*, e per esteso: *Legge*, vol. XXXII-II, pag. 334.
(2) *Riv. Pen.*, vol. XXXVIII, pag. 192, n. 865 del *Massimario*, e per esteso: *Corte Supr.*, vol. XVIII, pag. 45.
(3) *Riv. Pen.*, vol. XXXVIII, pag. 393, n. 1153 del *Massimario*, e per esteso: *Giurispr. It.*, vol. XLV, col. 239.

Ciò che mostra la confusione in cui si cadde tra le due figure giuridiche obiettate agli art. 378 e 379, che sono ben distinte invece e per la precisa parola della legge che all'art. 379 lascia salvi i casi previsti dal precedente art. 378, e per lo spirito di transazione a causa dell'incertezza sulla responsabilità onde s'informa l'art. 378 a differenza del 379 che legifera nel noto, la partecipazione cioè alla rissa e la mostrata ostilità coll'aver posto la mano addosso all'offeso, senza alcun riguardo alle circostanze che l'autore dell'omicidio o della lesione sia noto o rimanesse sconosciuto.

Nella prima ipotesi costui risponderà secondo le norme generali e nella seconda potrà anche eventualmente concorrere l'applicazione di entrambi gli articoli 378 e 379 se per taluni degli imputati si abbia una sciente partecipazione che non sia cooperazione immediata non pur materiale, ma intellettuale alla uccisione e alla lesione e per altri, esclusa tale complicità, rimanga solo la prova di una partecipazione puramente materiale, più o meno ostile, alla rissa nella quale seguirono l'omicidio o la lesione che però a titolo di colpa son addebitati a tutti i corrissanti quando nulla di più grave hanno commesso, vale a dire quando non furono autori di quei delitti e quando neppure vi parteciparono correlativamente spinti ad un fine comune.

Son criteri che si direbbero piani, perspicui, ma pur tuttavia si vedono spesso abbandonati; anche nella sentenza 13 aprile 1894, ric. *Odeglia* (4), si insinuò l'errore che i due articoli 378 e 379 abbiano uno stesso contenuto sostanziale, con questa sola differenza che nel secondo il fatto deve essere avvenuto in rissa; e un eguale errore fu ripetuto nella sentenza 15 maggio 1894, ric. *Verzetto e Oberti* (5).

39. Giova evitare, s'intende, la confusione nei quesiti. Prima con la sentenza 4 settembre 1891, ric. *Merola* (6), e poi con altra 23 maggio 1892, ric. *Boaldino ed altri* (7), è ammessa la questione complessa in cui si domandi alternativamente ai giurati, e per ciascuno di più accusati condotti al giudizio se egli sia stato esecutore o cooperatore immediato dell'omicidio, dacchè le due ipotesi criminose portano alla medesima pena. « E sebbene la formola alternativa lasci incerto chi sia l'esecutore e chi il cooperatore immediato, certo è che ciascuno degli accusati o l'una cosa o l'altra ha dovuto essere, onde non è il caso di applicare loro la diminuente della complicità corrispettiva. »

È accompagnata questa stessa sentenza nella *Cassazione Unica* (8) da un elaborato commento, che cerca di rilevarne l'erroneità sostenendo che per esso viene interamente frustrata la teorica della complicità corrispettiva secondo lo spirito e il dettato dell'articolo 378 codice penale. Non è vero, in sostanza si dice, non è vero che rimanga indifferente ai riguardi della pena la dichiarazione di colpabilità come autore o come cooperatore immediato del delitto, perchè il capoverso dell'articolo 378 ha efficacia solo quando il cooperatore sia noto; diversamente, nella incertezza di designazione fra autore e cooperatore immediato complessivamente affermata nel verdetto, si rientra nella ipotesi della complicità corrispettiva. Indubbiamente, a noi sembra, è di gran lunga preferibile un modo più razionale e giu-

(4) *Cass. Un.*, vol. V, col. 903.
(5) *Riv. Pen.*, vol. XL, pag. 108, n. 1323 del *Massimario*, e per esteso: *Corte Supr.*, vol. XI, pag. 1138.
(6) *Riv. Pen.*, vol. XXXIV, p. 595.
(7) *Riv. Pen.*, vol. XXXVI, p. 37.
(8) III, 1067.

ridico di porre la questione, così da non confondere in unica domanda due nozioni abbastanza diverse, quali sono quelle dell'autore principale del delitto e del cooperatore immediato; nessuno negherà che meglio sia prospettare la prima, indi, subordinatamente alla sua negativa, la seconda e poi come terza quella della complicità corrispettiva, ma tuttavia in pratica l'obbiezione del commentato può apparire più speciosa che fondata. È vero che la teorica della complicità corrispettiva si fonda sul principio che non possa parlarsi di piena misura di responsabilità di colui per il quale non si riuscì ad assodare in fatto quale sia stata e di che forma e natura la partecipazione presa nel delitto di sangue, ma a che giova tutto questo se la risposta dei giurati puntualmente stabilisce che tutti, o come autori o come cooperatori immediati, presero una parte nota nel fatto, tale da escludere assolutamente l'applicabilità dell'articolo 378 perchè tutti furono qualche cosa di più di complici corrispettivi, furono autori o cooperatori immediati nel delitto? Incidentalmente noteremo che nella fattispecie si trattava di omicidio premeditato e la Corte non dubitò che l'aggravante potesse concorrere con l'articolo 378.

Però nullo è il verdetto ove, in tema di complicità corrispettiva in lesione personale, i giurati ammettano un autore noto della lesione e la Corte gli applichi la pena relativa (Cass., 6 marzo 1893, ric. *Capisciollo*) (1), nè la prima parte dell'articolo 378 può mai applicarsi ai cooperatori immediati quando siano noti, sebbene erroneamente qualificati come complici (Cass., 11 gennaio 1894, ric. *Stallone ed altri*) (2), ma, quando in fatto è assodato che l'uno o l'altro degli accusati od entrambi sono considerati come esecutori o cooperatori immediati, la circostanza di non conoscersi l'autore del colpo letale non può ad essi portare alcun giovamento, e però è affatto inutile che il presidente, nella quistione relativa ponga due questioni distinte di esecutore e di cooperatore immediato, come fu ritenuto nella causa *Merola* sopra citata, mentre un'altra sentenza 2 febbraio 1894, ric. *Sodano* (3), giudicò ancora che si potevano proporre in forma alternativa le due ipotesi della esecuzione e della cooperazione immediata in omicidio, applicando in caso affermativo l'articolo 63 e non l'art. 378 codice penale.

I principî sopra esposti bastano a chiarire che la legge non ha voluto in alcun modo precisare il genere della partecipazione con la quale i complici corrispettivi concorsero al fatto, e giustamente quindi la sentenza 3 marzo 1892, ric. *Guasco ed altri* (4), dice che per la sussistenza della complicità corrispettiva basta stabilire che più persone concorsero all'esecuzione dell'omicidio o del ferimento, dei quali reati però non si conosce l'autore, ma non è necessario che si provi avere le dette persone posto le mani addosso all'ucciso o al ferito, e aggiunge che, se l'offeso riportò due lesioni, per uno si può condannare l'autore che ne sia conosciuto, per l'altro si possono condannare i complici corrispettivi.

40. E, di vero, quando ben s'intendano i criterî a cui si ispira questa disposizione, la quale necessariamente deve limitarsi a transigere in quella sola parte ove è necessario di farlo per la incertezza di prova sull'autore principale dell'omicidio o della lesione, nulla impedisce che nella stessa causa, per altre lesioni avvenute nel medesimo contesto gli autori di esse eventualmente noti e i complici siano trattati secondo i principii generali. Sono puntuali al riguardo e commendevoli le decisioni del 18 novembre 1892, ric. *Daniele*, secondo cui di un omicidio volontario di cui si ignori l'autore ben possono essere senza contraddizione ritenuti compartecipi più individui con la distinta responsabilità di complice corrispettivo, di complice necessario e di complice non necessario, rispettivamente alla parte da ciascuno presa nel reato commesso (5); e del 2 febbraio 1893, ric. *Sodano*, già citata, secondo cui, quando più persone prendano parte alla esecuzione di un delitto, i modi di partecipazione possono variare ed assumere diverse forme; e può benissimo avvenire specialmente in un omicidio tumultuario che si conosca e si stabilisca la parte precisa che una di esse ebbe nel fatto e di lui quindi si debba giudicare con le norme ordinarie dettate dall'articolo 63 cod. pen. e per altre invece si stabilisca che, sebbene abbiano preso parte al fatto, non se ne conosca con precisione il modo e la misura sicchè a loro riguardo si debba far ricorso alla penalità straordinaria stabilita in detto articolo 378.

41. Discute una grave questione la sentenza 9 luglio 1894, conflitto in causa *Grasso*, secondo cui la diminuzione di pena per complicità corrispettiva procedendo dagli elementi essenziali e non dalle circostanze del reato deve essere tenuta in conto nel determinare la competenza (6). Il quesito è importantissimo in relazione alla portata dell'art. 12 codice proc. pen., che il tribunale di Catania avea ritenuto di ostacolo a spostare la competenza del giudizio per lesioni volontarie gravissime nei sensi dell'art. 372, n. 2, combinato con l'art. 378 cod. pen. Dice la motivazione: « Attesochè, come ha insegnato altra volta questo Supremo Collegio, la diminuzione di pena, di cui all'art. 12 cod. procedura pen. vieta tener conto nelle questioni di competenza, è quella che procede dalle circostanze o modalità del reato, non quella che procede dall'essenza del reato stesso. Di questa ultima si deve tener conto, perchè è proprio in essa il criterio della competenza. Nella fattispecie la diminuzione di pena stabilita nell'articolo 378 non è per la modalità, ma per l'essenza e titolo del reato; il quale consiste nella partecipazione di più persone alla esecuzione di alcuno dei delitti preveduti negli articoli 364, 365, 366, 372 e 373 codice pen., senza che si conosca l'autore dell'omicidio o della lesione. Questi sono elementi essenziali, non modalità della complicità corrispettiva perocchè, se manca un solo di essi, il reato non è più. Le circostanze invece, come accidentalità, possono stare o non col reato. Da ciò è chiaro che la diminuzione di pena stabilita nell'art. 378 procedendo dagli elementi essenziali e non dalle circostanze del reato, si può e deve tenerne conto nel determinare la competenza, come, per le stesse ragioni, si tien conto delle diminuzioni di pena nel caso di tentativo, di complicità non necessaria giusta altri responsi di questa Corte Suprema ».

Difatti una decisione 23 giugno 1894, conflitto in causa *Radelli ed altri* (7), dice che la non necessarietà della

(1) *Riv. Pen.*, vol. XXXVII, pag. 616, n. 667 del *Massimario*, e per esteso: *Cass. Un.*, vol. IV, col. 486.

(2) *Riv. Pen.*, vol. XXXIX, pag. 307, n. 362 e 363 del *Massimario*, e per esteso: *Foro It.*, vol. XIX, col. 110.

(3) *Riv. Pen.*, vol. XXXIX, pag. 402, n. 494 e 495 del *Massimario*, e per esteso: *Corte Supr.*, vol. XIX, pag. 291.

(4) *Riv. Pen.*, vol. XXXVI, pag. 86, n. 1092 e 1093 del *Massimario*, e per esteso: *Corte Supr.*, vol. XVII, pag. 180.

(5) *Foro Pen.*, vol. IV, pag. 37, *Massimario*, n. 227.

(6) *Riv. Pen.*, vol. XLI, pag. 389, n. 893 del *Massimario*, e per esteso: *Giurispr. It.*, vol. XLVII, col. 55.

(7) *Corte Supr.*, vol. XIX, pag. 1025.

complicità è circostanza che influisce nella determinazione della competenza, e che l'accusa di complicità presume sempre la complicità non necessaria essendo la complicità necessaria un'aggravante della complicità, e i motivi, in gran parte simili a quelli sopra riportati tendono a dimostrare che l'ultimo capoverso dell'articolo 64 non è d'ostacolo a una tale interpretazione e che l'aumento di pena da esso portato non procede dall'essenza del reato, ma da una modalità, circostanza aggravante, del medesimo. Se questa non risulta o non è dedotta in accusa, rimane la complicità semplice sulla quale deve essere regolata la competenza.

È, o ci inganniamo, un nuovo equivoco della Suprema Magistratura; non ci permetteremo di uscire dai limiti stretti di questa voce per rievocare le molteplici decisioni sulle quali la pratica costantemente ha usato di prospettare sempre ai giurati le due ipotesi della complicità necessaria e non necessaria, ma ricorderemo soltanto in punto alla complicità corrispettiva le massime stabilite con le sentenze citate ai nn. 32 e 33 di questo capo, 25 maggio 1891, ric. *Viggiano;* 12 dicembre 1890, ric. *D'Appolito* e 22 maggio 1891, ric. *Barone* e *Saffiotti*, alle quali si può anche aggiungere la sentenza 25 maggio 1892, ric. *Chiodi* (1), che, in conformità ai responsi suddetti e ad altri non pochi, ritenne che nel caso di complicità corrispettiva il presidente non può esimersi dal proporre la questione sulla cooperazione immediata.

Se dunque questo punto di fatto deve risolversi dai giurati quando la causa è discussa dinanzi alla Corte d'assise, parrebbe più opportuno, se non più giuridico, il sistema, indubbiamente legale, consigliato dalla sentenza prima citata al suddetto n. 32, di pronunziare cioè l'accusa nei termini generali di complicità per non pregiudicare l'apprezzamento definitivo dei fatti che più regolarmente sono lasciati nella loro interezza ai competenti giudici del merito, i quali soltanto fra i vari accusati di complicità corrispettiva in un omicidio o in una lesione dovranno dire di essi chi sia stato cooperatore immediato. Come potranno fare questo giudizio richiesto dall'esame esauriente del contenuto dell'art. 378, se nel decidere la competenza fu prima del giudizio esclusa la esistenza di cooperatori immediati? Non si renderanno forse in questo modo più facili e frequenti i conflitti?

42. Vedemmo come intesero e spiegarono la teorica della complicità corrispettiva gli autori classici, e segnatamente il Nicolini e il Zuppetta, dai quali non si discostano nei brevi cenni che ne danno il Cosentino (2) e il Pessina (3). Anche il Giuliani (4) si preoccupa del caso in cui tra più feritori che usarono le armi contro l'ucciso, non apparisca chi di loro produsse la letale ferita. La sicurezza sociale, osserva, mediante l'omicidio, fu veementemente turbata, epperò vi ha d'uopo di un conveniente esempio; ma il punir tutti come omicidi sentirebbe di soverchia severità, come il punir tutti quali rei di semplice ferita saprebbe forse di soverchia mitezza e di non efficace sociale difesa. Fra questi due estremi è d'uopo scegliere il giusto mezzo e punir tutti con pena straordinaria, cioè inferiore di più gradi a quella dell'omicidio, non escluso lo stesso autore della rissa, il quale non poteva prevedere le conseguenze di essa. E aggiunge che in queste massime convengono tutti i pratici non meno che i teorici scrittori.

E Giovanni Carmignani, che portò un così efficace contributo scientifico alla teorica del concorso di più persone in un delitto, distinguendo la spontanea concorrenza diretta ed immediata nella consumazione del delitto (correità) dalla spontanea concorrenza indiretta e mediata nell'esecuzione dell'azione criminosa (complicità) (5), accetta il mezzo termine « piaciuto agli interpreti di punire con pena straordinaria tutti coloro che presero parte alla rissa nella quale un uomo rimase ucciso senza che si sappia ad opera di chi » (6).

Non muovono censura il Pincherli nel suo *Codice penale italiano annotato* (7) e il Travaglia nella sua *Guida pratica* (8), e si dichiara favorevole alla disposizione in esame l'Impallomeni nella sua pregevole opera: *Il Codice penale italiano illustrato* (9), trattandone con qualche larghezza e muovendo soltanto qualche osservazione sulla penalità straordinaria.

43. Ma Scipio Sighele (10), con una fierezza che rivela la vigoria del suo ingegno più che la temperanza serena da lui medesimo altre volte e spesso elegantemente serbata, attacca l'articolo 378 rigeneratore dell'antico concetto della complicità corrispettiva, per il quale, a suo dire, si legifera sull'ignoto stabilendo una pena che dal legislatore stesso è riconosciuta sproporzionata per due punti di vista principalmente. Il primo è l'ingiustizia in cui si cade per volere punire qualcuno, *quand même*, senza poter colpir giusto, irrogando al compartecipe una pena che può essere sproporzionata al fatto commesso, se, per avventura, la partecipazione avesse avuto il grado di complicità non necessaria essendo la pena dei complici non necessari diminuita della metà a senso dell'articolo 64, mentre l'articolo 378 per i partecipi corrispettivi può diminuirla anche solo di un terzo. Il secondo è che la disposizione particolare non si presenta necessaria bastando a provvedere sulla materia le disposizioni generali sul concorso di più persone nel reato.

E il consigliere Fiocca, sostenendo con grande vigoria l'istituto giuridico che ebbe vita nelle sue provincie, combatte il primo argomento col dire che la pena, trattandosi di una forma speciale di complicità non può dirsi grave se solo nel massimo eccede quella della complicità necessaria, così che il giudice nella sua latitudine può sempre commisurarla alle contingenze, e infine osserva che una pecca nella penalità non basta a persuadere che sia ingiusto l'istituto avvisato in sè stesso, che rovesci, come pare al Sighele, i criterî di giustizia e i cardini del diritto.

Quanto poi alla necessità o meno di questa particolare disposizione, sostiene che la complicità ordinaria non sarebbe in questi casi applicabile come quella che nelle sue varie forme, giusta l'articolo 64, presuppone sempre un autore principale intorno a cui i complici si aggruppano e avvolgono come satelliti intorno al pianeta, ed aggiunge, a

(1) *Corte Suprema*, vol. XVII, pag. 376

(2) *Il codice penale*, Napoli, Sarracino, 1879, pag. 291 a 293.

(3) *Elementi di diritto penale*, Napoli, Marghieri, 1882, p. 282.

(4) *Istituzioni di diritto criminale*, Macerata, Viarchi, 1840, tom. II, pag. 234.

(5) *Elem. di dir. crim*, Milano, Sanvito, vol. II, pag. 174.

(6) Op. cit., pag. 357

(7) Pag. 531 e 532, Verona, Tedeschi, 1890.

(8) Pag. 271 e 272, Forlì, Bordandini, 1890.

(9) Vol. III, pag. 194 a 197, Firenze, Civelli, 1890.

(10) *La teoria positiva della complicità* (Torino, F.lli Bocca 1894, pag. 168 e 206), contenente anche l'articolo polemico del consigliere Antonio Fiocca, pubblicato nella *Cassazione Unica*, vol V, col. 5.

nostro avviso assai opportunamente, che l'appunto di inutilità mosso dal Sighele si fonda sopra un falso presupposto, e cioè che il partecipare alla esecuzione del reato sia un atto di complicità ordinaria, il quale, rientrando in una delle potesi dell'articolo 64 rende inevitabile la punizione dei colpevoli senza nessun bisogno dell'articolo 378.

Adduce un esempio significantissimo: « Si sa che molti volevano uccidere un Tizio e tutti per questo fine gli fecero fuoco con i propri fucili, ma siccome il colpo micidiale fu uno solo, così uno è l'autore materiale, il quale si sa che è fra gli agenti, ma non si sa chi sia di loro. Come ognuno vede, la figura della complicità corrispettiva non è nè quella dell'autore principale, nè quella del complice necessario, ma un *quid medium* che sta fra queste due e l'altra del complice non necessario. Infatti, nell'esempio accennato, nessuno degli agenti può dirsi autore principale perchè si ignora da chi è partito il colpo mortale, ma nessuno può neppur dirsi complice ai sensi dell'articolo 64, perchè quello di far fuoco con animo di uccidere non è atto di ausilio, come deve essere quello del complice, ma atto di esecuzione. E a chi compie tali atti la saggia giurisprudenza delle provincie meridionali diede il nome di complici perchè, come osservava il Nicolini, si aiutano a vicenda e cooperano ad un fine e sotto questo aspetto tengono della complicità; e vi aggiungeva la qualità di corrispettivi per significare che si trattava di una complicità *sui generis* diversa dalla complicità ordinaria. »

« Ma è egli dunque vero, osserva ancora, che il prender parte alla esecuzione sia niente altro che un atto di complicità ordinaria? Pare di no. Complici son quelli che prestarono coscientemente ausilio alla esecuzione di un reato nei modi segnati dall'art. 64; il complice, non partecipa come il coautore all'atto costitutivo del reato, ma associa le sue forze a quelle dell'autore per un intento delittuoso comune; e se il prendere parte alla esecuzione del reato non è atto di complicità, nessuna delle ipotesi dell'articolo 64 è applicabile e si fa più manifesta la necessità e giustizia dell'articolo 378, il quale di complice non fa nome » (1).

Con l'articolo 378, osserva il Sighele, si viene ad ammettere che in certi casi il delinquente può essere punito per più o per meno di quel tanto di male che fece, ma si può osservare che l'essere punito in meno accade spesso per difetto di prova, cosa che nè valore di scuola, nè perfezione di leggi potranno evitare, mentre per la pena in più che può eventualmente essere inflitta al compartecipe che avesse commesso atti di complicità non necessaria, sorgono tre osservazioni:

Prima di tutto si tratta di una compartecipazione speciale, come dice il Fiocca, che sfugge al criterio delle complicità ordinarie e giustifica quindi una pena straordinaria.

In secondo luogo, ammesso che sia scientifica la distinzione della complicità in necessaria e non necessaria, come sarà mai possibile praticamente, e con il Sighele si sta bene sul terreno pratico, misurare questa partecipazione al criterio della scolastica distinzione. Dirà il Sighele che la legge per ciò solo che diminuisce la pena dell'autore ha dovuto presumere che la complicità non sia necessaria, ma non è vero. Come ha transatto sulla prova dell'autore principale, ha dovuto per necessità di cose transigere sulla quantità di concorso prestato da tutti i compartecipi, e, quello solo escluso che risulti aver compiuto atti di cooperazione immediata, li ha tutti equiparati colpendoli con una pena che di poco supera quella dei complici non necessari.

Ma in terzo luogo si può domandare se è la scuola positiva, della quale il Sighele è così valente campione, quella che debba essere così tenera di una matematica proporzione fra delitto e pena, la scuola positiva che ha fra i suoi principii quello della pena indeterminata e concepisce la repressione in un modo così diverso e meno sistematico della scuola così detta classica?

Due cose son notevoli nella polemica fra il Sighele ed il Fiocca: l'accordo o il quasi-accordo in cui entrambi si trovano sulla opportunità di chiamare responsabilità anzichè complicità corrispettiva questo concetto, che del resto nella sola discussione e per derivazione dalla scuola napoletana è indicato col nome di complicità, mentre evidentemente quello di responsabilità corrispettiva o collettiva meglio vi si adatterebbe; e il consenso col quale ambedue invocano una disposizione legislativa che permetta di analogamente provvedere nei casi di omicidi o lesioni di cui non si conosce l'autore avvenuti in una sommossa, in una dimostrazione di piazza.

Può darsi, dice Sighele, che più persone partecipino ad un fatto senza che alcun accordo premeditato o fulmineo sia avvenuto tra loro. Prendete l'esempio più comune, quello di un ferimento o di un omicidio avvenuto in una dimostrazione di piazza. Alcuni individui tirano dei sassi contro una casa; una persona rimane ferita od uccisa; s'ignora chi l'abbia colpita, ma si sa che tre, quattro, dieci persone tirarono sassi.

Secondo il codice sarebbe questa l'ipotesi della complicità corrispettiva. Ma, dov'è la complicità, cioè l'accordo, se queste persone arrivarono da vie diverse, senza conoscersi, e tirarono i sassi mosse tutte forse da uno scopo analogo (o forse anche, e più probabilmente, diverso), ma senza comunicarselo, senza sapere l'una dell'altra, senza accorgersi di essere solidali e di compiere un'identica azione?

E il Fiocca trae argomento da questo esempio per rimproverare all'avversario la poca esattezza con la quale concepisce l'istituto della complicità corrispettiva, che non può esistere laddove manchi la cospirazione e l'accordo, quando non vi siano più persone che si aiutano a vicenda e cospirano ad un fine comune.

Ma, se a noi è lecito esprimere il nostro modesto parere, diremo che, mentre non sappiamo se veramente esista la necessità di nuove disposizioni per le violenze collettive, crediamo che l'articolo 378 non sia assolutamente inapplicabile al caso ipotizzato dal Sighele. Sarà questione di prova il vedere se le persone che fanno parte della adunata sediziosa lanciano i sassi per fini diversi, come accenna Sighele in parentesi, o non piuttosto per quel fine comune, come a noi pare più verosimile, che ha dato origine alla sedizione, ma il fatto che le persone accorrano da una parte o dall'altra, che non vi sia intesa preventiva o contemporanea, nulla toglie, secondo noi, al carattere di vera e propria partecipazione in tutti coloro che, chiamati, o spontanei, comunque, purchè scientemente, prendano parte a una dimostrazione e lancino sassi, troppo chiaramente mostrando che senza bisogno di accordi, tacitamente, repentinamente la loro volontà e la loro attività si misero tosto all'unisono con gli altri facinorosi.

Ora, siccome l'articolo 378 questo solo esige, che si sia

(1) Vedi in proposito le sentenze della Cassazione richiamate ai nn. 32 e 33.

partecipato all'esecuzione dell'omicidio o della lesione di cui non si sa l'autore, pare a noi che anche, se questo sia avvenuto in una sommossa, si possa solamente discutere se torni applicabile la prima parte o l'ultima dell'art. 378.

Da ultimo il Sighele, per mostrare di quali errori giuridici e di quali assurdi morali sia causa l'articolo 378, adduce questa massima della sentenza 11 gennaio 1892, ricorrente *Filomeno,* della Suprema Corte (1): « La diminuzione di pena sancita nella prima parte dell'art. 378 del Codice penale allo stesso modo che ai cooperatori immediati del reato non giova ai suoi esecutori. E ciò perchè l'art. 63 del codice penale, collo stabilire la pena del reato prima per gli esecutori e poscia per i cooperatori immediati, dimostra chiaramente che la legge non denomina esecutore chi prende una parte qualunque alla esecuzione materiale del fatto, al che provvede l'art. 64, ma chi coll'opera della propria volontà e della propria attività fisica si rende autore del reato; d'onde risulta ben certo che la disposizione della prima parte dell'art. 378, come non giova ai cooperatori immediati, molto meno può giovare agli esecutori, la cui responsabilità quando non è maggiore, è il prototipo di ogni penale imputabilità. »

Come fece Sighele, riprodurremo noi pure per necessità della discussione, il commento che accompagna questa sentenza nel *Foro Penale* (vol. I, pag. 220).

« Ci rincresce di dover constatare che la Corte Suprema non ha peranco inteso il significato logico e giuridico dell'articolo 378.

« L'articolo 63 del codice penale — ecco come questa sentenza ragiona — pone al medesimo livello l'esecutore e il cooperatore immediato. Per esecutore si deve intendere colui che, con l'opera della propria attività fisica, si rende autore del reato, non già colui che prende una parte qualunque, secondaria, alla esecuzione del medesimo, perchè a costui provvede l'articolo 64. Dunque, autore ed esecutore son zuppa e pan bagnato. Ma la legge punisce con la stessa pena l'autore od esecutore e il cooperatore immediato; dunque, se non è qualche cosa di più l'esecutore, dinanzi alla legge, è almeno pari al cooperatore immediato, e se, pel capoverso dell'articolo 378, al cooperatore immediato non si applica la diminuzione di pena di cui nella prima parte dello stesso articolo, a pari, se non a più forte ragione, la diminuzione in parola non si applica all'esecutore del reato! E allora, di grazia, a chi si applica? E che significato ha tutto l'articolo?

« L'abbiamo detto e non ci possiamo astenere dal ripeterlo: la Corte Suprema, in tal guisa ragionando, ha chiaramente mostrato di non aver compreso l'articolo 378 del codice penale, ciò che è deplorevole oltre ogni dire.

« Infatti che significa questo articolo? Una transazione. Chi colpisce? Gli autori o esecutori noti come tali, ma sotto un certo aspetto ignoti; noti cioè come persone che concorsero alla consumazione del reato, ignoti in quanto alla parte da ciascuno effettivamente presa nell'atto del consumarlo.

« La ferita mortale è stata una: quelli che presero parte diretta al fatto della sua irrogazione eran parecchi. Chi l'ha irrogata? Ecco l'ignoto che induce il legislatore ad una transazione.

« Dunque l'essenziale per l'art. 378 è che non sia noto l'autore preciso della ferita mortale, che l'esecutore preciso dell'omicidio sia ignoto; perchè, se è noto, l'articolo 378 si rende inapplicabile: l'autore od esecutore noto va punito a mente dell'articolo 364.

« Ma l'autore e l'esecutore di un omicidio non è tutt'uno col cooperatore immediato del medesimo, senza bisogno di ricercar le ragioni, d'altronde evidentissime, per le quali il legislatore, pur non confondendoli insieme nella specifica denominazione, ha creduto di equipararli nella responsabilità e quindi nella pena. Ora, se l'autore od esecutore può esser noto od ignoto, il cooperatore può esser tale alla sua volta ancor esso, indipendentemente dall'esser noto od ignoto l'autore od esecutore del delitto, e se l'art. 378 non riguarda l'autore od esecutore noto, nemmeno al cooperatore noto può essere applicato. Per dirsi che Tizio è cooperatore, occorre che la parte da lui presa sia nota. Se così non fosse, come potrebbesi chiamarlo tale?

« Il cooperatore immediato del codice italiano corrisponde all'agente principale del codice sardo e, come quella dell'autore od esecutore, l'opera da lui prestata, il suo concorso immediato nella esecuzione del reato può essere facilmente dimostrato. Si dimostra? La ragione di applicare a lui la norma fissata nella prima parte dell'art. 378 vien meno. Ha voluto il reato, ha concorso immediatamente nella esecuzione del medesimo, è noto lui come è nota l'opera sua: risponda ai sensi dell'art. 63, come risponderebbe l'autore se fosse noto ancor egli. Non si dimostra? La transazione, che è regola dell'art. 378, è applicabile anche a lui. Tutto si riduce ad una questione di prova.

« Il capoverso perciò - osserva giustamente il professore « Tuozzi - viene a confermare ancora più la ragione per cui « dall'art. 378 è data la riduzione di pena, che, ripetiamo, « risiede nell'ignoranza dell'autore preciso dell'omicidio. » Veramente l'Arabia scrive in proposito: « Quest'ultimo « inciso, pare, poteva lasciarsi, perchè rende tutta la teorica « quasi perplessa. Se non è noto l'autore del fatto, difficil- « mente se ne conosceranno i cooperatori: se il fatto con- « sente la cooperazione di più e questa è provata, non ci era « bisogno di dirlo che si entra nelle ipotesi generali. L'ese- « cuzione è fondata appunto sul dubbio della prova dei par- « ticolari del fatto. » Ma *quod abundat non nocet*, anzi, a dir vero, la perplessità sarebbe forse nata appunto rispetto al cooperatore immediato, se di lui non si fosse parlato; perchè se esecutore è autore, non è tale il cooperatore immediato; epperò, nella ipotesi dell'art. 378 qual pena a lui nota si sarebbe applicata?

« Se dunque nel quesito proposto ai giurati e denunziato alla censura della Corte Suprema, col ricorso che la sentenza in esame ha rigettato, si fossero comprese in modo alternativo le due ipotesi diverse, conducenti a diversa responsabilità penale, dell'autore od esecutore ignoto cioè, e del cooperatore immediato, il vizio di complessità sarebbe stato palese. Ad ogni modo, noi qui abbiamo tenuto a mettere in rilievo l'errore gravissimo e quasi inesplicabile, che si racchiude nella sentenza da noi pubblicata ».

E di vero non si può non riconoscere che da queste argomentazioni esce chiaro il concetto della legge e manifesto l'errore in cui cadde la Corte Suprema; ma, o ci inganniamo, o a mostrare l'equivoco di quel giudizio concorre un'osservazione elementare. Non è infatti perchè gli sia applicabile l'eccezione posta nel capoverso dell'articolo 378 che l'esecutore non può giovarsi della prima parte dell'articolo medesimo, ma invece appunto perchè a lui non s'attaglia

(1) *Riv. Pen.*, vol. XXXV, pag. 536, nn. 776 778 del *Massimario*, e per esteso: *Foro Pen.*, vol. I, pag. 220.

l'ipotesi principale. Col ragionamento fatto in quel giudicato non si applicherebbe mai la disposizione, poichè evidentemente, fra tutti coloro di cui non si sa la partecipazione effettiva, deve pur essere l'esecutore, o magari ci saranno stati più esecutori, e l'avere aggiunto l'inciso che dal beneficio della pena minore esclude il cooperatore immediato, dimostra soltanto che s'è voluto prevedere il caso in cu fosse nota la parte presa da un compartecipe in modo tale da doverlo ritenere non autore (chè allora non è più a parlare di complicità corrispettiva), ma cooperatore immediato, cosa diversa, quantunque l'uno e l'altro equiparati nella pena.

Da questa sentenza, che approva moralmente, pur riconoscendone l'errore di fronte al diritto positivo, il Sighele trae argomento per deplorare maggiormente la creazione di quell'articolo, di cui non si sa, dice egli, se sia più infelice la sostanza o la forma, e propone questo esempio Due individui sparano tutti e due i loro fucili con intenzione omicida contro Caio, mentre Tizio lo tien fermo acciò non possa fuggire e cada vittima de' suoi assalitori. Caio muore colpito da una sola esplosione. Caio è cooperatore immediato, e quindi non può godere della diminuzione di pena stabilita dalla prima parte dell'articolo 378; i due che hanno sparato non sapendosi quale di essi abbia col suo fucile ucciso Caio, sono complici corrispettivi e godono del beneficio. Una tale soluzione aggiunge, che sarebbe quella voluta da una retta interpretazione, e che fa a pugni colla logica e colla morale, volle evitare il Supremo Collegio sentenziando come fece. Ripugna infatti pensare che la legge imponga un trattamento più mite a chi è maggiormente colpevole, poichè, per quanto ci sia alcun che di ignoto nell'operare di quei due, certo è che entrambi fecero abbastanza perchè non si debba loro diminuire la pena.

Ma che vuol dire ciò? Vuol dire che ambidue, nel caso ipotizzato, son da ritenersi veri e proprî cooperatori immediati, essendo atto indubbio di concorso immediato quello prestato da colui il di cui colpo fallì, atto tale da non potersi confondere colla facilitazione recata prestando assistenza od aiuto prima o durante il fatto, atto tale che, secondo i principii generali prima svolti non potrà mai dirsi di partecipazione accessoria, ma essenziale. Cade così la ripugnanza del trattamento migliore per i più colpevoli, cade così anche l'assurda conseguenza supposta dal Sighele nel caso che il vero autore della uccisione venisse a scoprirsi; allora, egli dice, questo avrebbe la sua pena ordinaria e l'altro che sparò inefficacemente verrebbe ritenuto ugualmente colpevole a senso dell'articolo 63 del codice penale, così che, a suo credere, la scoperta del vero colpevole non modifica affatto la singola responsabilità dei due esecutori, mentre, quando questa scoperta non si arriva a fare, i due esecutori godono della diminuzione di pena. Ma non la legge, bensì una erronea interpretazione di essa porterebbe a tali conseguenze.

Tutto questo, ben inteso, quando in linea di prova sia certa la cosciente comune intellettuale e materiale cooperazione allo stesso fine; che se nell'esempio proposto, ma non ci sembra, potesse ammettersi l'azione singola indipendente, troppo è facile allora rispondere che la scoperta del vero uccisore fra i due che spararono il colpo, chiaramente delinea la responsabilità intera in colui che col colpo riuscito ottenne tutto l'intento voluto e la responsabilità del reato mancato nell'altro, il quale, se ebbe la stessa intenzione delittuosa del primo, non ricavò però dall'opera sua uguale effetto e soggiace, per la nostra legislazione e per tutte quelle che non equiparano agli effetti penali il delitto consumato al mancato, ad una repressione minore.

Sarà dunque questione di prova e di interpretazione, ma è giuocoforza presumere che le prove siano giustamente valutate e l'interpretazione rettamente condotta. Fuori di ciò ogni legge è pessima e non per fatto suo. Ora ammettiamo pure che in caso meno chiaro di quello ipotizzato dal Sighele, poichè abbiamo fiducia che in esso ogni giudice non avrebbe dubbiezza, ammettiamo che il cooperatore immediato venga scoperto e riporti quindi la pena superiore a quella dei complici corrispettivi, fra i quali ignoto è l'autore principale del reato, perchè dovremo dolercene e incolparne la legge? Nell'insuccesso dell'intera prova per tutti, sarà già un trionfo della giustizia colpire chi si sa aver preso nel delitto una parte più che efficace, principalissima. Sarebbe certamente preferibile scoprire e poter punire anche l'autore principale, ma così come sarebbe desiderabile di riuscire sempre ad accertare la prova di tutti i colpevoli in tutti i reati. Le inevitabili deficienze della pratica ci condurrebbero forse a non punire o a punire meno i colpevoli riconosciuti. O livellare ferocemente ogni e qualsiasi partecipazione, o contentarci della legge per la quale, quando non si sa in che consista precisamente la partecipazione, ma si è certi che una parte fu presa, e non quella di cooperatore immediato, si provvede a non lasciare impunite le responsabilità che spesso non troverebbero acconcia soluzione nelle norme generali sulla complicità.

44. Ed eccoci così al secondo principale punto della polemica, quello cioè sulla utilità o inutilità dell'articolo 378 di fronte all'articolo 64 del codice penale; esso offrirebbe forse maggior messe di discussione se non si potesse da un certo punto di vista anche troncarla col dire che, dopo tutto, ammesso pure che di quell'articolo si potesse fare a meno, ciò non basta a mostrare che sia dannoso. Il superfluo talora non guasta: tutt'altro.

Certo è che, mentre molti, fra cui lo stesso Fiocca nella polemica e il Castori nel più volte citato *Completo Trattato*, vol. I, p. III, pag. 714, lamentano soltanto che il disposto dell'art. 378 non si sia esteso a tutti i reati come norma da collocarsi nella parte generale ove si tratta del concorso di più persone in un reato (1), altri si accostano all'opinione del Sighele avvisando che, come sotto l'impero del codice sardo e quindi nel silenzio di una particolare disposizione, potevano trovare la loro giuridica soluzione le ipotesi di tale complicità, così fu superfluo che il nuovo legislatore specialmente la contemplasse.

Il Crivellari infatti sostenne (2) « che dal silenzio del codice sardo e toscano sulla complicità corrispettiva non ne seguisse l'assoluzione di tutti coloro che fuori del caso di rissa, erano concorsi in un omicidio o in una lesione senza che si sapesse quale fra essi era l'autore dell'unico colpo donde era derivata la morte o la ferita, e dimostrò come anche sotto l'impero delle leggi anteriori un così grave pericolo

(1) Si noti che il professor Zuppetta insegnava che il fondamento della dottrina della complicità corrispettiva autorizza ad invocarla non solo nei reati di sangue ma in ogni altra specie di reato, biasimava la massima della Suprema Corte di giustizia, 26 settembre 1855, causa *Caputo*, la quale l'aveva ritenuta applicabile ai soli reati di sangue e non estensibile a quelli contro la proprietà (op cit., pag. 645, v. II).

(2) *Il codice penale interpretato*, Torino, Unione Editr., 1894

per la società e uno sfregio così manifesto alla giustizia potevano evitarsi ». Ed aggiunge che nella sua pratica non breve parecchie volte gli si presentò il caso nè mai fu deciso in quel senso. « Piuttosto che un verdetto negativo per tutti gli accusati, il giurì ebbe il buon senso di ritenerli tutti incorsi in una delle ipotesi di complicità, facendo così inconsciamente omaggio alla teorica della complicità corrispettiva. Sarebbe stato da censurare come assurdo un verdetto che, nel caso di omicidio o lesione di cui, fra i varii compartecipi al fatto, non si conosceva l'autore preciso, li dichiarasse tutti colpevoli come autori, mentre l'autore fu uno solo, ma, dichiarando tutti complici, l'assurdo sparisce, perchè, se è ignoto l'autore, questo fatto si ha di noto, che cioè tutti scientemente cooperarono all'omicidio o alla lesione assistendosi od aiutandosi scambievolmente, cosicchè l'uno è certamente complice dell'altro secondo i principî generali della complicità, ben noto ed ovvio essendo del resto che il complice può essere imputato, giudicato e condannato separatamente dall'autore principale del reato e quando anche questo non si sia scoperto ».

Non diversamente Domenico Miraglia, con l'autorità che emana dalla sua dottrina e dalla valida esperienza (1), rileva che, come le leggi anteriori, comprese le penali napolitane del 1819, non raffiguravano *sub verbo signanter* la complicità corrispettiva, così neppure dovea occuparsene il codice penale italiano, poichè essa non è per sè stessa una figura di reato diversa da quella della complicità ordinaria. Ritrae soltanto un *modus dicendi* creato dalla vecchia giurisprudenza napoletana per esprimere un fenomeno od una parvenza della complicità nell'atto consumativo del reato, per indicare con una formola sintetica i rapporti criminosi tra più persone che prendono parte attiva nella consumazione di un reato del quale resta ignoto l'autore. Ecco tutto; nè la Cassazione di Napoli ebbe mai a censurare le questioni da lui proposte ai giurati in centinaia di cause riguardanti la complicità corrispettiva. Prima, e cioè sotto l'impero del codice sardo, si poneva la questione della complicità ordinaria e poi la domanda se questa era necessaria; ora, prospettato, come i migliori avvisano, il fatto generico, si chiede se l'accusato ne fu immediato cooperatore e, in caso di risposta negativa, se prese parte alla esecuzione di quel delitto di cui non si conosce l'autore principale. Con ciò vien risolto il quesito sulla complicità corrispettiva, « la quale, aggiunge il Miraglia, potrebbe anche esser presentata con i termini della complicità ordinaria per assistenza prima e durante il fatto a sensi del num. 4 dell'articolo 64 del codice penale, per ciò che a questo si riduce il contenuto dell'art. 378 che è nè più nè meno che la complicità ordinaria, tanto è vero che le Sezioni di accusa non violano la legge se, nei casi in cui ritengono la complicità corrispettiva nelle considerazioni delle loro sentenze, omettono poi di precisarla nella formola accusatoria e rinviano invece alla Corte di assise pronunziando l'accusa generica di complicità nel reato ».

45. A noi veramente non sembra con ciò dimostrato che l'art. 378 sia superfluo, e crediamo con i più che, se pur la pratica meridionale pensò di poter con le norme generali in tema di complicità governare questi casi, basta il fatto che una simile interpretazione non fu mai adottata o seguita nelle altre regioni ove mancava il germe tradizionale, per dimostrare che non inutilmente il legislatore provvide, ottenendo per lo meno un risultato tutt'altro che trascurabile, quello di uniformare in materia così importante i giudizii delle varie parti del regno.

Arturo Moschini.

COMPOSIZIONI (Sistema delle).

Sommario.

1. Concetto della composizione. Prime fasi del diritto penale. — 2. Il prezzo del sangue. Diritto ebraico contrario alla composizione. — 3. Diritto greco. — 4. Antico diritto romano anteriore alle XII Tavole. — 5. Composizioni negli ultimi tempi dell'impero. — 6. Usanze dei Germani. — 7. Leggi scritte dei Germani e loro sistema di diritto penale. — 8. Sistema delle composizioni secondo la legge salica. — 9. Carattere della composizione. — 10. Obbligo di accettare la composizione. — 11. Il guidrigildo. — 12. Trasformazione della composizione. — 13. Il *fredo* al re. — 14. Tasso delle composizioni. — 15. Criteri nella misura delle composizioni — 16. Valore delle composizioni secondo le monete. — 17. Sistema longobardo delle composizioni. — 18. Disposizioni degli Statuti italiani. — 19. Persone aventi il diritto di esigere la composizione. — 20. Responsabilità della famiglia nel pagamento della composizione. — 21. Responsabilità primaria della f[illegible]. — 22. Il tit. *de chrenecruda* della *Lex salica*. Responsabilità sussidiaria dei parenti. — 23. Eccezioni a questo principio. — 24. Obbligazioni *ex delicto*.

1. In tutti gli antichi diritti e, più chiaramente, nelle leggi germaniche si scopre come la prima forma punitiva d'un reato è stata la vendetta privata, la quale produceva uno stato di guerra tra l'offeso e la famiglia, da una parte, e, dall'altra parte, tra l'offensore e la famiglia, cui egli apparteneva, ammenochè questa non avesse escluso dal suo seno il reo. La vittima di una infrazione, che non produceva penalità aventi carattere religioso, poteva, a sua scelta, riconciliarsi coll'offensore, o farsi giustizia da sè con le armi, con la guerra privata, assieme ai suoi, oppure ricorrere ai poteri pubblici dal momento che questi cominciarono ad apparire nella storia. La vendetta è naturale sfogo di passione, che arma il braccio dell'offeso per una soddisfazione tutta individuale e non incontra freno se non nella resistenza dell'avversario. Al principio della storia di tutti i popoli non trovasi altro che la vendetta come forza la quale può bilanciare le tendenze a delinquere: ma poi, siccome la vendetta produce grandi disordini, dal momento che le società si vanno componendo a Stati, si prova la necessità di porre dei limiti al suo esercizio, di sottoporre questa rozza espressione del sentimento del giusto nell'uomo, che respinge con la forza un torto ricevuto, a varie limitazioni. Allora la vendetta è destinata a perire, ma prima che si manifesti in tutta la sua interezza il principio della giustizia punitiva, la quale dia soddisfazione alla società delle infrazioni commesse alle sue leggi, si attraversano tanti stadî; ossia, prima che l'azione privata dell'individuo che respinge l'offesa divenga azione della società che assume il diritto di punire i colpevoli e dare soddisfazione all'ordine turbato dal reato, s'incontrano diverse fasi storiche.

In una di queste prime noi incontriamo la *composizione*. Così chiamasi quel riscatto pecuniario, per mezzo del quale l'offensore si dichiara pronto di pagare una somma all'offeso e alla famiglia di lui per sfuggire alla vendetta che ha meritato col delitto commesso. Anche questa composizione

(1) *La complicità corrispettiva nel codice penale italiano*, nella *Cass. Un.*, vol. v, anno vi, col. 401.

è affare tutto privato, come è la vendetta: soltanto le conseguenze delle guerre private, che si vogliono impedire, allargano il campo della composizione, e fanno sì che i poteri pubblici sempre più impongano all'offeso di accettare la composizione, restringendo progressivamente il diritto della vendetta.

In tal modo questo atto della giustizia primitiva finisce, col tempo, per essere vietato, e le leggi prescrivono le misure delle composizioni per i singoli reati, finchè i poteri pubblici non si sentano abbastanza forti per attribuire a sè stessi l'esclusivo còmpito di reprimere e di punire.

Siffatte evoluzioni della pena dalla vendetta privata alla composizione privata e poi a quella stabilita dalla legge ci sono confermate dalla storia del diritto dei popoli primitivi, presso i quali vediamo l'offensore essere esposto o a pagare una somma per acquistare dall'offeso la sicurezza e la pace o ad incontrare, in caso contrario, la vendetta dell'offeso o del gruppo a cui appartiene (1).

Tale somma, o composizione, è in conseguenza proporzionata all'offesa, e varia quindi a seconda che si tratta di un omicidio, di ferite o di ingiurie e secondo il valore sociale delle persone contro cui il diritto è stato violato, come anche secondo l'età e il sesso, nello stesso modo che la vendetta basata sopra il taglione varia da caso a caso. Il punto di partenza della composizione è un contratto, cioè è il prezzo del sangue che viene riscattato.

In origine esso non mai è determinato, ma è lasciato a un accordo fra l'offeso e l'offensore; allorchè trattasi d'un omicidio viene pagato per composizione il valore dell'ucciso: poi le consuetudini stabiliscono questo valore secondo che trattasi d'un uomo o di una donna, di un adulto o di un fanciullo, di un libero o di un servo, di una giovine o di una vecchia.

Il prezzo dell'uomo, così inteso, è chiamato nelle leggi germaniche *guidrigildo*. Se esso è pagato ritorna la pace, se no risorge l'originaria conseguenza della violazione del diritto e l'omicida deve morire. Così presso i Malesi Menancaba vale la regola: se si ha del danaro si resta in vita, se si è poveri si deve morire (2).

2. Il sistema delle composizioni trovasi presso gli attuali popoli dell'Africa (3). Invece fu vietato presso gli Ebrei anche per gli antichi tempi.

Le più vetuste tradizioni mosaiche stabiliscono come principio punitivo la vendetta. Dio disse a Noè: « Io farò vendetta del sangue vostro sopra qualsiasi delle bestie, e farò vendetta dell'uccisione di un uomo sopra l'uomo, sopra l'uomo fratello di lui. Chiunque spargerà il sangue dell'uomo, il sangue di lui sarà sparso... » (4). Prima di Mosè gli Ebrei praticavano la vendetta del sangue: i parenti prossimi avevano il diritto e il dovere di uccidere colui il quale avesse ucciso un membro della famiglia, ed ogni offesa recata a una persona si riguardava come fatta a tutta la famiglia. Ma poi la legge mosaica limitò e regolò questa radicata vendetta del sangue. Difatti nei *Numeri*, XXXVI, 11 e seguenti, è detto che Mosè dovrà stabilire il rifugio dei fuggiaschi che hanno senza volerlo sparso sangue. Non potrà il parente dell'ucciso ammazzare chi sarà ivi fuggito, sino a tanto che egli si presenti davanti al popolo e sia giudicata la sua causa... Se colui che è stato percosso con bastone viene a morire, sarà vendicato col sangue dell'uccisore. Il parente dell'ucciso l'ucciderà subito che l'avrà nelle mani. Domina ancora la vendetta esercitata dal parente, ma questa è esercitata soltanto dopo che un giudizio ha stabilita la colpabilità dell'uccisore. Se non esiste alcun parente prossimo a cui competa il diritto della vendetta, oppure non vuole esercitarla, allora il tribunale infligge la pena pubblica. Presso gli Ebrei si andava introducendo il sistema di riscattare con denaro la vendetta minacciata. Si pagava denaro, e i parenti rinunciavano allo spargimento del sangue. Ma Dio lo vieta: « Non riceverete denaro da colui che ha sparso del sangue. Egli pure deve immediatamente morire » (5). E ciò perchè l'omicida non ha offeso soltanto la famiglia dell'ucciso ma ancora Dio, nell'uomo fatto ad immagine di lui e ha contaminato la terra in cui risiede il popolo di Dio.

In conseguenza la composizione per l'omicidio non fu ammessa dalla legge mosaica. Si ebbero pene pecuniarie, come per lo stupro, per l'aborto causato da uomini rissanti (*Esodo*, XXI, 22): ma restò sempre fermo il principio che il sangue doveva essere riscattato col sangue. Ciò perchè presso gli Ebrei congiunto alla pena era il concetto di espiazione verso Dio e la legge divina che era stata violata.

3. La Grecia nei tempi eroici non ha conosciuto altra legge penale che quella delle rappresaglie. Vendicare il male col male sembrava un diritto naturale a uomini che vivevano in istato di guerra e di brigantaggio. Questo sentimento traspira nelle opere omeriche e in quelle posteriori. « Chi uccide i suoi nemici, non incorre in alcuna colpa », dice Euripide. « Perchè si dice che io sono un tristo solo perchè ho reso il male che mi si è fatto? », esclama uno degli eroi di Sofocle.

Nel nome della pietà e del culto dei morti le famiglie si armavano contro le famiglie. Da ciò quella successione di omicidî che costituisce il fondo di tutti i drammi della Grecia e che Eschilo ha dipinto a colori così vivi nei *Coefori*.

Per fuggire alla vendetta non restano che l'esilio o la composizione. Omero, nell'*Odissea*, ci mostra il divino Teoclimene che si rifugia presso Telemaco, per scampare dalla vendetta della numerosa famiglia di un avversario che egli aveva ucciso. « Una saggia legge dei nostri antichi, dice Tindareo nell'*Oreste* di Euripide, ha voluto che chi si era lordato di un assassinio evitasse il commercio dei suoi

(1) Letourneau, *L'évolution du droit*, Paris 1889; Declareuil, *La justice dans les coutumes primitives* (*Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, anno XIII, 1889, pag. 217 e segg.); Proal, *Origine de la justice pénale* (*Revue générale de droit*, anno XIV, 1890, p. 289-306).

(2) Wilken, *Strafrecht bij de Volken van het malejsche ras*, Gaavenhagen 1883, pag. 21.

(3) Post, *Grundlagen des Rechts*, Oldenburg 1884, 419.

(4) Genesi, LX, 5 e 6. La traduzione caldea interpretava così: « Chi sparge il sangue dell'uomo, il sangue di lui davanti a testimoni per sentenza di giudici sarà sparso ». E così anche Seldeno traduce: *per testes iuxta sententiam judicum sanguis eius effundetur*. La maggior parte degli interpreti antichi, e fra gli altri anche Grotio (*De iure pacis et belli*, lib. cit., 2, § 5), non sapendo come spiegarsi questo precetto, ha detto doversi intendere che l'intervento del giudice era sottinteso. Tutte queste spiegazioni sono assurde e dipendono dall'ignoranza in cui essi trovavansi intorno alle prime fasi della pena, che anche al tempo di Mosè non si era liberata dai concetti selvaggi della vendetta privata. E presso gli antichi Ebrei ogni spargimento di sangue traeva con sè la vendetta privata, senza alcun intervento di giudice. Cfr. Nordlingen, *Mord und Todesstrafe nach dem alten Testamente*, Berlin 1865, p. 5.

(5) *Numeri*, XXXVI, 31.

simili, abbandonando la patria perchè non lo uccidessero alla sua volta.

Oppure poteva pagare una somma ai parenti della vittima, versare il prezzo del sangue. La società non si sentiva lesa per la violenza compiuta sopra uno dei suoi membri, e nulla reclamava dal colpevole: era soddisfatta dal momento in cui quelli che avevano direttamente sofferto per il reato si dichiaravano soddisfatti. Col tempo la composizione, da principio facoltativa, divenne un diritto legale, e l'assassino ebbe la scelta fra l'esilio o la composizione, la quale era stabilita dai tribunali secondo l'importanza dell'ucciso e la gravità del reato, ed era pagata alla famiglia.

Omero nella descrizione dello scudo di Achille ci offre il più antico esempio del come la vendetta si trasformò in composizione legale. « Il popolo è riunito in una piazza pubblica ove si discute animatamente. Due uomini si disputano sul come riscattare un omicidio: l'uno pretende che ha pagata tutta la somma e l'afferma al popolo: l'altro nega di aver ricevuto cosa alcuna. Entrambi ricorrono al giudice per terminare il processo. I cittadini elevano la voce in sostegno dell'uno o dell'altro. I vegliardi collo scettro in mano pronunciano la sentenza ».

Questo passo notevole offre un esempio non soltanto di una composizione, ma anche di un giudizio regolare.

Della composizione si hanno ancora altre traccie nel diritto posteriore. In Atene valeva il proverbio [illegible] chezza fa l'uomo », difatti tutte le pene si potevano riscattare con denaro, e Demostene dice che « i liberi potevano liberarsi di ogni conseguenza di un delitto, sborsando una somma » (1). Qualora la pena non fosse determinata dalla legge, oppure le parti non si potessero accordare, allora veniva il giudice a stabilire qual somma doveva pagare l'offensore per il male che aveva recato, anche quando questo male era semplicemente morale (2). L'offeso riceveva una parte di questa composizione, per lo meno un terzo, e il resto cadeva allo Stato.

4. È ancora controverso se presso i Romani abbia avuto vigore durante l'epoca regia il sistema della vendetta individuale e di sangue e quello della composizione privata; in modo che la funzione giudiziaria sia stata pochissimo estesa, limitata cioè a quei casi in cui il delitto più che il privato offendesse direttamente il pubblico interesse (3).

Ora pare che questo concetto, così come è esposto, non si possa accogliere e non si possa dire che vendetta e composizione abbiano avuto vita rigogliosa nei tempi storici dello Stato romano (4). Anzi i caratteri che le fonti assegnano a questo fino dalla sua prima formazione, fanno ritenere che della vendetta privata non rimanessero nell'ultimo periodo dell'epoca regia se non sopravvivenze specialmente dovute « al modo di pensare e di agire proprio della plebe » (5). Lo Stato, sia perchè in talune offese scorgesse un grave nocumento recato al comune interesse, sia perchè mosso da credenze religiose, cominciò di buona ora ad avocare a sè la cognizione di certi reati, ad attribuire in genere natura di pubblica espiazione alla pena, affermando in tal modo assai presto l'idea del suo predominio sull'elemento individuale (6). Ciò meglio si chiarisce se si ha riguardo a quanto parecchi anni dopo i Romani sancirono a proposito delle XII Tavole.

E d'altra parte una sfera relativamente larga di attività si era già fatta alla funzione giudiziaria del re anche quando la *vis privata* era in maggior uso nei costumi della comunanza romana, sia perchè il re aveva i mezzi per imporre la sua autorità, sia perchè per la sicurezza dei gruppi urgeva limitare l'esercizio violento delle proprie ragioni (7), ed i plebei stessi che riguardavano il re come loro patrono e protettore a lui dovevano ricorrere quando avevano ricevuto un'offesa.

Nel diritto romano dunque la pena pubblica trovasi affermata fino dal periodo dei re e si può appena discutere se ancora esistano tracce della vendetta privata; però anche i Romani ammisero che una controversia fra privati potesse aver termine con una transazione pecuniaria. Nelle XII Tavole si dice: « Se alcuno spezza un membro, subisca la pena del talione, se non compone colla sua vittima ». Così la composizione, in tal modo compresa, s'incontra anche presso i Romani, i quali le diedero lo stesso nome nell'epoca classica (8); le costituzioni imperiali permettono, difatti, salvo certe eccezioni, di transigere anche in materia di reati (9). Sembra difatti che queste transazioni fossero divenute frequentissime in quell'epoca di disordine che precedette le invasioni dei barbari nell'impero romano.

5. Siccome allora diveniva difficile di ottenere giustizia rivolgendosi ai tribunali, oppure le pene erano troppo gravi, si preferiva d'accomodarsi all'amichevole col colpevole piuttosto che di presentare un'azione giudiziaria, l'esito della quale era, per lo meno, incerto, oppure troppo serio (10). I sacerdoti e i vescovi intervenivano in queste circostanze per ristabilire la pace nelle famiglie, si stabilivano delle pratiche che non erano in armonia col diritto esistente e che ricordavano periodi nei quali o mancava o era poco sviluppata la nozione dello Stato. Un sacerdote sostituiva il giudice criminale, conciliava le parti per mezzo d'una composizione e uno scritto constatava la composizione (11).

La società romana decadeva verso la barbarie. L'amministrazione dell'impero snervata ed esaurita si mostrava

(1) Pindari, *Isthm.*, II, 11.; Euripid., *Phoen.*

(2) Pollucis, III, 21, 42. Varie opinioni trovansi, fra gli altri, Meier und Schoemann, *Attische Process*, ed. di Leipzig 1883-87, I, 171; Platner, *Process*, Berlin 1841, 191.

(3) Dirksen, *Civilistische Abhandlungen*, I. 101, Berlin 1870. Abegg, *De antiquissimo Romanorum iure criminali*, 1823, pag. 37. Per spiegare la coesistenza della vendetta privata e della espiazione sacrale, il Rein (*Das Criminalrecht d. Roemer*, 1844, pag. 39) ricorre ai caratteri diversi che ebbero le varie tribù unitesi in Roma, attribuendo ai Sabini e ai Latini la vendetta privata e alla tribù dei Luceres la espiazione religiosa. L'Abegg invece sostiene che la vendetta privata apparve prima della espiazione sacrale. Ma nulla si può dire di positivo.

(4) Göttling, *Gesch. d. roemischet Staatsverfassung*, 1840, pag. 1; Zumpt, *Criminalrecht*, I, 126, Berlin 1875.

(5) Carle, *La vita del diritto*, 2ª ediz., Torino 1898, pag. 101.

(6) Padelletti-Cogliolo, *Storia del diritto romano*, 2ª ed., Firenze 1886, pag. 23, 115-116.

(7) Voigt, *XII Tafeln*, Berlin 1885, § 53. Anche nella legislazione decemvirale esistono non poche traccie di una anteriore esistenza della vendetta privata, vere concessioni alla classe plebea; ma spesso fra esse si vollero noverare disposizioni di natura diversa. Nulla hanno che fare colla vendetta privata le disposizioni che concedono l'uccisione del ladro notturno.

(8) Leg. 6, pr., *Ad SC. Turpillianum*, Dig., XLVIII, 16.

(9) Cod., leg. 18, *de transactionibus*, II, 4.

(10) Rozière, *Formules*, n. 241 e 242.

(11) Vedi Salvioli, *Le giurisdizioni speciali nella storia del diritto italiano*, I, Modena 1884.

impotente a mantenere l'ordine e a distribuire la giustizia, e così gli uomini erano spesso costretti a fare senza dello intervento del giudice e a proteggersi da sè stessi. Gli istinti primitivi risorgevano. La civiltà non li ha ancora distrutti in Sicilia e in Corsica, ove la vendetta e la riparazione privata sembrano più degni e più nobili di quello che invocare il braccio dell'Autorità pubblica. Così dietro la legislazione officiale, spesso ridotta allo stato di lettera morta, si introducevano delle abitudini pessime per assicurare agli uomini la giustizia al di fuori della legge, la tranquillità senza il soccorso dello Stato. Così ricomparivano alla superficie alcune di quelle idee primitive e semplici che dormicchiavano nel fondo delle idee popolari e si stabilivano delle pratiche proprie delle popolazioni poco avanzate nella civiltà.

Molte formole dell'epoca franca ci mostrano un Romano che ha questione con altro Romano per un reato: il reo dovrebbe incorrere nella pena di morte: ma, grazie all'intervento di *boni homines* e di sacerdoti, l'accusatore rinunzia alla sua azione, dichiarandosi contento dell'indennizzo che gli è corrisposto (1). Vi è una *transactio*, la quale produce una *compositio*, perchè il colpevole si obbliga di pagare una somma determinata.

Questa transazione interviene prima del giudizio (2) o anche dopo (3), senza che si possa stabilire se dipenda da un giudizio o da una sentenza di arbitri (4).

Come spiegare queste usanze? Fu un'importazione delle usanze dei Germani? Bethmann Hollweg pensò che i Romani si abituassero poco a poco alle idee dei Germani, fino al punto da sostituire il guidrigildo e le altre composizioni alla pena di morte (5). Non si potrebbe negare questa influenza quando si vedono i Romani adottare la *purgatio* dell'accusato col giuramento e i *coniurantes*. Ma la pratica di tali usanze si era sviluppata presso i Gallo-Romani, anche prima che essi avessero i Germani per padroni. L'anarchia in cui cadde l'impero, l'esistenza di giurisdizioni private sui grandi possessi dei privati, come hanno dimostrato l'Esmein (6) e lo Schulten (7), permisero che si stabilissero delle consuetudini le quali contrastavano colle norme fondamentali sopra cui si reggeva lo Stato Romano. I privati furono costretti a cercare protezione alle offese in mezzi che non erano compatibili col diritto pubblico esistente, ma che erano d'altronde giustificati nello interesse individuale, dal momento che a questo diritto mancava quella forza e quel prestigio che gli erano necessari. Il potere che avevano usurpato i *potentes* nelle loro signorie permetteva questa ed altre violazioni al diritto pubblico. Tornava il regno della forza, e quelli che avevano il modo di farsi valere, trascuravano di adire un'Autorità che era ormai impotente a fare eseguire i suoi ordini.

Questo risulta da alcune lettere curiose di Sidonio Apollinare, scritte fra il 468 e il 469. In esse vedonsi intervenire dei *boni homines* o dei sacerdoti, accomodare una controversia e stabilire una composizione, la quale è sostituita alla pena afflittiva nello stesso modo che il vescovo è sostituito al giudice (8).

Il diritto romano dell'impero ammetteva che, in occasione d'un delitto capitale, si potesse transigere con la vittima; ciò coincideva coll'altra regola, secondo la quale i parenti d'un defunto avevano il diritto e il dovere, preferibilmente a chicchessia, d'accusare gli uccisori. Ora il costume a cui accenna Sidonio non è che uno sviluppo di tali concetti, siccome il clero aveva acquistata tanta autorità e spesso riesciva a sottrarre i colpevoli alle sentenze, così è possibile che, in quei tempi di disordine, potesse intervenire per impedire il giudizio e proporre una composizione (9).

S. Agostino, rispondendo a chi accusa il clero d'intercedere pei rei, diceva che i vescovi obbligavano questi a dare congrua sodisfazione, e sembra che egli faccia di questa riparazione la condizione dell'assoluzione (10). Le composizioni erano, dunque, frequenti fra i Romani sotto l'influenza della Chiesa, quando i barbari si stabilirono fra essi, quindi non vi è meraviglia che essi abbiano accettato il sistema delle composizioni consacrato dalle *Leges barbarorum*.

L'influenza della Chiesa si manifestò tanto sui Germani che sui Romani, e questo fatto è stato oramai constatato. La Chiesa provava una grande ripugnanza per tutte le pene corporali e specialmente per la pena di morte: anche per tali ragioni essa contribuì molto a diffondere il sistema delle composizioni.

6. Nel diritto germanico il trapasso dalla vendetta alla composizione è attestato da tante disposizioni (11). L'offeso e la sua famiglia (12) avevano il diritto di prendersi quella soddisfazione che volevano su lui e i suoi parenti, che non lo ripudiavano ma l'appoggiavano (13): e non erano tenuti a dare avviso delle guerre che volevano iniziare, nè a proporre accordi e pace; però, col tempo, eransi stabiliti i casi in cui potevasi esercitare la vendetta o *faida*, diritto sempre

(1) Rozière, 141 (Sirmond, 16, ed. Zeumer, 16).

(2) Rozière, 465 (Sirmond, 32, ed. Zeumer, 32).

(3) Rozière, 49 (Andogar, 3, ed. Zeumer, 3).

(4) Sidonii Apollinaris *Epist.*, lib. v, 7 (ed. Baret). La lettera è del 468. Trattasi di un ratto. Il rapitore incorrerebbe nella pena di morte; ma il vescovo dice che si può tutto accomodare col denaro: *Haec sola « compositio seu satisfactio » vel non mediocriter contumeliam emendat*. In altra ep. (vi, 3) parlasi di una *compositio* sostituita alla pena corporale. Si farà un accordo, *carta compositionalis*.

(5) *Der romanisch-germanische Civilprocess*, 1868, I.

(6) *Mélanges d'histoire ed du droit*, Paris 1888, pag. 110.

(7) *Roemische Grundherrschaften*, Weimar 1896.

(8) Sidonii *Epist.* citate.

(9) Cfr. l. 15, 16, 24, cod. Theod., ix, 40; l. 31, cod. Theod., xi, 36.

(10) *Opera*, t. v, pag. 355 (Epist. 153).

(11) Tacit., *Germania*, 21: *Suscipere tam inimicitias seu patris seu propinqui quam amicitias necesse est.*

(12) La *faida* (v. alla relativa voce in questa Raccolta) era un diritto e un dovere del parente più prossimo a quello dell'ucciso. Cfr. *Lex Angliorum et Werinor.*, 31: *Ad quemcunque haereditas terrae pervenerit, ad illam vestis bellica, id est lorica, et ultio proximi et solutio leudis debet pertinere.*

(13) La vendetta non limitavasi al solo delinquente, ma con esso involgevasi tutta la famiglia. In qualche legge si conservano vestigi dove per altro la facoltà di vendicarsi sui parenti è limitata o proibita: il che accenna a un diritto più largo e meno impugnato nei tempi primitivi. Cfr. *Lex Saxonum*, 18 e 19. La *Lex Burgund.*, § 6, vieta di perseguitare i parenti del reo.

Sulla vendetta vedi Wilda, *Strafrecht d. Germanen*, 1842; Del Giudice, *La vendetta nel diritto longobardo*, negli *Studi di storia e diritto*, 1882, pag. 246-361; Frauenstadt, *Die Blutrache*, 1881; Dahn, *Fehdegang*, 1877.

Sul diritto penale dei Germani antichi oltre Wilda, cfr. Tittmann, *Gesch. d. deutschen Strafgesetze*, 1832; Köstlin, *Geschichte d. deutschen Strafgesetze*, 1859; Osenbrüggen, *Strafrecht der Langobarden*, 1890; Bar, *Geschichte des deuts. Strafrechts*,

dell'offeso, mai dell'offensore: ed erano i casi dei reati contro le persone e l'onore, come l'adulterio e il ratto, non di quelli contro i beni (1).

Anche nell'esercitarla eravi una certa regola, quella cioè, del taglione, cosicchè un omicidio poteva essere compensato con un omicidio, ma una ferita non poteva trar seco un omicidio, nè l'uccisione d'un servo quella d'un libero e tale sproporzione avrebbe autorizzato l'offensore a rivalersi, promovendo, per conto proprio, la *faida*. Parimenti colui che aveva provocato la *faida*, detto *faidosus*, non poteva uccidere per difendersi e, se l'avesse fatto, avrebbe aggiunto nuova inimicizia alla vecchia (2).

Così le ferite per le quali il diritto longobardo proibiva la *faida* erano le involontarie, le casuali. Il diritto sassone (c. 59) dice per una percossa involontaria: « componatur excepta faida ». Secondo Rotari, 387, l'omicidio avvenuto per caso obbliga bensì colui che ne è stato l'autore involontario a pagare il guidrigildo dell'estinto, ma nulla per la remissione della faida. Non altrimenti sta la cosa quando la morte sia causata da un animale: il padrone non è responsabile che del danno « quia muta res fecit, nam non hominis studium ».

La vittima, invece della *faida*, poteva ricorrere all'assemblea giudiziaria e, allora, l'oggetto della sua domanda, come del giudizio, non era la punizione del reato, ma il pagamento d'una *compositio* fissata dalla consuetudine (3).

Il principio generale di tutte le leggi germaniche è il seguente: dal momento che al tribunale è deferita la notizia d'una offesa o dal momento che il tribunale agisce contro un reo, quando i poteri pubblici sono già forti, è offerto al reo di riscattarsi dalla vendetta dell'offeso, pagando la *compositio*; se egli si rifiuta, allora l'assemblea riguarda l'offesa come fatta a sè stessa e mette il reo fuori della legge. Se invece paga, l'offeso deve accettare la *compositio*, la vendetta è vietata e deve seguire la pace: il reo ritorna pienamente nella pace pubblica ed anzi alla *civitas* tocca una parte della composizione che si chiama *fredus* o pace come prezzo della pace. È evidente che la *compositio* consisteva in una semplice soddisfazione pagata dall'offensore all'offeso per riscattare il diritto della vendetta, valutata secondo il grado, il sesso, l'età della persona se trattavasi d'un omicidio, imperocchè nel diritto germanico ad ogni persona era stabilito il suo prezzo (4).

In conseguenza il nome di *composizione* era dato a tutti quei pagamenti che avevano lo scopo di riconciliare gli avversari, e perciò comprendeva in sè nel più ampio significato il *guidrigildo* o *compositio mortui* (Rot. 127), cioè il pagamento per estinguere la *faida*, sorta in seguito ad omicidio: le composizioni in senso stretto, o *multe*, per meglio distinguerle dalle altre, destinate a dar soddisfazione per ingiurie, ferite, percosse, offese all'onore, alla libertà, ecc.; il *fredo*, ossia il prezzo della pace dovuto al fisco o al re per il turbamento della pace pubblica che era garantita dal re. In ultimo il *banno* da pagarsi al sovrano per riottenere la pace perduta in seguito all'aver trasgredito un ordine di lui. Siccome poi in certi casi le pene corporali e la stessa pena di morte potevano essere commutate in denaro, anche questo pagamento doveva esser fatto all'Autorità.

Tacito aveva già notato che presso i Germani s'aveva il diritto di vendicarsi o di pretendere una somma, quando si era vittima d'un delitto. Di regola il reo era escluso dalla comunione del diritto e della pace, e quest'esclusione portava seco la *faida*, per la quale il reo poteva essere impunemente ucciso da chicchessia, da nessuno poteva essere alloggiato e nudrito (5), ma tutto cessava se egli si conciliava con l'offeso, pagando la *compositio*. Ciò naturalmente se trattavasi di reati aventi carattere privato (6), mentre, per quelli aventi carattere pubblico o religioso, la perdita della pace o messa in bando e conseguentemente la pena di morte erano senz'altro pronunciate (7). Il reo era allora una vittima sacrificata ai numi e la pena di morte assumeva carattere sacrale, talmente che appena si può riscontrare in essa l'azione punitiva del potere pubblico. Questa pena fu però la base di sviluppo di un vero diritto penale (8).

7. Tali erano le consuetudini dei Germani al tempo di Tacito; le invasioni e la conversione loro al Cristianesimo modificarono grandemente il diritto penale di queste popolazioni, senza però che di tosto si mutasse la base sua, quella, cioè, che il reato era riguardato come affare privato che provoca l'inimicizia dell'offeso. La grande innovazione di questo periodo consistette in ciò, che i poteri dello Stato, essendosi molto rafforzati, cercarono d'intervenire tra offensori e vittime, anche non chiamati, disciplinare le inimicizie, limitarle e anche vietarle e fondare un sistema penale sul pagamento di somme, cioè sopra composizioni pecuniarie.

Al tempo della redazione delle leggi il reato contro lo Stato, il tradimento, la fuga dall'esercito portano con sè la pena di morte, come vera pena pubblica: ma quelli contro l'integrità delle persone e la proprietà non escono dalla cerchia delle offese private e producono, come nel passato, la *faida*; soltanto il diritto della vittima a trarsi quella vendetta che vuole è subordinato all'azione del tribunale che, prima, deve esaminare la questione ed, in seguito, obbligare il reo a riconciliarsi con l'offeso, pagando la composizione stabilita per il reato, minacciandolo della perdita della pace pubblica se non accetta il giudizio.

Però alcune leggi germaniche, come non parlano del diritto di vendetta, non fanno menzione nemmeno di composizione; devesi ciò attribuire ad un vigoroso affermarsi dei poteri pubblici, come ad una maggiore influenza del diritto romano.

Queste leggi, di fatti, non conoscono che la pena capitale e le pene corporali; così la legge dei Borgognoni punisce di morte l'omicida e il ladro (9) e non parla di composizione che pel caso di legittima difesa o se l'ucciso non è un libero (10). L'editto di Teodorico è più assoluto e non men-

1882; Du Boys, *Histoire du droit criminel: Période barbare*, 1865; Thonissen, *Organisation iudiciaire et droit pénal de la loi Salique*, 1881; Pertile, *Storia del diritto italiano*, v, Torino, Unione Tip.-Editrice, 1892; Salvioli, *Manuale di storia del diritto italiano*, 2ª ed., 1892, pag. 548 e segg.; Calisse, *Storia del diritto penale italiano*, Firenze 1895.

(1) Su queste limitazioni vedi Wilda, op. cit., pag. 161-162.

(2) Gli omicidi compiuti per *faida* non erano incriminati (*Decreta Tassilonis*, c. 3).

(3) Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, 161, Berlin 1887.

(4) Cfr. Taciti, *Germania*, 12 e 21.

(5) *Lex Ripuaria*, 77; *Decretum Childeberti*, II, an. 596, c. 4.

(6) Siegel, *Gerichtswesen*, 1857, 9; Thonissen, *Organisation et droit pénal*, 117.

(7) *Lex salica*, 56.

(8) Brunner, I, 166.

(9) *Lex Burgund.*, II, 1 e 4; XXIX; XLVII.

(10) Id., L, 1 e 2.

ziona mai la composizione, ma pronunzia la pena di morte nell'omicidio, nel furto qualificato, nella falsa testimonianza nella violazione di sepolcro (1). In quanto alle leggi dei Visigoti bisogna fare una distinzione: l'antica legge non pronunzia che la pena di morte; le nuove, cioè quelle dei re del secolo VII, menzionano, al contrario, la composizione.

Che cosa si deve concludere dal silenzio di queste leggi? Avevano soppresso il diritto di vendetta e la composizione per stabilire un sistema di pene pubbliche, oppure la vendetta e la composizione erano due forme già tramontate presso questi popoli? Queste due soluzioni non si possono accettare. Il loro silenzio è piuttosto da interpretarsi nel senso che lasciavano la composizione sotto l'impero della consuetudine, lasciando cioè alle parti di liberamente discutere intorno all'ammontare di essa, la quale era facoltativa, o, nel caso di processo, se l'offeso, invece della pena pubblica, preferiva la composizione, affidavano ai giudici lo stabilirla.

8. Al contrario la legge salica non è altro che una tariffa di composizioni; sotto questo rapporto essa presenta delle grandi analogie colle antiche consuetudini scritte della Svezia, della Norvegia, della Polonia e della Russia. Nel sistema di questa legge la conseguenza ordinaria d'un delitto consisteva nell'obbligo di pagare una certa somma di denaro; la formola usata è la seguente: se alcuno è convinto d'aver commesso tal atto, sia dichiarato colpevole per tanti denari: *si ei fuerit adprobatum, dinarios, qui faciunt solidos, culpabilis judicetur*. E la somma pagata andava alla vittima del delitto e non era a titolo d'indennizzo materiale o morale perchè era dovuta anche per semplici tentativi rimasti senza risultato (2). Era fissata dalla legge e non variava con l'importanza del pregiudizio causato (3); era esigibile anche per semplici ingiurie, senza che l'uomo offeso avesse bisogno di giustificare una lesione qualsiasi del suo onore o della sua riputazione (4); era anche minacciata per atti che non avevano causato alcun danno (5); era dovuta per il solo fatto di penetrare in certi luoghi con un'intenzione dolosa e senza permesso del proprietario (6).

D'altra parte quando un pregiudizio era realmente causato alla vittima del delitto, il tasso della composizione sorpassava quasi sempre, in una forte proporzione, l'ammontare del danno.

Il libero che rubava un oggetto di due denari era tenuto a pagare una composizione di quindici soldi, se di cinque la composizione saliva a trentacinque soldi (7).

9. Quindi la composizione non rappresentava i danni, anzi era pagata indipendentemente da questi e nemmeno rappresentava un compenso per il pregiudizio causato alla vittima, poichè era attribuita anche per una parte al fisco.

L'idea della riparazione entra certamente nel fissarne il suo ammontare, poichè la composizione si elevava, ordinariamente, coll'importanza del danno causato, ma nello stesso tempo e soprattutto era una soddisfazione accordata all'offeso, un sacrifizio e un'umiliazione imposta al violatore del diritto altrui; perciò è evidente il suo carattere di riscatto dal diritto di vendetta.

Considerata da questi diversi punti di vista, la composizione presenta una miscela di caratteri diversi: è una pena, perchè umilia il colpevole, lo spoglia del suo avere e tende. evidentemente, a diminuire il numero dei malfattori con la prospettiva di sacrifizi pecuniari e della miseria; è un'indennità inquantochè è il prezzo legale dell'abbandono della vendetta. Il carattere privato predomina, perchè la maggior parte della composizione è attribuita all'offeso, ma il carattere pubblico inerente a ogni sistema di repressione legale non manca, poichè anche una parte tocca al re, protettore della pace pubblica.

10. Per i tempi antichi Tacito aveva scritto: *luitur etiam omicidium certo armentorum et pecorum numero* (8); ora le leggi stabiliscono la tariffa dei soldi, da pagarsi dall'offensore. Se fra le parti viene un accordo, esse sono libere di fissare il tasso della composizione, purchè il fisco non sia leso; se l'accordo non si stabilisce, l'offeso ha la facoltà di ricorrere ai giudici, che indicheranno l'ammontare della composizione e, se il delinquente non pagherà, sarà messo fuori della legge.

Dal Montesquieu e da altri si era detto che, secondo la legge salica, il diritto della vendetta era soppresso e la composizione era resa obbligatoria (9), da altri che il diritto della vendetta era conservato e che l'offeso mai era obbligato di accettare la composizione (10).

Da Pardessus si sostenne, invece, che la vendetta era ammessa pei crimini gravi e che per gli altri casi l'offeso aveva il diritto di rivolgersi ai tribunali, ma doveva contentarsi della composizione legale (11).

La verità è che la legge salica, la più antica delle leggi germaniche, ammette ancora la vendetta, ma vuole regolarla, punendo quelli che la esercitano senza avere rispettato le prescrizioni legali. In certi casi, anzi, il diritto di vendicarsi è espressamente consacrato, ma in altri si deve proporre la composizione ed accettarla, e solo è dato ricorrere alla vendetta se l'offensore resiste alla sentenza del tribunale. Nella legge salica vuolsi, per impedire che le parti non si accordino nello stabilire la composizione, offrire delle tariffe fisse che i giudici avranno semplicemente da applicare, e in conseguenza l'offeso era obbligato ad accettare l'ammontare della somma offerta dall'offensore. Egli non poteva rifiutarsi sotto pretesto che preferiva l'esercizio della vendetta. In caso di processo i giudici non fissavano più l'ammontare della composizione, ma applicavano la cifra stabilita dalla legge; così si possono spiegare tutte quelle tariffe contenute nella legge salica. Quale sarebbe stata la sua utilità se la composizione esigeva l'accordo delle parti o se la cifra poteva essere modificata dai giudici? Perchè fissare la cifra dovuta all'offeso se questi ne poteva pretendere un'altra? In conseguenza la composizione non fu facoltativa.

Alcuni scrittori, pure ammettendo che l'offeso non po-

(1) Ed. Theod., cap. 38, 41, 56, 78. 91 e 110.

(2) *Lex salica*, tit. XIX, 2, pel tentativo di maleficio; tit. XXXIX, 1, pel tentativo di furto di schiavi; tit. XL, 5, pel tentativo di omicidio.

(3) *Id.*, LII; V, 2; XXXVIII.

(4) *Id.*, XXX, 2; LXIV, 1.

(5) *Id.*, XIV, 4; LVI.

(6) *Id.*, XXVII, 6, 7.

(7) *Id.*, LVI.

(8) *Germania*, XXI; Köstlin, *Gesch. d. [illegible]*, 1859, pag. 60 e segg.; Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 1892, II, 612.

(9) *Esprit des lois*, XXX, 19, 20.

(10) Köstlin, 380.

(11) *Loi salique*, 654; Waitz, *Deutsche Verfassungsgesch.*, v. I, 437) (3ª edizione); Siegel, *Geschichte der deutschen Gerichtsverf.*, 1857.

tesse rifiutare la composizione offerta, hanno preteso che l'offensore non fosse obbligato di offrire questa transazione e in questo caso la guerra privata sarebbe stata inevitabile come prima, come nei paesi dove la composizione era rimasta facoltativa.

Tale soluzione non si può ammettere; l'offensore potente avrebbe potuto rifiutare impunemente la composizione all'offeso se questi non era abbastanza forte a incontrare la guerra. Se egli non consentiva a pagare spontaneamente quanto era fissato dalla legge, poteva essere tradotto davanti ai giudici, sotto pena d'incorrere nella perdita della pace, nella confisca dei beni e nella morte; egli non riprendeva il suo posto nella società che dopo d'aver pagata la composizione (1).

Si è anche sostenuto che sotto la legge salica la composizione sarebbe stata facoltativa, perchè in seguito i capitolari di Carlo Magno disposero che fosse obbligatoria, ma a ciò si risponde ricordando come facoltativa potè restare in alcuni paesi pur sottomessi alla legge salica, le cui disposizioni poterono essere poco osservate. Così spiegasi l'ordine dei capitolari carolingi, che alla lor volta furono poco osservati, inquantochè tenacissimo era presso i Germani il sentimento di voler trarre soltanto dalla vendetta la soddisfazione per l'offesa ricevuta.

Si è ancora riguardata la vendetta, secondo la legge salica, come una specie di contratto volontario. Certo il pagamento di essa creava una ragione di debito da una parte e di credito dall'altra; le composizioni erano altissime, nessuno poteva avere tanto denaro contante per soddisfarle; perciò bisognava accordarsi sul modo del pagamento, sulle garanzie da dare al creditore e sulle forme con cui risultasse il versamento delle somme. In apparenza e quanto alla forma la composizione si presentava come un contratto, ma da ciò non si può desumere il suo carattere facoltativo.

Ciò che ha potuto contribuire ad accreditare tale errore è che, in fatto, la violenza dei costumi portava i barbari a non tener conto dell'obbligo di pagare la composizione. Malgrado gli sforzi della Chiesa e dei re, il diritto della vendetta continuava a esercitarsi fra le famiglie e, senza cessa, dovevano la Chiesa e i concilî vietarlo (2)

Presso i Longobardi lo sforzo della legge fu di reprimere la vendetta privata e di dare all'offeso, per compenso, la composizione pecuniaria, la quale non è un semplice rifacimento dei danni materiali, poichè è richiesta anche quando non esiste il danno e quando al tentativo non seguono effetti nocivi (3). E quando è stato cagionato un danno essa si eleva di solito al di sopra di questo e viene, come nella legge salica, a ripararlo nel doppio, nel triplo e sino per nove volte (4).

11. Altrettanto si dica del *guidrigildo*, il prezzo dell'uomo.

Il guidrigildo è il prezzo dell'ucciso: come dice Rotari, l'omicida deve pagare il prezzo dell'ucciso *sicut adpraetiatus fuerit*. Ogni uomo nella società germanica aveva il suo prezzo, il nobile maggiore del libero, il maschio maggiore della donna: e questa aveva un prezzo diverso secondo che era giovane o vecchia; i chierici parimente erano valutati maggiormente.

Nei primi tempi la somma di ogni uomo era lasciata all'accordo delle parti e dovette consistere in tutto ciò che alla persona stessa apparteneva, nella ricchezza ordinaria di un uomo, valutata da prima in armenti, quindi in terra, da ultimo in moneta. Quando le parti non riescivano a mettersi d'accordo, si ricorreva a un arbitro. È per questo che le leggi dicono in generale che il guidrigildo deve essere pagato secondo che è stato stabilito volta per volta, cioè secondo la libertà, la nobiltà, il sesso, l'età, la nazionalità, l'ufficio pubblico. A poco a poco si formarono consuetudini per le quali la somma del guidrigildo fu stabilita in precedenza ed in modo generale. Tali consuetudini furono poi spesso accolte nelle *Leges barbarorum*, e allora non fu più lecito all'offeso o suoi eredi pretendere una somma maggiore. Le cifre stabilite dalle leggi furono il *maximum* che si poteva pretendere, ma l'offeso poteva contentarsi anche di somme inferiori e secondo la possibilità dell'offensore.

Ai tempi di Rotari il guidrigildo è abbandonato al libero accordo delle parti (5). Solamente fu graduato secondo le varie classi sociali sotto Liutprando, che vi aggiunse anche la metà di tutti i beni confiscati al colpevole; talvolta dove il danno è minore, come nell'uccisione d'una donna, era maggiore la cifra del guidrigildo. Lo stesso Liutprando sanzionò la consuetudine che il guidrigildo del libero *exaescidatus* fosse di 150 soldi; che si raddoppiasse per chi nell'esercito tiene i gradi maggiori, e che fosse almeno di 200 soldi per chi stava nella Corte del re. Le stesse somme si trovano nel capitolare di Arechi: poi crebbero nella legislazione carolingia in favore dei sacerdoti, per i quali il *guidrigildo* doveva essere triplo dell'ordinario.

Per le donne i popoli germanici avevano un guidrigildo doppio, come che la debolezza loro dovesse difenderle dalla legge con una pena maggiore: ma i Longobardi adottarono un altro criterio, quello di valutare il guidrigildo secondo la condizione del parente prossimo della donna. Così chi sposa una donna senza il consenso della famiglia, deve a questa, in caso che quella muoia, il guidrigildo come se avesse ucciso un uomo di egual condizione, cioè il fratello di lei (Rot. 187). Chi uccide una donna in rissa paga quanto essa viene apprezzata, secondo la sua nobiltà, come se egualmente il fratello di lei fosse stato l'ucciso (Rot. 378). Ma d'altro lato le leggi longobarde assicurano alla donna un guidrigildo massimo di 1200 soldi, nel caso che sia stata uccisa con premeditazione (Rot. 210).

Il guidrigildo è proprio dei liberi. I servi sono cose, trattati come istrumenti del fondo, messi assieme agli animali: hanno quindi, come questi ultimi, un prezzo, ma corrispondente al loro valore economico, che deve essere riscosso dal proprietario che coll'uccisione di un servo è privato dei servizi e di una ricchezza: il padrone è indennizzato del danno che ha subito. Nelle leggi però è stabilito il massimo di quanto egli può pretendere. Anche pei servi questo prezzo varia secondo le loro abilità; è quindi maggiore pel capo dei pastori in confronto di quello dovuto per l'uccisione di un semplice campagnolo.

12. Il primo sentimento che originò la composizione, quello cioè di riscattare l'offensore dalla vendetta, venne col

(1) *Lex salica*, tit. LVI; *Lex emendata*, tit. LIX; *Pactus Childeberti*, 2, ed. Boretius, pag. 5.

(2) Vedi Brunner, II, 527.

(3) Roth. 3, 4, 9, ecc.

(4) Roth. 148, 149, 229, 246, 248, ecc.

(5) Roth. 14, 48, 74, 75, 198, 374; Liutpr. 62. Sopra il diritto penale dei Longobardi cfr. Wilda, *Strafrecht d. Germanen*; Blandini, *Il delitto e la pena nelle leggi longobarde*, 1890; Osenbrüggen, *Strafr. d. Langob.*, 1863.

tempo attenuandosi, cosichè si modificò anche il carattere della composizione stessa, che assunse in una fase ulteriore quello di risarcimento del danno materiale e morale. Così essa fu adeguata alla natura dell'offesa, e si venne in tal modo a formare un complicato sistema di pene proporzionali in rapporto al delitto e alla quantità dei danni morali; così viene che la legge, alle volte, vuole risarcito il solo nocumento materiale e, alle volte, anche il morale.

Il ladro, p. es., colto sul fallo, non resta più in balìa del derubato, ma deve sborsare, oltre l'ordinaria pena, 80 soldi se libero e 40 se è schiavo, o incorrere nella pena capitale; la pena è rincrudita se il reo è scoperto in flagrante, il che provoca ira e desiderio di vendetta. Similmente in tutta la materia delle ingiurie ha un assoluto predominio il danno morale, anche se la lesione fisica è tenue: l'onta e la vergogna fatte reclamano un forte risarcimento; per uno schiaffo la composizione è doppia di quella che si paga per un pugno.

13. Tacito dice che presso i Germani la composizione era in parte pagata al re, in parte all'offeso o ai parenti di lui; lo stesso sistema si manifesta nelle leggi germaniche.

Al fisco tocca una parte delle multe per la rottura della pace, e questo *fredo*, che si paga al fisco, è il primo vero riconoscimento della giustizia pubblica punitiva. Lo Stato, che dà man forte perchè l'offensore soddisfi la composizione, è compensato con una parte della multa riscossa, la quale poi, per questa ragione, deve essere aumentata sulla somma che le più antiche consuetudini avevano fissato. In maniera che il pagamento al fisco era fatto da chi riceveva la composizione, ma tornava sempre a carico del reo che doveva pagare per ambedue, cioè per il fisco e per l'offeso. Quanto più si rafforzava il concetto dello Stato e della giustizia punitiva, tanto più si allargava la sfera di questa nel difendere la pace pubblica e nel reprimere le faide; servizi tutti che erano ricompensati con un maggiore aumento del *fredo*. Così in ogni reato non si riscontrò più soltanto un'offesa privata, quanto anche un'offesa verso lo Stato, l'ordine e la tranquillità pubblica che il re deve difendere; e quindi questi pretese a un compenso sempre più rilevante per l'opera che egli e i suoi ufficiali prestavano nel ristabilimento della pace. *Fredo* difatti vuol dire *pace*. Per molti reati esso è eguale alla somma che pagasi all'offeso; qualche volta è maggiore, qualche altra volta minore.

La legge salica (titolo 13) fissa 62 soldi il *fredo* per ratto d'una fanciulla che si trova sotto la protezione del re; al titolo 14 dice che se un fanciullo di 12 anni ha commesso un delitto non pagherà *fredo* perchè il fanciullo non ha intenzione di turbare la pace pubblica. Egualmente esentato dal *fredo* è il proprietario d'un animale che ha ucciso un uomo, e altrove è fatto obbligo al conte di reclamare il *fredo* quando le parti interessate hanno concluso una transazione fraudolenta per frustrare il diritto del re. Tali disposizioni non lasciano dubbio sul significato del *fredo*.

Invece la parte della composizione che toccava al re era un terzo: *tertiam partem ut pax perpetua stabilis permaneat*, secondo la legge ripuaria, titolo 31; e così un capitolare dell'ottocentodiciassette dice egualmente che il *fredo* era fissato a un terzo della composizione.

Il *fredus* è dunque un'ammenda nel senso esatto della parola. Non è però mancato chi ha opinato che il *fredus* fosse il prezzo della sicurezza o pace garantita ulteriormente all'offeso dal sovrano contro ogni vendetta o rivendicazione da parte di chi aveva subito la condanna a suo profitto e che aveva dovuto in conseguenza farne una riparazione. Questa soluzione è inconciliabile con certe disposizioni della *Lex salica*. Così il tit. XIII fissa a 62 soldi il *fredus* esigibile in caso di ratto di fanciulla che trovasi sotto la protezione speciale del re; e il tit. XXIV decide che se un fanciullo di 12 anni ha commesso un delitto, il *fredus* non sarà dovuto. Questa ultima disposizione si spiega se si vede nel *fredus* una vera ammenda; se invece fosse pagato per garantire la protezione del re, sembra che appunto in questo caso dovesse essere pagato. Anche nel diritto longobardo al *fredus* non si può attribuire il senso che serva per garantire l'offeso.

I commentatori delle leggi carolingie considerano il *fredo* eguale al banno, ma giustamente è notato dal Calisse (1), come esso debba tenersi distinto, come dimostrano anche materialmente le leggi quando dicono che deve pagarsi il *fredo* ed oltre di questo il banno. Questo consiste nella violazione del comando del re, e ogni violazione importa una pena propria, distinta dalle composizioni. Il *bannum* non entra quindi nel sistema delle composizioni, ma in quello delle pene pubbliche.

14. Conosciuti i caratteri, gli elementi e lo scopo delle composizioni, dobbiamo ora vedere il tasso di esse.

Variano in modo grandissimo le composizioni secondo la qualità e importanza del reato che si vuole punire. Nei casi di lesioni personali ma non tali da cagionare la morte, si prende una frazione del guidrigildo, la metà per chi cava un occhio, taglia il naso, la mano o la lingua, per chi percuote o fa bere il veleno senza raggiungere l'effetto. Se l'occhio che si cava è l'unico che rimane si paga due terzi del *guidrigildo*. Se invece è troncato un dito, si pagano un sesto.

Altre volte le multe appaiono come multipli del guidrigildo; però queste relazioni devono essere piuttosto ritenute accidentali.

Altre volte è presa a criterio la qualità del danno, secondo la stima dei periti o l'accordo delle parti, o il giudizio di arbitri o la consuetudine. Ma talvolta il valore del danno è raddoppiato. È per esempio punito col doppio della composizione chi fatta la pace ritorna alla vendetta. Ancora in altri casi si ha comminata dalla legge la pena del pagamento del danno triplice: così è punito chi dà fuoco alla casa o al molino altrui, chi commette rapina, chi durante la convocazione dell'esercito fa danni nei campi maturi e nelle biade raccolte. Per altri reati la pena è fissata al quadruplo, al quintuplo, al nonuplo e perfino diciotto volte tante il danno recato, come nel caso di furto commesso da pubblico ufficiale a danno del fisco.

Si hanno anche nelle *leges barbarorum* delle multe le quali sembra siano state fissate senza riguardo alcuno al guidrigildo dell'offeso o al danno materiale a lui recato.

Secondo la *Lex salica* si vede che quelle di 7 e di 10 denari, di 1 soldo, di 5, di 7, di 10, di 75, di 90, di 187 e di 700 soldi non figurano che una volta. Si trovano due volte le composizioni di 50, di 300 soldi; tre volte quelle di 17 soldi e mezzo e di 1800 soldi; quattro volte quelle di 6 soldi. Si incontrano sei volte le composizioni di 100 soldi, undici volte quelle di 600 soldi, nove volte quelle di 200. Le altre composizioni ritornano più frequentemente: quattordici volte quelle di 35 soldi; venti quelle di 30 e venticinque quelle di 45, ecc.

(1) Vedi Calisse, *Storia* cit., pag. 88-103.

La composizione di 15 soldi, che è menzionata 52 volte, è la composizione tipo. Moltiplicandola per 2, 3, 10, ecc., si arriva alle composizioni di 30, 45, 300, 600 e 1800 soldi; dividendola si ottengono quelle di 1, 3, 5 e 10 soldi. È vero che le composizioni di 7, di 17 e mezzo, di 35, di 50, 62 e mezzo, di 100 e di 700 soldi non si prestano a queste operazioni; ma nulla toglie di vedere in esse il risultato di fatti che precedettero o accompagnarono lo stabilimento dei Germani nei territori romani. Può darsi che si siano fuse le costumanze di varie tribù; può darsi che queste cifre risultino da speciali addizioni, computi e raffronti con cose che erano date invece del denaro, o rappresentino ragguagli con esse o con animali.

Il minimo della composizione è di 7 denari, dovuti da chi ruba un agnello di latte (IV, 1).

Il massimo normale è rappresentato da 700 soldi dovuti da chi uccide una donna gravida (XXIV, 5). La composizione di 1800 soldi presenta un carattere eccezionale e risulta dalla coesistenza di due circostanze aggravanti.

15. Non si deve però credere che nelle leggi germaniche queste composizioni siano state fissate a caso, senza alcun criterio, senza un sistema prestabilito.

Se nelle leggi mancano il metodo e l'ordine logico e le classificazioni rigorose che caratterizzano le legislazioni moderne, non si deve però credere che le composizioni siano state arbitrariamente valutate, ma piuttosto esse sono il risultato di un calcolo che dinota riflessione e un piano stabilito. In fondo ad esse anzi si scorge una norma costante, la quale, per esempio, punisce con una cifra i furti e i danni senza gravità, e con altra cifra altre categorie di reati. Anzi si può dire che vi è una distribuzione razionale nelle pene pecuniarie. Per esempio la composizione che è dovuta per omicidio, è la stessa che devesi pagare se un libero è venduto come schiavo, se è mutilato o se a lui è stata rapita la moglie (1).

Inoltre vi è un metodo e un ordine nella classificazione delle circostanze aggravanti.

La principale di queste è quando l'infrazione è commessa a danno di persone che sono al servizio del re.

La composizione è allora elevata al triplo. Inoltre la composizione si eleva al triplo se l'omicidio avviene su persona che trovasi nell'esercito (2), oppure *in verbo regis* (3).

Egualmente l'età e il sesso aumentano l'ammontare della composizione. Fra le circostanze che l'aumentano, si vedono figurare le circostanze che anche nei codici moderni sono fra le aggravanti, cioè lo scassinamento nel furto, il veleno, la grassazione a mano armata sulla strada pubblica, la violazione del domicilio. Se il reato è commesso sopra una donna giovine o gravida, la composizione è maggiore: lo stesso avviene per il furto di animali e di api.

Ma le leggi considerano ancora le circostanze attenuanti: tale è la confessione che il colpevole fa spontaneamente del suo atto: egualmente minore è la composizione quando nell'atto manca il dolo, ma dipende soltanto da negligenza. L'età vale pure come attenuante della composizione.

Questo vario ammontare delle composizioni pare che si colleghi al modo con cui esse erano soddisfatte nel periodo in cui i Germani non conoscevano la moneta. Tacito dice che si pagavano con bestiame grosso e piccolo.

Quando si misero in iscritto le leggi germaniche, si dovette fare il ragguaglio degli animali che si davano per riscattarsi dalla vendetta, con *solidi*. Così venne questa varietà di cifre nelle tariffe penali. Un'offesa si componeva con uno o due buoi, oppure con una o più pecore, oppure con un bue e una pecora. Si ridusse il valore di questi animali in soldi e per ciò le leggi presentano tante differenze fra esse e tanta varietà di prezzi, secondo il valore che presso ogni popolo avevano questi animali e secondo la quantità di animali che si era solito dare per riscattarsi dalla vendetta.

16. Questi valori attribuiti agli animali furono convertiti in denari e soldi. Il denaro era una piccola moneta di argento: il *solidus* è l'*aureus* bizantino. I primi re germani adottarono il sistema monetario del Basso Impero. La *Lex salica* dice che il soldo equivale a 40 denari. Il soldo d'oro varrebbe, secondo alcuni calcoli fatti, lire 11.85 della nostra moneta. Il denaro varrebbe quindi cent. 29: ma il prezzo di acquisto di queste monete sarebbe di dodici o quattordici volte superiore a quello che attualmente hanno le lire 11.85 e i cent. 29. Il Thonissen anzi dopo aver riferito come, secondo il De Saulcy, il valore della moneta franca fosse 32.60 volte più grande dell'attuale e aver ricordato i calcoli di Guérard che lo elevano a 10.73 e quelli di Pétigny che l'elevano da 10 a 18, ricorda un testo della *Lex rip.*, secondo la quale un bue valeva 2 soldi, una vacca 1 soldo, un cavallo 6 soldi, una giumenta 3 soldi. In conseguenza il bue avrebbe valso oggidì un valore intrinseco di lire 23.70: e un valore relativo, supposto otto volte più forte, di lire 189.60: la vacca un valore intrinseco di lire 11.85 e un valore relativo di lire 94.80: il cavallo un valore intrinseco di lire 71.10 e un valore relativo di lire 568.80: la giumenta un valore intrinseco di lire 35.55 e un valore relativo di lire 284.40. Egli allora così valuta la composizione di 200 soldi per un omicidio, eguale a 100 buoi, a 200 vacche, a 36 cavalli, cioè a un valore intrinseco di lire 2370, e un valore relativo di lire 18,960.

Procedendo in tal modo si arriva a stabilire come elevatissime fossero le composizioni e come la maggior parte dei rei fossero nella impossibilità di pagarle; incorrendo quindi nella terribile pena della messa fuori della legge.

17. Presso i Longobardi pare che il più antico computo sia stato il duodecimale (4), a cui si aggiunse presto eziandio il decimale (5), seguitandosi ora questo ora quello. La massima somma era di 900 soldi (6), che per un caso elevò a mille soldi (7): la minima era l'ottava parte di un soldo (8).

Nei furti o negli altri danni dati alle sostanze, la pena era comunemente determinata dal valore della cosa o dal danno e in alcuni casi era pagata la giusta sua estimazione (9), in altri il doppio (10), o il triplo (11), o il quadruplo (12), e spesso ancora otto volte (13) e nove volte (14), il prezzo della cosa. Egualmente nelle lesioni dei diritti maritali era sta-

(1) *Lex salica*, tit. XV; XIX, 7; XXXIX, 1; XLI.
(2) *Id.*, c. XLIII.
(3) *Id.*, c. XLI.
(4) Roth. 43, 181.
(5) Id., 10-13, 16, 20, 35; Liutpr. 72, 39.
(6) Id., 369.
(7) Liutpr. 38.
(8) Roth. 349.
(9) Id., 336, 337, 339; Liutpr. 151.
(10) Id. 270.
(11) Id., 146, 149.
(12) Liutpr. 49.
(13) Roth. 229.
(14) Id., 246, 250.

bilito che si dovesse corrispondere il doppio della meta (1). Finalmente prescriveva Rotari che ogni qualvolta il leso pel delitto fosse il fisco, la pena si dovesse pagare raddoppiata purchè non fosse quella massima di 900 soldi (2).

Il semplice sistema delle composizioni fu alterato da Liutprando, c. 20, 21, 62, 118, 138, nel senso che l'omicidio premeditato avesse per conseguenza la perdita totale della sostanza, la quale passava per metà ai *parentes propinqui* e rappresentava la somma della composizione, e l'altra metà dividevasi fra la *curtis regia* e gli eredi dell'ucciso.

Queste disposizioni di Liutprando restarono la norma in Italia, sebbene dal *Liber papiensis* (3) risulti che qualche altro principio diverso in altri casi si ammetteva e non sempre si andava alla confisca di tutta la sostanza. Le leggi di Liutprando furono confermate da Lotario, 92, e da altre leggi imperiali per l'avvelenatore (Cfr. Lombarda, I, 9, 1, 39): *Quicumque veneficio seu quolibet modo furtivae mortis aliquem peremerit... mortis sententiam incurrat, omniumque suarum rerum mobilium seu immobilium facultatem amittat, ita tamen ut pretium X librarum pro legitimo widrigildo propinquis peremti primum inde detur, reliqui rursus medietas eisdem propinquis veniat: altera autem medietas ad fiscum accedat.*

Queste disposizioni si accordavano con quelle del diritto romano intorno alla confisca dei beni, in favore dell'offeso minacciata per certi reati, come nel ratto.

18. Lo sviluppo degli Statuti si svolse attorno a questi concetti, che gli eredi avessero metà dei beni confiscati al reo, e questa somma rappresentava il guidrigildo dell'ucciso.

La composizione restò anche nella legislazione comunale. Ma poichè il *fredus* prese sempre una maggiore estensione, così da esso si sviluppò un diverso sistema penale, basato sopra il pagamento di multe, per mezzo delle quali era dato liberarsi dalle pene afflittive. Da questo sistema poi, quando prima quando dopo, passarono gli Statuti a quello delle pene corporali.

I più antichi statuti non hanno quasi altro che pene pecuniarie: così quelli di Susa an. 1197, quelli di Conegliano an. 1218, di Riva an. 1274. Esse di regola trovansi anche negli statuti di Como an. 1281, ove il reato si espia *pro modo delicti et qualitate personae* (4). In principio i Comuni assegnarono queste composizioni ai soli offesi (5), ovvero a loro e al fisco (6); ma presto le attribuirono completamente al fisco, dando ad esse in tal modo il carattere di vere pene. Così agli offesi fu lasciato soltanto il diritto di pretendere un risarcimento (7). E in tal modo snaturate dalla loro antica origine, le composizioni assunsero una vera funzione di pene pubbliche, e prevalse tra i giureconsulti la massima che, ogni qualvolta fosse imposta pena pecuniaria senza che la legge dicesse a chi si dovesse applicare, si intendesse fosse devoluta al fisco (8).

Quanto più i poteri pubblici acquistano forza e si rende chiara la funzione punitiva dello Stato in mezzo alle società, tanto più vedesi la composizione perdere terreno, e venir negato ai privati il diritto di farsi giustizia da sè ricorrendo alla violenza e alla vendetta e nello stesso tempo e come una conseguenza viene tolto loro il diritto di esigere una composizione che significhi perdono e cessazione di ogni giustizia punitiva pubblica. In questa evoluzione il reato diviene violazione del diritto di tutti i consociati, offesa alla sicurezza pubblica, e la pena si eleva a riparazione dell'ordine turbato, sempre restando salvo il diritto dell'offeso ad essere indennizzato pei danni materiali e morali derivanti dal reato.

19. Riscuoteva il guidrigildo colui che aveva l'onere e l'obbligo della vendetta: quindi anzitutto i figli, e poi in loro mancanza quei parenti più prossimi chiamati alla successione. Le donne quindi erano escluse come quelle che non erano capaci di fare la vendetta; e anche quando Liutprando le chiamò alla successione, mantenne il divieto per la riscossione del guidrigildo: e solo nel caso che mancassero maschi, le autorizzò ad esigerne la metà. Come poi il guidrigildo fu riguardato come parte del patrimonio dell'ucciso, così un capitolare di Arechi dispose che le donne potessero esigerlo nella sua integrità.

Se mancavano parenti, il diritto di esigere il guidrigildo competeva al fisco.

Il guidrigildo poteva anche essere riscosso dalla persona stessa che era stata vittima del reato. Ciò si verificava nel caso di offesa all'onore di una donna, di accusa di stregoneria, adulterio, fornicazione. Egualmente chi vendeva un uomo libero, riguardavasi come l'uccisore di esso, e doveva pagargli il guidrigildo.

Altre volte le leggi disponevano che il reo pagasse all'offeso il guidrigildo di sè medesimo, quando, per esempio, il reato non metteva a pericolo la vita altrui, ma piuttosto vi esponeva quella del suo autore, come nel caso di scioglimento senza motivo di sponsali contratti. Lo stesso avveniva quando il reato aveva carattere pubblico in modo che manchi una particolare persona che ne sopporti direttamente la conseguenza, o che almeno vi sia interamente e da sola interessata, come accade quando si disobbedisca a un comando del re, si dica il falso, ecc. In questi casi la pena essendo quella del guidrigildo, questo non può essere che il proprio di colui che deve pagarlo.

Anche la multa è riscossa da colui che ha subito l'offesa, o da colui su cui si ripercuote l'offesa, come nel caso di violato sepolcro, di danno fatto a un servo, di adulterio. Per questa ragione colui che aveva la rappresentanza e la protezione della donna, cioè il mundualdo, riscuoteva le multe per le offese recate a questa e le riscuoteva non per conto di lei, ma nel proprio interesse, perchè sua era l'offesa, perchè la tutela antica faceva il tutore padrone delle rendite patrimoniali. Ciò però si venne modificando, come progredì l'emancipazione della donna: e già Rotari (186) dice che in caso di ratto, la multa deve essere pagata ai parenti della fanciulla: e quando le leggi autorizzarono la donna ad esigere il guidrigildo proprio, dovette essa nel contempo essere ammessa a riscuotere a conto proprio le composizioni per le offese recate.

Se mancavano le persone a cui dovevansi per legge pagare le composizioni, come nel caso di sepolcro violato, queste andavano pagate al fisco: e al fisco molte volte pagavansi le composizioni per offese recate a luoghi pii.

(1) Roth. 190.
(2) Roth. 369.
(3) *Liber pap.* Pipini, 10; Ludovici Pii, 12.
(4) Kohler, *Das Strafrecht der italienischen Statuten vom 12-16 Jahrh.*, 1897.
(5) *Stat. Pistor.*, c. 7, 8, 10.
(6) *Stat. Lucae*, an. 1308, lib. III, c. 14.
(7) *Stat. Florent.*, III, 112.
(8) Clari, *Quaest.* 80.

20. Ma quali persone erano tenute a pagare il guidrigildo o la composizione? Soltanto l'offensore? oppure se questi non era in grado, dovevano concorrere al pagamento, per liberare lui e se stesse dalla faida, i suoi parenti? Eravi una responsabilità che avvolgeva tutti i membri della famiglia e li rendeva quasi solidali in questo pagamento, se alcuno di essi aveva commesso un reato e non si liberava dalle conseguenze di esso, pagando la composizione?

Questo è uno degli argomenti più interessanti nella storia del diritto germanico, perchè oltre che il sistema delle pene riguarda la stessa costituzione famigliare.

Quando le leggi germaniche furono scritte, la vendetta privata non dominava più nelle abitudini del popolo assolutamente, ma era stata ristretta sia per le persone contro cui poteva essere esercitata, sia per i delitti, e ad essa era stato sostituito il sistema della composizione.

Le traccie dell'antica vendetta privata, assoluta e illimitata, si rilevano ancora nell'istituto della faida, presso quelle leggi che appartengono al secondo periodo, a quello, cioè, di transazione fra il diritto di vendetta e il sistema delle composizioni pecuniarie (1). In queste leggi la faida è riconosciuta come un diritto, ma in linea secondaria, perchè può essere esercitata soltanto quando l'offensore si rifiuta a pagare la composizione: allora l'effusione del sangue è dichiarata legittima, perchè la riparazione legale è divenuta impossibile (2). Questo diritto di vendetta spettava a quei parenti a cui sarebbe toccata la composizione, se l'offensore fosse stato in grado di pagarla; esso poi è concesso solo nel caso di omicidio e di gravi reati.

Cominciamo dal caso in cui, o per mancato pagamento, o per volere dell'offeso, sia dichiarata la guerra privata. Contro chi è diretta la faida? Soltanto contro il reo o anche contro i parenti? Tutte le leggi germaniche, anche le più barbare, ci rivelano una tendenza a limitare le vendette disordinate che turbavano la sicurezza generale (3); ed è per questo che vediamo la faida non colpire che i parenti prossimi (4) ed anzi dover essere ristretta ai soli figli del reo.

Secondo la *Lex Saxon.* XIX, l'uccisore e i suoi figli sono i soli responsabili del reato commesso: essi soli sono tenuti a pagare la composizione, e in caso contrario andranno incontro alla faida (5). La legge dei Sassoni, che è detta *lex crudelissima* (6), coinvolge i figli nella faida, se la composizione non è pagata, e invece libera i parenti prossimi che sono tenuti al pagamento d'un terzo di essa; ciò rivela un progresso. Siccome la legge così ordina per ottenere la riparazione legale corrispondente all'importanza del reato e vuole che le conseguenze di questo si estendano anche ai figli, è naturale che questa soddisfazione dev'essere pagata tanto se il padre vive quanto se è morto, ed egualmente la faida si può esercitare contro i figli che non pagano pel delitto del padre morto. Lo scopo del guidrigildo è quello di ristabilire la pace tra l'offeso e l'offensore e la di lui famiglia; perciò, mancando l'offensore, i figli sono responsabili di questo pagamento; e se la pace non è ricomprata, per qualsiasi motivo, compresa la morte del padre, è autorizzata la faida contro i figli.

Per diritto longobardo, se il colpevole moriva prima del pagamento della composizione e pria d'aver giurato la pace, la faida continuava contro gli eredi, che dovevano pagare il guidrigildo dell'ucciso e giurare la pace (7).

Quindi la faida poteva proseguirsi contro gli eredi dell'offensore morto, se questi non pagò e non giurò la pace (8).

Non si può dire se tutti i parenti o solo i figli e i più prossimi, come vuole la legge Sassone, fossero consacrati alla vendetta della famiglia; ma, considerate le generali limitazioni messe alla faida, si può ritenere che la trasmissibilità di essa non andasse oltre i figli.

21. Ma ormai il sistema della faida era condannato e le leggi, invece, davano la maggiore estensione a quello della composizione, che è una pena privata, un'indennità, un'obbligazione di debito, un debito sul patrimonio dell'offensore.

Questo debito grava non solo sull'agente ma anche sulla famiglia; è un onere del patrimonio famigliare; e questo fatto è probabilmente una conseguenza dell'antica comproprietà di famiglia, quando la parola famiglia indicava, come nell'antica Roma, la comunione del sangue e il patrimonio (9).

E le leggi germaniche ci indicano due diverse fasi di sviluppo a questo proposito: per la prima, la più antica, che restò in alcune leggi, la responsabilità della famiglia è elevata al massimo grado, e una parte del patrimonio famigliare deve rispondere sempre del pagamento della composizione; per la seconda i vincoli della responsabilità si sono allentati e i beni della famiglia non sono necessariamente obbligati.

Si hanno così due responsabilità, una primaria, l'altra secondaria e sussidiaria. Nell'una i parenti sono egualmente tenuti al pagamento del guidrigildo in una parte

(1) Come le leggi dei Sassoni, dei Frisoni, degli Anglosassoni, dei Longobardi e dei Franchi. Che la faida fosse stata soppressa dalla legge salica fu sostenuto dal Bethmann-Hollweg; ma, fra gli altri, il Pardessus, *Loi salique*, Paris 1843, pag. 654 e il Thonissen, *Organis. judic. de la loi salique*, Bruxelles 1882, pagina 162 e seguente, hanno dimostrato l'erroneità di quest'opinione.

(2) Vedi la bella monografia di Del Giudice: *La vendetta nel diritto longob.*, nell'*Archivio storico lombardo*, vol. II, 317 e 365, III, 137, e negli *Studii di storia e diritto*, 1889.

(3) La *Lex saxon.* XXVII, la *Lex Frision.*, Addit. Sap. I, vietano la faida in determinati luoghi. Cfr. ancora Roth. 17, 18; *Lex Angl. et Verin.*, c. 50, 57; *Salica* XIV, 6; XLII, 1; *Rip.* LXIV.

(4) *Leges Ines*, c. 74, § 2 (Schmid, *Gesetze d. Angelsachsen*, Leipzig 1857, pag. 74) e la *lex Saxon.* XVII: *vindicetur in illo et aliis septem consanguineis.*

(5) Cfr. *Lex Saxon.* XVIII: pel lito che su consiglio del suo padrone ha commesso omicidio *dominus compositionem solvat nec faidam portet.* Ciò non indica però, come voleva il Rogge, *Gerichtswesen der Germanen*, 1820, pag. 21, che il reo avesse il diritto di scegliere fra il pagamento dell'ammenda e la guerra privata.

(6) Così Wilda, *Strafrecht der Germanen*, pag. 192.

(7) Roth. 143. Cfr. *Liber papiensis*, Form. ad Roth. e l'*Expositio* ad h. t.; Pertz, IV, 313.

(8) La faida si può esercitare solo quando il reato fu commesso con dolo. Cfr. *Lex Saxon.*, 26-59; Roth. 76, 138, 387, 389; Wilda, pag. 547, 558, 643.

(9) In questo dovere di subire coll'offensore le conseguenze penali vollero Eichhorn (*D. R. G.* 5ª ed. II, 57) e Sydow (*Erbrecht*, 1828, II, 181) vedere la causa per cui s'introdusse il diritto dei parenti all'assenso nelle alienazioni; ragionamento incompleto e in parte inesatto perchè quel dovere non è la causa; ma causa di quel dovere e di questo diritto è l'unità organica e la costituzione economica della famiglia primitiva. Tale è l'origine del diritto d'assenso, su cui vedi Tamassia, *Alienazioni degli immobili*, 1885.

stabilita dalla legge. La famiglia si deve riscattare dalla faida, deve un indennizzo proprio all'offeso, nè si libera da quest'obbligo anche se il reo premuore. La responsabilità di essa è di sua natura essenzialmente diversa da quella degli eredi del reo.

Nello stesso modo che il guidrigildo del morto non va diviso solo fra i prossimi parenti, ma fra tutta la famiglia (1), così a questo diritto corrisponde l'obbligo della parentela al pagamento del guidrigildo dovuto da un membro di essa. La parentela dell'uccisore deve riscattare la propria pace compromessa dall'omicidio. Così dice la legge Sassone (2), la quale mette a carico dei parenti dell'omicida il pagamento d'un terzo della composizione. Questo terzo è una pena, è un indennizzo di danni dovuti dalla famiglia, è perciò indipendente anche dalla considerazione, se il colpevole sia vivo o morto. Quindi, se egli era morto, la famiglia doveva sempre pagare il suo terzo, e gli altri due terzi erano pagati dagli eredi che avevano a sostenere gli oneri penali gravanti l'eredità (3).

In questa prescrizione di responsabilità primaria della famiglia noi troviamo che unica è la prestazione da farsi alla famiglia dell'ucciso, ossia che l'obbligo della famiglia non è separato da quello dell'autore (e per lui dei suoi eredi), che pena di famiglia e guidrigildo non sono distinti.

Gli stessi caratteri presentano ancora le disposizioni analoghe del diritto anglo-sassone: I parenti hanno una responsabilità principale nel pagamento del guidrigildo (4); di un terzo rispondono quelli della linea materna, di due terzi quelli della linea paterna (5); pagano una parte del guidrigildo come pena di famiglia e sono nel bivio o di portare col reo la faida o di soddisfare (6).

Così ancora avviene per il diritto frisio, dove ciascuno dei parenti è tenuto al pagamento del guidrigildo per una quota eguale a quella che riceverebbe se uno dei suoi membri fosse ucciso (7).

Nelle antiche leggi danesi e norvegesi il prezzo del sangue era dovuto da tutta la famiglia dell'assassino a tutta la famiglia dell'ucciso (8).

In altri diritti distinta è la riparazione che deve la famiglia da quella dovuta dal reo; però è egualmente in via principale dovuta.

Nelle leggi svedesi « tutti quelli che appartengono alla famiglia, uomo per uomo fino alla settima generazione, devono pagare pel riscatto dalla faida (*Rachebusse*) ». Gli agnati e i cognati, i maggiori di essi personalmente, i minori per procuratori, nel caso di omicidio, hanno a riscattarsi dalla vendetta, offrendo alla famiglia del morto *suam emendationem singuli portionem* (9).

Dovevano queste quote (fossero dipendenti o separate dal guidrigildo) essere pagate dai parenti anche se il reo era morto? Senza dubbio; e ce lo dice l'antica raccolta di norme giuridiche dell'Jutland:

« Se l'assassino fugge o muore, i suoi prossimi debbono pagare due parti della pena, come le devono pagare se resta nel paese » (10). Essi sono sempre vincolati in proprio e per un'obbligazione di natura identica a quella dell'assassino e indipendente da quanto possa di lui avvenire (11). Non soddisfacendovi, incorrono nelle stesse conseguenze del reo che non compra la pace.

22. Ma vi è un altro gruppo di leggi (12), che ammette soltanto una responsabilità sussidiaria per la famiglia, ossia l'obbligo a pagare il guidrigildo solo nel caso in cui l'assassino sia fuggito o non abbia beni. Questa trasformazione dell'antica istituzione germanica è l'indizio dell'indebolimento avvenuto nel seno della famiglia, o per opera delle idee romane o pel corso naturale dell'evoluzione.

La legge salica, come ci mostra il tit. *de chrenecruda*, non conosce che tal genere di responsabilità. Vuole che dapprima il pagamento della composizione si cerchi sui beni del reo e che solo mancando questi, si chiamino in causa i parenti. Si può per analogia indurre che se il reo sarà morto, poichè il guidrigildo è un debito dell'eredità, i suoi eredi potranno rappresentarlo nella formalità della *chrenecruda* e chiamare sussidiariamente la famiglia al pagamento del residuo. Come nella responsabilità primaria, così anche nella sussidiaria, l'obbligo dei parenti deve restare indipendentemente dalla circostanza che il reo sia vivo o morto; e come la partecipazione loro rappresentava anche un aiuto a che il reo potesse liberarsi e non perdere tutti i suoi beni così doveva durare anche in favore degli eredi i quali succedevano illimitatamente negli oneri del defunto, e che avrebbero dovuto rispondere del proprio. E poichè è indubitato, come si vedrà, che gli eredi erano tenuti per il delitto del defunto, egualmente si deve riconoscere il loro

(1) Tacito, *Germ.*, c. 21: *recipit satisfactionem universa domus*. Non erano solo gli eredi dell'assassinato, ma tutti i membri della famiglia quelli che avevano il diritto di esigere il guidrigildo. I figli sarebbero stati per la *Lex salica LIV*, i soli suoi eredi; ma essa dichiara che la composizione deve essere pagata, oltre che ai figli, anche ai prossimi parenti della linea paterna e materna (vedi id., tit LXII: *Decretum Childeberti*, 550, c. 3; Pertz, *Leges*, II, pag. 6, ed il Behrend, *Lex salica*, pag. 94. Cfr. *Lex ripuaria*, tit. LXIX). Questo diritto spettava a quelli che nella *chrenecruda* dovevano pagare per l'assassino insolvente.

(2) XIX.

(3) Questi principî sono conservati anche nelle fonti giuridiche Sassoni del secolo XVII, come ha mostrato il Brunner, *Sippe and Wergeld* (*Zeitschrift d. Savigny Stiftung für Rechtsges.*, Bd. III, Germ. Abtheil., 1882, pag 12.

(4) Aethelbert, c. 23; Ines, c. 24; Aelfred, c. 27; Aethelred, VIII, 23, 25; Cnud, I, § 5.

(5) *Leges Enrici*, I, c. 75, § 9. Cfr Brunner, op. cit., pag. 18.

(6) Così Aethelred, VI, § 18. Si intendeva che i parenti avevano anche una responsabilità sussidiaria nel caso cioè che il reo non pagasse la sua parte.

(7) Vedasi quanto dice, fra gli altri, il Brunner, op. cit., 18-23, intorno alle quote che toccavano ai singoli parenti.

(8) Dareste, *Anciennes lois de Norvége*, nel *Journal des Savants*, 1881, p. 244, e negli *Études d'histoire du droit*, 1889. Nella *Lex Canuti eccl.*, c. 5, si parla espressamente di *cognati qui inimicitiam tollerare aut emendare debent*, e secondo l'Edda Helgaquida, II, 33, i parenti del reo dovevano sempre pagare una parte della composizione: così anche secondo le leggi di Erichs e di Waldemaro del secolo XII. Vedi Kolderup-Rosenwinge, *Grundriss d. dänischen Rechtsg.*, Berlin 1825, § 24 e 68, pag. 34 e 127.

In Irlanda si ha la responsabilità di tutta la tribù pel delitto di uno dei suoi membri e per quello commesso da un forestiero solo il capo è responsabile.

(9) Wilda, 379, 381. La *Jutische Low*, II, 26, limita dall'obbligo alla quarta generazione.

(10) *Jutische Low*, ed. Rosenwinge, 1827, II, 22, pag. 159: III, 23, p. 335, si parla di una fissa pena di famiglia.

(11) Cfr. una legge d'Eriks presso Wilda, 382.

(12) Cfr. le leggi danesi. Wilda, 379.

diritto di invocare il concorso sussidiario dei parenti, quando la legge lo permetteva, per pagare quella composizione che superava l'ammontare dell'eredità.

Quale sia l'ammontare di questa responsabilità derivante dalla *chrenecruda*, non è certo. Alcuni vogliono che tutti i parenti siano contemporaneamente obbligati a pagare una determinata rata fino all'estinzione del guidrigildo. Se uno non paga egli getta la *chrenecruda* su altro parente, il quale così deve pagare due quote, la sua e quella dell'insolvente.

Altri ammettono una responsabilità successiva della parentela: il più prossimo sarebbe obbligato a pagare l'intero guidrigildo; se non può, pagherà l'altro parente meno prossimo e così via. Le parole della legge autorizzano piuttosto la prima spiegazione, ossia che il membro solvibile della famiglia debba pagare oltre la sua anche la quota del membro insolvente (1).

23. I parenti dunque avevano una responsabilità nel pagamento delle composizioni per i delitti commessi da membri della loro famiglia: dovevano cioè riscattarsi dalla faida, pagando una quota; e, poichè la faida non cessava con la morte naturale dell'offensore (2), così anche questa loro quota, sia che la responsabilità fosse principale o sussidiaria, dovevano egualmente soddisfare. Da questa responsabilità il parente poteva però liberarsi uscendo dalla famiglia (3); ma egli allora perdeva tutti i diritti derivanti dalla consociazione famigliare, come quello d'aver parte del guidrigildo d'un parente ucciso. E appunto a questo diritto che corrisponde l'obbligo di pagare tutto o parte del guidrigildo dovuto da un parente; diritto illusorio che non contrabilanciava il pericolo risultante da una solidarietà così rischiosa in un'epoca dove ogni quistione era seguita da spargimento di sangue.

La responsabilità sussidiaria dei parenti si verifica ancora nel caso di fuga. Così per le *leges Walliae*, XLVI, c. 9: *Si quis homicidium fecerit et fugam petierit, parentes ipsius habeant spacium intra dies XV, ut aut partem restituant et securi insedeant, aut ipsi de patria vadant* (*al. lect. aut patriam relinquant aut dimidii precii reddant*) (4).

La morte del colpevole è assimilabile alla fuga? La legge non lo dice, ma va notato che la famiglia paga una quota per riscattarsi dalla faida e che può avere una responsabilità indipendente dal fatto che il reo abbia o no pagato; e, trattandosi di una pena privata, è chiaro che i parenti dell'offeso non rinunzieranno a quest'obbligo che gravava la famiglia dell'uccisore per il solo fatto che questi è morto. L'idea di questa responsabilità famigliare non riscontrasi in tutte le leggi; quelle che più subirono l'azione della civiltà romana e che rappresentano un progresso di fronte alle altre, non la nominano o la condannano recisamente. La tacciono le leggi dei Longobardi e dei Ripuarii; la riprovano quelle dei Borgognoni, dei Visigoti e degli Anglosassoni (5). Questa condanna è la prova luminosa della sua esistenza, indica la reazione del legislatore e il contrasto delle idee romane contro un'antica e diffusa consuetudine delle popolazioni germaniche. Le parole della *Lex Burgund.*, II, 6: *Ut interfecti parentes nullum nisi homicidium persequendum esse cognoscant*, indicano evidentemente una limitazione all'antico diritto: così dicasi delle disposizioni della *Lex Visigoth.*, come vedremo più oltre. Al tempo dei Carolingi tale responsabilità, combattuta dal legislatore, si era già indebolita (6). A poco a poco le vetuste istituzioni germaniche subirono un processo di selezione per opera della civiltà e del diritto romano. Solo dove questo non penetrò che tardi, riuscì a mantenersi il sistema della responsabilità famigliare; ed è perciò che nella Germania del Nord, in Olanda, Fiandra, Belgio, nel secolo XIII e anche posteriormente le conseguenze del reato cadevano sopra i parenti dell'autore, i quali erano tenuti a corrispondere solidariamente o parzialmente un indennizzo (7).

Il tempo e il progresso fecero poi giudizio di questi residui d'una forte istituzione ed essi non appartengono che alla storia.

Comune a tutti i diritti è invece la responsabilità dell'erede pel pagamento del guidrigildo.

Poichè questo è un onere sul patrimonio dell'offensore, un'obbligazione da lui incontrata, così esso segue i beni presso chiunque li possieda (8).

La morte non estingue l'azione penale, che contro l'erede può essere intentata per l'ammontare del guidrigildo, come del capitale *et delatura*. Così la *Lex Angliorum et Verinorum*, VI, 5 (edizione Richthofen, Pertz, V, c. 31):

Ad quemcumque hereditas terrae pervenit, ad illum vestis bellica, id est lorica et ultio proximi et solutio leudis debet pertinere.

Per *solutio leudis* si deve intendere il pagamento del guidrigildo dovuto dal defunto, e non l'esigere il prezzo dell'ucciso dall'offensore.

Solvere, exsolvere compositionem indica nelle antiche

(1) Cfr. *Lex salica* LVIII. *Pro medietate quantum de compositione diger est, aut* (*et*) *quantum lex addicat illi tres solvant.* E più oltre parlasi di *integrum debitum*, ossia di intera quota che il più prossimo deve pagare. Se non può nulla pagare, nulla paga e nemmeno quello che potrebbe pagare; ma l'altro parente pagherà anche la di lui quota.

(2) È inutile dire che la pretesa *ex delicto* non si poteva più far valere, se il reo era stato ucciso dall'offeso (Cfr. *Lex B[illegible]*, [illegible], 1) o se un membro della famiglia dell'uccisore era stato ucciso nella guerra privata quando però il suo guidrigildo corrispondesse a quello del primo ucciso. Così in una legge anglosassone.

(3) Sulle formalità per uscire dalla famiglia vedi Thévenin, *Contributions à l'histoire du droit germanique*, Paris 1878, p. 52, e Thonissen, op. cit., p. 221.

(4) *Ancient laws of Wales*, London 1841, pag. 844. È riprodotto nei *Canones Walliae* c. 12, ed. Wasserschleben, *Bussordnungen*, 1859, 127.

(5) Cfr. Schmid, *Gesetze der Angelsachsen*, 1854, 552.

(6) Childeberto II abolì la *Chrenecruda*. *Decretum*, ed. Boretius, pag. 16.

(7) Pardessus, *Loi salique*, pag. 633; Thonissen, op. cit., 231; Brunner, 57, 64, 80. Secondo le leggi svedesi antiche i parenti avevano l'obbligo di aiutare l'assassino al pagamento del guidrigildo: non ne furono liberati che il 1335. Cfr. Amira, *Nordgermanische Obligationen*, I, 754. Altrove come in Inghilterra questa responsabilità fu solo limitata. Così una legge anglosassone di re Edmondo II, c. 1, ordina che l'omicida solo debba sopportare la faida e chi aggredisce uno della parentela debba esser messo fuori della pace. Ciò dimostra che la responsabilità della famiglia anche nel pagamento del guidrigildo andava limitandosi.

(8) Pertile, *Storia del diritto ital.*, IV., 131, dice che l'obbligo di pagare le pene non dipendeva dalla qualità di erede, ma dalla solidarietà famigliare. Io ho finora dimostrato come le leggi parlino di una responsabilità di famiglia diversa da quella dell'erede. Molti diritti nordici hanno una vera pena di famiglia che manca in altri: ma questi come quelli per la composizione e il danno che colpiscono il reo, ammettono la trasmissibilità dell'azione contro l'erede per tale sua qualità.

leggi l'onere dell'offensore di pagare e non il diritto di riscuotere. La legge qui parla d'erede in genere, tanto cioè dell'ucciso come dell'uccisore.

E questo principio della trasmissibilità del guidrigildo all'erede dell'offensore conferma la *Lex ripuaria*, XII, c. 1: *Si quis feminam ripuariam interficerit, postquam parire coeperit, usque ad quadragesimum annum 600 sol. culpabilis iudicetur. Aut si negaverit cum septuaginta duobus iuret. Et ubicunque 600 sol. accedunt, si ille homo pauper fuerit, et insimul solvere non possit, per tres decessiones filiorum solvat* (1).

E la responsabilità si trasmette sino alla terza generazione.

E la *lex Frisionum*, XIV, n. 6, stabilisce che se alcuno è accusato di omicidio debba sostenere la prova del duello, e se resta ucciso *haeres et proximus compositionem exsolvat*.

La *compositio* dev'essere pagata sul patrimonio dell'offensore e finchè ve n'ha (2).

Anche nel diritto longobardo vale la stessa dottrina. S'esamini difatti Rotari, 362: *Si contigerit homini post datum fideiussorem de sacramentum et sacramentalis nominatus mori et filius dimiserit, posteaque ille qui causam quaerit, pulsaverit filios dicendo: quia quidque pater per wadiam et fideiussorem obligavit, filii complere debent: tunc necesse est filius quamvis virtutem minorem habeant a patre aut per sacramentum negare quod pater eorum non promisisset aut certe quod pater eorum spondedit, adimpleat. Et si aliquis de ipsos sacramentales mortuus fuerit, potestatem habeat ille qui pulsat, in locum mortui alium simile nominare de proximus legittimus.*

La legge fa il caso di uno che muore dopo essersi obbligato per wadia e per fideiussore: la quale obbligazione comprende anche il pagamento d'una composizione o del guidrigildo. Infatti questo e quella potevano essere promessi con la wadia e assicurati per mezzo dei fideiussori (3): anzi, essendo il guidrigildo, ordinariamente, molto alto, e non potendo perciò essere pagato tutto in una volta ma in tante rate (4), si rendeva necessario che fosse garantito col giuramento o con l'intervento di fideiussori, quali si trovano ancora nelle promesse di mantenere la pace e non riprendere la faida (5). Ora anche se il figlio ha ereditato dal padre meno di quello che importa il pagamento della composizione, deve soddisfare la composizione e comprare dall'offeso o dalla famiglia di lui la propria pace. Tale è anche l'interpretazione che a questa disposizione dà il *Liber papiensis*.

Si quis de maleficio interpellatus emendandi vel se purgandi wadiam dederit et interim heredes reliquerit mortuus fuerit, heredes purificationem vel compositionem illam persolvat (6).

Senza timore si può equiparare la natura giuridica del guidrigildo a un contratto di rendita tra l'offensore e la famiglia dell'offeso, a cui competeva un diritto reale sopra il patrimonio dell'offensore, diritto che poteva quindi esercitare anche se questi era morto. Tale concetto ci è attestato specialmente dai diritti recenti medievali tedeschi, secondo i quali il guidrigildo è radicato sui beni del debitore, così che è pagato nella forma di un censo (*rente*) (7). Perciò non si può mettere in dubbio il fatto che il pagamento del guidrigildo si trasmetteva agli eredi dell'offensore e che ne erano responsabili secondo l'antico diritto dei popoli germanici (8).

24. Va studiata separatamente la responsabilità degli eredi pel pagamento delle altre composizioni, per esempio nel caso di furto. Il furto non provoca la faida; e perciò la responsabilità degli eredi non si verifica quale conseguenza dell'idea che essi debbano riscattare la loro pace compromessa dal defunto. Anzitutto qui non abbiamo perciò responsabilità di famiglia, nè primaria, nè secondaria, appunto perchè il furto non suscita la guerra privata (9).

La responsabilità è limitata all'erede, il quale è assimilato al suo antecessore e deve provare l'innocenza di questo e la sua. Secondo le leggi degli Anglosassoni, egli entra nel posto del defunto come mallevadore della provenienza della cosa di cui gli si contesta il possesso (10).

Lo stesso è disposto dalla legislazione franca.

Se l'erede prova che trovò la cosa nell'eredità e che il padre suo la trovò pure, a lui resta la cosa: non è richiesto che si risalga oltre nelle indagini sulla provenienza: se prova solo che egli trovò la cosa nell'eredità, non pagherà pena, ma deve restituire questa cosa che si presuppone furtiva;

(1) Questa disposizione si riferisce a tutti i casi in cui la composizione ascende a 600 soldi, o esclusivamente al caso di procurato aborto? Secondo me anche la prima interpretazione è possibile, considerando che il capit. *leg. ripuar.* c. 3 (Boretius 117) che modifica questo paragrafo, parla di reo in genere che non può pagare la multa nè dare fideiussori. Però in altri codici le parole *et ubicunque*, ecc. mancano. Cfr. poi il tit. LXVII, c. 1, da cui risulta che i figli e le figlie non hanno il beneficio di astenersi che troviamo invece nella *Lex Burgund*, LXV.

(2) *Lex Baiuw.* II, 1, § 4: *caetera vero quocumque res amiserit peccata quousque habeat substantiam, componat secundum legem.*

(3) Richthofen, *Fries. Rechtsquellen*, 1868, 34; Schmid, *Gesetze der Angelsachsen*, 1857, 394, §3.

(4) Richthofen, 411; *Leges Henrici*, I, c. 76; Schmid, 586, 628, *Anhang*, 394, § 3.

(5) Roth, 143.

(6) *Expositio ad Roth.*. 362, § 2, Vedi anche Liutpr. 17, 19. Questa regola è confermata anche dalle eccezioni ad essa fatte da Roth. 323 e dal *Capit. Bonon.* 811, c. 1, Boretius, 166.

(7) Vedi i diritti delle chiese di Altenbruch, ecc., in Grimm, *Weisthümer*, IV, 703, § 9, e l'antico diritto nobile di Livlanda, art. 61, Bünge, *Altlivands*, Rechtbücher 1879, p. 91 citati da Brunner, op. cit., p. 10. Che il guidrigildo si avvicini al carattere di un onere reale da pagarsi a chiunque, come, per es., al presentatore di una carta, risulta da un documento del 771 presso Troya, *Codice diplom. longob.*, n. 944, e da me esaminato nei miei *Titoli al portatore nella storia del diritto italiano*, 1883, p. 67.

(8) Così anche pel diritto svedese antico. *Vestgotalagen* in Schylter, *Corpus iuris sveogotici*, II, add. 11, § 17: « Se uno uccide una persona e muore prima di avere soddisfatto, l'erede dell'assassino sia tenuto per la pena, tanto se di questa è maggiore quanto se è minore il patrimonio che eredita ».

(9) Come solo all'esazione del guidrigildo del morto partecipavano i parenti, così solo al pagamento di esso erano in via principale o sussidiaria tenuti. La responsabilità famigliare non sorgeva che per omicidio e reati contro le persone, cioè quando avrebbe potuto manifestarsi la *faida*: e il furto non la provocava sempre, come vorrebbe Siegel, op. cit., pag. 9. Nemmeno qui è il caso di parlare di *faida* contro il ladro notturno. Qui il derubato ha il diritto di *vim repellere vi*. Cfr. *Lex Wisigoth.*, VII, 2, § 15 e 16; *Lex Baiuw.*, IX, c. 5; *Lex Burgund.*, VI, 2; XXVII, 9; XXIX; *Roth.* 32, 264; *Lex Anglior. et Werin.*, XXXIX; *Lex Frision.*, V, 1; *Lex Ripuar.*, LXXVII; *Lex Saxonum*, XXXII.

(10) *Leges Ines*, c. 53.

infine se non può provare nè l'una nè l'altra condizione, oltre alla restituzione è tenuto a una pena (1). Limitati sono in tal modo gli obblighi dell'erede: egli è ammesso a provare l'innocenza sua e del defunto; e solo è tenuto responsabile e punito quando nemmeno la propria innocenza può dimostrare. Allora la legge lo ritiene autore del furto. Anche le altre leggi germaniche limitano la responsabilità dell'erede del ladro alla restituzione della cosa furtiva, al pagamento del capitale *et delatura*, ossia del danno (2), ma lo assolvono dalla pena, cioè dal pagamento d'una *compositio*. Così la *lex ripuaria* LXXIX: *Si quis homo propter furtum comprehensus fuerit et legitime superiuratus et in iudicio principis penditus vel in quocumque libet patibulum vitam finierit, omnes res suas heredes possideant, excepto capitale et delatura in locum restituant.*

Che se la cosa rubata non si trova dall'erede nel patrimonio del defunto, egli ne restituirà il valore *in simplum*, cioè senza l'aggravamento d'alcuna pena a carico suo, come dicono la legge dei Borgognoni (3) e quella dei Visigoti (4). L'erede deve soddisfare il danno e dare l'equivalente, quando non è possibile la restituzione in ispecie della cosa rubata. Nel caso di furto, la morte estingue l'azione penale, ma non quella *rei persecutoria*, la quale può sempre essere intentata (5).

Nè la famiglia nè gli eredi sono tenuti adunque per la composizione, nei reati contro la proprietà, a differenza di quanto avveniva per quelli contro le persone. Perchè tal diversità?

Alcuni la spiegano con la diversa importanza della pena per l'uno e per l'altro reato, e colla maggiore probabilità che uno solo valesse a soddisfarla (6). Ma questa non è una buona ragione; giacchè non mancano composizioni altissime. Più giustamente si può spiegare l'irresponsabilità della famiglia, osservando col Pertile che in questi casi l'offeso poteva vendicare da sè solo l'onta ricevuta e aveva perciò egli solo a percepirne la soddisfazione; e come alla famiglia non competeva alcun titolo per partecipare alle somme che nel caso di furto venivano pagate ad uno dei suoi, così per reciprocanza essa non era in dovere di concorrere a soddisfare la composizione di uno dei suoi, convinto di furto (7).

Ma perchè l'irresponsabilità degli eredi nel pagamento della composizione per furto? perchè questa differenza col guidrigildo a cui erano tenuti? La ragione sta nella diversa natura di questo e di quella. Nel guidrigildo è racchiusa l'idea di una pena sì, ma più ancora quella d'una riparazione e soddisfazione data alla famiglia dell'ucciso; se esso serve a ricomprare la pace e a sostituire la vendetta privata, serve anche a compensare la famiglia per la perdita che le è toccata, rappresentando ogni individuo un valore economico. Esso è dunque anche un indennizzo, cioè un'obbligazione *ex delicto*. Così è anche la composizione in genere quando significa pena e indennizzo. Ma quando è congiunta al pagamento d'un capitale *et delatura* e alla restituzione delle cose furtive, allora essa non è più indennizzo, non rappresenta più il rifacimento del danno, che oltre alla composizione deve essere soddisfatto, ma è pena, è umiliazione inflitta all'agente di sua natura soggettiva e perciò non trasmissibile agli eredi. Dove pena e riparazione sono congiunti e si confondono come nel guidrigildo, si ha trasmissibilità; dove si scindono, come nel caso di furto, la composizione o pena resta personale, e l'indennizzo, il *capitale* e *delatura*, diventa un onere patrimoniale, e perciò trasmissibile con l'eredità.

In conseguenza non viene meno mai il principio del diritto germanico che il rifacimento di danno non equivale a una pena personale, ma è un onere del patrimonio e trasmissibile con esso.

GIUSEPPE SALVIOLI.

COMPRAVENDITA. — Vedi **Vendita.**

COMPROMESSO.

SOMMARIO

Bibliografia.

(1) *Childeberti Capit. pact. legis salic., add.*, c. 1: *Si quis super alterum de rebus in alode patris inventas interciaverit, tres testimonia mittere quod in alode patris hoc invenisset*, ecc.

(2) *Capitale* rappresenta la cosa rubata o il valore di essa. Vedi Ducange, *Glossarium*, ad h. v. — *Delatura* è stata variamente interpretata, come si può vedere in Tamassia, *Archivio giuridico*, LVIII, 1897. Sohm, Thonissen, Behrend, Hessel, Kern, Gengler ritennero la delatura una pena per la mora, cioè gli interessi moratorii, l'indennizzo per il danno derivato causa la privazione della cosa che fu oggetto del processo. Invece per Grimm, Eichhorn, Wilda la *delatura* sarebbe la ricompensa che si dà al delatore, cioè a colui che denunzia il reo o meglio che trova la cosa rubata. Per Vanderkindere la *delatura* rappresenta i frutti, il *lucrum cessans*, gli interessi compensatorii. Il Brunner vede nel pagamento della delatura una conseguenza dei lunghi termini procedurali salici che ritardavano al derubato la restituzione della cosa rubata. Il professore Tamassia riprende la vecchia tesi che delatura sia la ricompensa al delatore, e con nuove prove e ragionamenti, con opportuni confronti collo spionaggio negli ultimi tempi dell'impero e le funzioni della *trustis*, rende la sua tesi molto verosimile.

(3) *Lex Burgund.*, XXIX, 1: *Si quis superinlatu aut latrocinii scelere negotiatorem aut quemcumque alium occiderit, occidatur: ita ut si ea quae abstulit non potuerit inveniri, in simplum de suis facultatibus riformetur.*

(4) *Lex Wisigoth.*, VII, tit. 2, c. 19.

(5) *Liber papiensis; Expos. ad Liutpr.* 20 e *ad Karol. Mag.* 45.

(6) Così Grimm, *Deutsche Rechtsaltert.*, 662; Wilda, 370; Waitz, L. 76; Walter, *Deutsche Rechtsgesch.*, § 468, n. 4. Dubbii contro tale diversità sono sollevati da Kostlin, *Zeitschrift für Deutsche Recht.*, XIV, 377, e nella sua *Gesch. des Strafrechts*, 1859, 67, ma senza solidità.

(7) *Storia*, V, 218.

Bibliografia.

Amar, *Dei giudizi arbitrali*, 2ª ediz.; Torino, Unione Tipografico-editrice, 1879. — Id., *Sull'esecuzione delle sentenze arbitrali* (*Annuario della procedura civile* del Cuzzeri, anno II, pag. 80). — Id., *Sugli effetti della clausola compromissoria* (*Id.*, anno III, pag. 50, e anno IV, pag. 63). — Id., *In materia di ricusazione d'arbitri*, commento alla sentenza della Corte di Venezia 24 maggio 1886 (*Id.*, anno V, pag. 76). — Id., *Della responsabilità degli arbitri verso le parti* (*Id.*, anno VI, pag. 76). — Id., *Effetti dell'annullamento di un lodo* (*Id.*, anno VI, pag. 86). — Id., *Sopra alcuni punti di diritto arbitramentale* (*Id.*, anno IX, pag. 94). — Bellot des Minières, *Traité de l'arbitrage*, La Réole, Pasquier, 1838. — Beltrano, *Competenza degli arbitri in rapporto ai terzi* (*Annuario della procedura civile* del Cuzzeri, anno VI, pag. 53). - Bioche, *Dictionnaire*, ecc., voce *Arbitrage*, Bruxelles, Tarlier, 1836-37. — Boucher, *Manuel des arbitres, ou traité complet de l'arbitrage*, ecc., Paris 1807. — Busatti, *Sentenza di arbitri amichevoli compositori*, commento alla sentenza 15 aprile 1893 della Corte di appello di Roma (*Annuario della procedura civile* del Cuzzeri, anno XII, pag. 57). — Cortese, *Della nullità della sentenza arbitrale per deposito irregolare* (*Giornale delle Leggi*, anno 1873, pag. 387). — Dalloz, *Répertoire*, voce *Arbitrage* — Fassa, *Intorno al punto se le sentenze arbitrali inappellabili non dichiarate provvisoriamente esecutive siano suscettibili di esecuzione in pendenza del termine per proporre la nullità e in pendenza del giudizio di nullità:* commento alla sentenza 4 dicembre 1893 della Corte di Milano (*Annuario della procedura civile* del Cuzzeri, anno XII, pag. 341). — Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation*, voce *Arbitrage*, Paris, Néve, 1823. — Goubeau de la Billennerie, *Traité général de l'arbitrage en matière civile et commerciale*, Paris 1827. — Granata, *Studi sulla conciliazione e sul compromesso*, Napoli 1892. — Lanza, *Commento alla sentenza 30 dicembre 1892 della Cassazione di Torino* circa l'accettazione degli arbitri nominati (*Annuario della procedura civile* del Cuzzeri, anno XI, pag. 59). — Maltini, *Dell'arbitrato ne' giudizi civili* (*Monit. dei Tribun.*, XXVI, pagine 441, 465, 516, 537, 591, 665, 769, 793, 873). — Mariani, *Reclamo contro il pretore chiamato a dar efficacia al lodo* (*Monit. dei Tribun.*, 1896, pag. 341). — Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, voce *Arbitrage*, 3ᵐᵉ éd., Paris, Bertin, 1807-9. — Mongalvy, *Traité de l'arbitrage en matière civile et commerciale*, Bruxelles, Société typogr. Belge, 1837. — Orefici, *Intorno alla estensione dei poteri dell'Autorità giudiziaria in caso di clausola compromissoria*: conclusionale nella causa stata decisa con sentenza 21 dicembre 1887 della Corte di Brescia, *Società anonima per la ferrovia Suzzara Ferrara* c. *Provincia di Mantova* (*Annuario della procedura civile* del Cuzzeri, anno VI, pag. 91). — Piccaroli, *Se la qualità di arbitro possa convenire ad un corpo collegiale* (*Annuario della procedura civile* del Cuzzeri, anno VII, pag. 59). — Scotti, *Sulla clausola compromissoria* (*Monitore dei Trib.*, 1879, pag. 529. — Triani, *Studi ed appunti di diritto giudiziario civile*, parte III: *Del compromesso*, Bologna, Zanichelli, 1883. — Vatimesnil, *Encyclopédie de droit*, voce *Arbitrage*.

Capo I. — Generalità.

1. Importanza del compromesso. — 2. Significato della parola *compromesso*. — 3. Definizione del compromesso. — 4. Giudizio arbitrale. — 5. Ragioni che giustificano il compromesso e vantaggi di questo.

1. Un istituto che, giustamente fu detto di diritto naturale (1), e che a cagione dei suoi grandissimi vantaggi le legislazioni dovrebbero tenere in altissimo conto e largamente favorire, circondandolo in pari tempo delle migliori garanzie e regolandolo con prudenti e precise disposizioni, è il compromesso.

Invece le legislazioni ne hanno in generale disconosciuta l'importanza e financo la natura; sicchè alcune lo resero sommamente difficile; altre lo considerarono come una istituzione accessoria, un'istituzione a cui solo di rado ricorrono le parti, e quindi la trascurarono; altre, infine, resero il compromesso obbligatorio per le parti, appunto sconoscendone la natura e il fondamento.

Anche la legislazione italiana non merita certamente molta lode per le sue disposizioni intorno al compromesso. Essa lo ha stretto fra troppe sanzioni e garanzie, specialmente rispetto ai rimedi accordati per impugnare le sentenze degli arbitri; e forse non è possibile trovare altra parte del nostro codice di procedura civile, che, per le lacune, per la incertezza e insufficienza delle sue disposizioni, sia più feconda di controversie, alla risoluzione di molte delle quali indarno si affaticano gli scrittori e le Autorità giudiziarie.

2 Se si bada alla intitolazione che il legislatore ha dato al capo II del titolo preliminare del codice di procedura civile, è evidente che esso ha preso la parola *compromesso* nell'ampio significato della parola *arbitrage*, adoperata dal legislatore francese (2); cioè con essa ha voluto significare due cose che devono invece essere tenute distinte; ha voluto significare tanto la convenzione cui addivengono le parti per sottoporre la controversia alla giurisdizione degli arbitri, rinunciando a quella delle Autorità giudiziarie, quanto il giudizio arbitrale, che è il complesso di quegli atti delle parti e degli arbitri che devono condurre alla decisione della controversia, ossia alla sentenza arbitramentale. Giustamente fu osservato che il legislatore avrebbe più saviamente adoperato per l'intitolazione dell'accennato capo del titolo preliminare la parola *arbitramento*, che più si avvicina all'*arbitrage* dei francesi (3), e che accenna ai due aspetti sotto cui deve considerarsi il compromesso, cioè di atto contrattuale e di atto di giurisdizione (4), sebbene tuttavia lo stretto significato del vocabolo *arbitramento* sia quello dell'atto e dell'effetto dell'*arbitrare*, ossia di giudicare come arbitro.

3. Considerando il compromesso nel primo dei due ac-

(1) Carrè et Chauveau, *Les lois de la procédure civile* (Bruxelles, Bruylant Christophe, 1867), livre III, titre unique, *Des Arbitrages*, in principio, Bruxelles 1851; Relazione Pisanelli al disegno del codice di procedura civile, edizione ufficiale, pag. 7; Relazione Vacca al re, che precede il decreto di pubblicazione del codice di procedura civile.

(2) Il titolo unico del codice di procedura civile francese che regola il compromesso reca l'intitolazione *Des arbitrages*.

(3) Amar, *Dei giudizii arbitrali*, 2ª ediz., capo III, pag. 36, nota 1ª, Torino 1879. Notiamo che l'arbitramento si distingue dall'*arbitraggio*, termine commerciale, al quale in francese corrisponde pure quello di *arbitrage*. Arbitraggio è l'operazione che i banchieri fanno mediante compensazione di crediti e debiti fra le diverse piazze di commercio, studiando d'avvantaggiarsi sulla differenza dei corsi di cambio.

(4) Triani, *Studi ed appunti di diritto giudiziario civile: Del compromesso*, pag. 274, Bologna 1883. — « Trattando degli arbitramenti, il codice di procedura viene in certo modo adempiendo alle parti del codice civile; perocchè intende non solo a designare la forma del giudizio arbitramentale, ma a regolare la sostanza e la forma del compromesso, nel quale si scorgono i caratteri di un vero contratto, ... si passa a stabilire largamente la forma del contratto, lasciando alle parti la facoltà di farlo con privata scrittura, con atto notarile, o col consenso in giudizio »: Re-

cennati significati crediamo possa definirsi: « il contratto col quale due o più persone rimettono la decisione di una loro controversia a privati da esse immediatamente o mediatamente eletti, che chiamansi arbitri ». È questa la definizione data dall'art. 1103 del codice di procedura civile per gli Stati di S. M. il re di Sardegna, del 20 novembre 1859. In essa però abbiamo aggiunto le parole *immediatamente* o *mediatamente*, perchè, come vedremo, vi hanno casi in cui la nomina degli arbitri è deferita all'Autorità giudiziaria od a terzi; ed abbiamo sostituito alla parola *giudici*, quella di *privati*, a fine di escludere ogni dubbio che la parola *giudici*, usata da quel codice, fosse per suscitare. I magistrati giudiziari possono anch'essi essere eletti arbitri, ma indipendentemente da tale qualità. Laonde fu giustamente detto che col compromesso le parti sostituiscono ai magistrati ordinarî persone private da esse designate (1), e derogano alla giurisdizione delle Autorità giudiziarie (2).

4. Il giudizio arbitrale può in generale essere definito: « il giudizio al quale hanno dato vita le parti col contratto di compromesso e che segue avanti i privati eletti immediatamente o mediatamente dalle parti a giudici, con deroga alla ordinaria giurisdizione delle Autorità giudiziarie ».

5. Le ragioni che giustificano l'ammissione del compromesso non potrebbero essere meglio accennate di quello che lo faccia succintamente il Pisanelli nella sua Relazione sul disegno del codice di procedura civile italiano: « L'interesse sociale è pienamente soddisfatto quando le parti, con modi civili, o pongono da sè stesse fine alla controversia, o da sè stesse provvedono a' mezzi che stimano opportuni per darle termine. E siccome anzi con siffatti temperamenti alla soddisfazione dell'interesse sociale si congiunge la piena libertà dell'individuo, e più facilmente alla definizione de' diritti delle parti segue la composizione dei loro animi, così la legge, anzichè osteggiare i detti temperamenti, deve favorirli e tenere quasi le sue disposizioni come subordinate al loro difetto » (3).

E più particolarmente per rispetto al compromesso: « La facoltà di preferire alla giurisdizione ordinaria dei tribunali stabiliti dalla legge quella privata degli arbitri deriva dai principî di ragion comune, è una conseguenza naturale del diritto di obbligarsi e di disporre delle cose proprie. Se ognuno può rinunziare gratuitamente ad un diritto, può tanto più subordinarne la conservazione, ove gli sia contestato, all'esame e al giudizio di privati cittadini meritevoli della sua fiducia. Negare alle parti questo mezzo di troncare le liti importa una violazione del diritto che esse hanno di comporre, in quel modo e con quei mezzi che ravvisano più adatti, le questioni fra loro insorte; e questa violazione parrà amarissima quando si consideri che esse siano forzatamente sottoposte alle spese, ai ritardi inseparabili dei procedimenti contenziosi e talvolta agli inconvenienti che possono nascere dalla pubblicità di un dibattimento giudiziario » (4).

Capo II. — Cenni storici e di legislazione comparata.

6. Il compromesso è di uso antico. — 7. Il compromesso presso romani. — 8. Presso i barbari e nei Comuni italiani. — 9. Nelle materie ecclesiastiche. — 10. È istituzione più propria dei popoli liberi. — 11. Il compromesso nella legislazione francese. — 12. Nel codice di Ginevra e in altri di questo secolo. — 13. Nel codice italiano.

6. Appunto perchè il compromesso può dirsi di diritto naturale, l'uso di esso e dei giudizi arbitrali è molto antico. Anzi può tenersi siccome certo che nelle antiche società primitive, e specialmente presso quei popoli che ancora non avevano creato appositi magistrati per definire le contese private, l'arbitramento è l'ordinaria forma adottata per provvedere ad un tanto bisogno. Quindi è che lo troviamo presso gli ebrei, presso gli indiani, presso i greci (5).

7. Anche i romani avevano ammesso l'arbitramento, e le regole da cui l'istituto era retto ci furono conservate nelle Pandette al titolo *De receptis qui arbitrium receperunt ut sententiam dicant*, e nel Codice giustinianeo al titolo *De receptis arbitris*; e provano il favore che era accordato all'arbitramento.

Secondo le norme tracciate nei ricordati titoli, il compromesso era presso i romani la convenzione colla quale le parti sottoponevano alla decisione di arbitri una loro controversia, obbligandosi reciprocamente a rispettare la sentenza degli arbitri e promettendosi l'una all'altra una somma od un oggetto determinato per il caso che l'una di esse non volesse attenersi alla decisione dell'arbitro.

Laonde oggi, come vedremo, effetto del compromesso è quello di ottenere una sentenza in tutto parificata alle sentenze dell'Autorità giudiziaria e di cui, date certe condizioni, può chiedersi l'esecuzione; secondo le leggi romane la sentenza arbitramentale non produceva nè azione nè eccezione; effetto del compromesso era soltanto quello di obbligare al pagamento della pattuita pena chi avesse rifiutato di eseguire la sentenza arbitramentale. Permodochè, se la pena, che doveva sostituire l'esecuzione della sentenza, non fosse stata pattuita, può dirsi che il compromesso non aveva alcuna forza obbligatoria (6).

8. Ammisero la giustizia degli arbitri anche talune delle nazioni barbare che invasero le terre romane; l'ammisero nei loro Statuti i Comuni, specialmente quelli d'Italia; ed era l'arbitramento obbligatorio per i parenti e per gli affini

lazione del ministro Boncompagni al disegno di codice di procedura civile del 1854. Vedi nel *Commento* di Mancini, Scialoja e Pisanelli, *Formolario e relazioni*, pag. 189, Firenze 1865.

(1) Pigeau, *Traité de la procédure civile*, livre I, titre III, 1, Paris, Brière, 1838.

(2) Mattirolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, ediz. IV, vol. I, parte I, tit. III, capo I, n. 716.

(3) Ediz. uff., pag. 2.

(4) Pag. 7 dell'ediz. ufficiale. Il Pisanelli però si è valso di quanto scrisse il Boitard, *Code de procédure civile* (Bruxelles, Haumun et C., 1840-42), Leçons, II partie, livre III, *Des arbitrages*, art. 1003-1028. V. anche il Pigeau, op. cit., Paris 1885, livre I, titre III, 1. Sui vantaggi del compromesso sono a vedersi, oltre le Relazioni ufficiali sul codice di procedura civile, il Triani, op. cit., pag. 260; l'Amar, op. cit., cap. II, n. 7, e la maggior parte degli scrittori italiani che si occuparono del compromesso.

(5) Amar, op. cit., capo III, n. 8; Dalloz, *Répert.*, voce *Arbitrage*, n. 3.

(6) *Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem*: Dig., libr. IV, tit. VIII, l. 2. — *Ex sententia arbitri ex compromisso jure perfecto aditi appellari non posse, saepe rescriptum est; quia nec judicati actio inde praestari potest, et ob hoc invicem poena promittitur, ut metu ejus a placitis non recedatur*: Cod., libro II, tit. LVI, l. 1.

nei gradi previsti (1), e talora anche per i vicini di una stessa parrocchia della città (2); e talora infine fra un privato cittadino e un Comune, un collegio od università (3).

Nè infrequente era nel tempo di mezzo l'uso del compromesso per dirimere questioni sorte fra corporazione e corporazione (4), fra partiti e partiti (5), fra Comuni e Comuni (6), fra principi e principi (7), fra principi e Comuni (8), e financo fra sovrani e popoli (9). Citiamo in nota alcuni compromessi dei più facili a rinvenirsi, perchè riportati nelle *Antiquitates italicae medii aevi* di Lodovico Antonio Muratori.

9. Molto favore incontrò l'arbitramento nelle materie ecclesiastiche. Desiderosi i membri del clero di evitare le liti, se non vi riuscivano, ricorrevano per definirle agli arbitramenti; anzi parecchi fra i primi Concilî ecumenici imposero ai membri del clero di rimettere ad arbitri la decisione delle loro controversie (10).

10. In generale però l'arbitramento è di quei popoli che godevano di un certo grado di libertà; e se avvenne che il diritto canonico nell'età di mezzo lo riconobbe, fu solo perchè la Chiesa volle valersene come di uno dei mezzi più atti a meglio allargare nell'amministrazione della giustizia civile la sua ingerenza a danno delle istituzioni laiche.

Nei popoli invece, ne' quali regna il dispotismo, l'amministrazione della giustizia civile è ritenuta come un attributo del sovrano, ed è quindi naturale che in ogni modo si tentasse di togliere o limitare l'uso del compromesso. È quanto avvenne nei secoli XVI, XVII e XVIII, ed anche in Piemonte, dove le regie Costituzioni si mostrano contrarie al giudizio arbitrale (11).

11. Il compromesso dal diritto romano passò nel diritto francese, trovando un terreno assai bene predisposto nei costumi giudiziali del medio evo. Sebbene avversato poi dalle giustizie signorili, perchè ne diminuiva i profitti, il compromesso si mantenne in Francia, riconosciuto da numerose ordinanze regie, aventi specialmente per iscopo di reprimere gli abusi introdotti dalle ordinarie Autorità giudiziarie (12). Sono le norme del diritto romano quelle che in Francia regolano la materia del compromesso; però l'ordinanza del 1560, collo stabilire che le sentenze pronunciate nel compromesso fossero valevoli ed efficaci anche quando le parti non avessero nel compromesso pattuita pena, frenò la facilità con cui era dalle Autorità giudiziarie ammesso l'appello da quelle sentenze.

La Rivoluzione francese, con una legge del 16-24 agosto 1790, non solo volle mantenuto il compromesso, ma, come aveva già fatto per la conciliazione, ne esagerò l'importanza; cosicchè dapprima estese l'arbitramento forzato, già stabilito dall'ordinanza del 1673 per i socî commerciali, a questioni di famiglia, creandosi i tribunali di famiglia (13); poi allargò di tanto la sfera delle questioni da sottoporsi all'arbitramento forzato, che i magistrati giudiziari eletti tutti gli anni dal popolo, furono chiamati *arbitri pubblici*, a fine di distinguerli dagli arbitri *privati* o *volontari*.

Doveva necessariamente sorgere la reazione, che, dopo successive disposizioni o di restrizione o di abolizione, si manifestò specialmente nelle disposizioni della legge 26 aprile 1806, accolta poi nel cod. di proc. civ., posto in vigore col 1° gennaio 1807; il quale, pur conservando il compromesso, anzi mantenendo il compromesso forzato fra i soci commerciali, rese assai difficili i giudizi arbitramentali. Però colla legge del 17 giugno 1856 anche la Francia abolì il compromesso forzato nella materia commerciale, riconoscendo il sommo principio che il compromesso non può avere per fondamento che la libera volontà delle parti.

12. Il codice del Cantone di Ginevra del 1819, dovuto al celebre professore Bellot, ridusse di nuovo il compromesso ai suoi limiti naturali. Esso fu saviamente imitato dai codici

(1) V. Amar, op. cit., capo III, n. 11; il quale cita come esempi gli Statuti di Milano e di Novara. Meritano menzione gli *Statuta civilia* di Brescia per l'abbondanza delle disposizioni che regolano il compromesso (*Capitula* 220 e segg.).

(2) ... *inter ascendentem vel descendentem, vel inter agnatos et cognatos infra quartum gradum computandum de jure canonico inclusive; vel affines affinitate presenti vel preterita conjunctos infra secundum gradum; vel inter vicinos ejusdem parochie civitatis et burgorum Papiae* (*Statuta civilia civitatis et comitatus Papiae*. St. XXV). Così stabiliscono anche gli Statuti di Lodi.

(3) ... *vel inter aliquam personam singularem et inter aliquod comune, collegium vel universitatem* (*Statuta civilia civitatis Brixiae*. Cap. CCXX).

(4) *Compromissum quorumdam in Ministros Societatis Becchariorum et Sbararum, factum Bononiae, anno 1293:* Muratori, *Antiq. italicae M. Aevi*, vol. IV, col. 669. — *Compromissum et sententia inter Mercatores Mutinae et Assazatores salis Ferrariae, anno 1199:* Id., id., vol. IV, col. 709.

(5) *Laudum promulgatum a Consulibus Mutinae inter Fregnanentes et Aginonos, anno 1188:* Muratori, op. cit., vol. IV, col. 637. — *Laudum pacis stabilitae a Fratre Johanne Vicentino, Ord. Praedic., inter cives Veronenses Gibellinos et Guelphos, Anno Ch. 1233:* Id., id., vol. IV, col. 641.

(6) *Compromissum et laudum inter Commune Mutinae et Commune Ferrariae pro Ripatico et Teloneo, Anno 1179:* Muratori, op. cit., vol. II, col. 33. *Charta Compromissi discordiarum inter Populum Mutinensem et Regiensem vigentium facta a Praetoribus Mutinensibus in Praetores Cremonae et Parmae, cura Azonis Marchionis Estensis, et Salinguerrae, Anno 1202.* — Id., ibid., vol. IV, col. 707.

(7) *Compromissum factum inter Judicem Galliurensem et Turritanum, et Judicem Arboreae, de omnibus litibus in Legatum Domini Papae, Anno 1237:* Muratori, op. cit., vol. VI, col. 23.

(8) *Sententia arbitrorum electorum in controversia de Regalibus, Jurisdictione, etc., Castri et Curiae Adriani inter Azonem VI Marchionem Estensem et ejus patruum Bonifacium, et Commune Adriani, Anno 1198:* Muratori, op. cit., vol. II, col. 85.

(9) *Compromissum Friderici I Imperatoris et Civitatum Langobardicarum, in arbitros ad pertractandam pacem et concordiam, Anno 1175:* Muratori, op. cit., vol. IV, col 275. — *Sententia vel laudum Gregorii Papae IX, inter Fridericum Augustum, hujus nomine II, et Civitates Lombardiae, Marchiae, et Romaniae, Anno 1233:* Id., ibid., vol. IV, col. 326.

(10) V. Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, continuation par M. O. Bourbeau, tom. II, chap. XXXII, pag. 431, Bruxelles, Hauman, 1839-40, Poitiers 1847. Cita specialmente il canone IX del Concilio di Calcedonia seguito nell'anno 451.

(11) Amar, op. cit., capo III, n. 16; Gargiulo, *Il codice di procedura civile del regno d'Italia*, n. 1 del commento all'art. 8, Napoli 1872.

(12) Boncenne-Bourbeau, op. cit., tom. II, cap. XXXII, pagina 433.

(13) La legge del 1790 aveva confidato ad arbitri scelti fra i parenti, gli amici o i vicini delle parti, la decisione delle contestazioni fra marito e moglie, padre e figli, avi e nipoti, fratelli e sorelle, zii e nipoti, affini nel medesimo grado, pupilli e tutori. E la legge del 20 settembre 1792, che introdusse il divorzio, commise a questi stessi arbitri di pronunciare sulle domande di divorzio per causa determinata.

parmense e sardo, mentre in generale le altre legislazioni dell'Italia avevano seguito dappresso la legislazione francese (1). Però il compromesso, accolto anche dalla legislazione austriaca, fu regolato nelle provincie italiane già soggette al dominio austriaco dalle norme poste nei §§ 349-355 del regolamento generale del processo civile per il regno Lombardo-Veneto (2). Per tali norme il compromesso era valido soltanto se ridotto a scrittura; le forme della procedura erano, se le parti non avessero convenuto diversamente, quelle poste dallo stesso regolamento per le Autorità giudiziarie; era sempre salva alle parti l'azione innanzi l'ordinario giudice di prima istanza, quando gli arbitri avessero ecceduto i limiti della facoltà loro impartita; e quando le parti non avessero espressamente pattuito di stare al lodo, potevano reclamare contro la sentenza nel termine di giorni quattordici dalla sua notificazione, spiegando l'azione innanzi al giudice ordinario di prima istanza (3).

Il regolamento del processo civile per l'Impero Germanico (*Civilprozessordnung*), entrato in vigore col 1° dell'ottobre 1879, ha regolato colle norme contenute nei §§ 851-872 la materia del compromesso; e il nuovo regolamento del processo civile (*Civilprozessordnung*), emanato il 1° dell'agosto 1895 per le provincie austriache della monarchia austro-ungarica ed entrato in vigore col 1° del gennaio 1898, ammette e regola il compromesso colle norme date nei paragrafi 577-599. Di alcune di queste norme, come di quelle del regolamento germanico, avremo occasione di occuparci.

13. Il codice italiano, seguendo le norme del legislatore estense e del legislatore sardo, si è anch'esso informato ai principî del cod. di proc. civ. ginevrino, adottando per di più le riforme e i miglioramenti suggeriti dalla dottrina e dalla pratica; ma pur troppo le sue disposizioni sono molto lontane dalla perfezione; e già dicemmo come abbiano dato origine a molte gravissime questioni di assai difficile risoluzione e che tengono tuttora divise la dottrina e la giurisprudenza.

Capo III. — Essenza del compromesso e sua differenza da altri istituti.

14. Essenza del compromesso. È un vero contratto. — 15. Conseguenze. — 16. Differenza fra il compromesso e altri istituti. — 17. Compromesso e transazione: punti di affinità. — 18. Punti di distinzione. — 19. Compromesso e conciliazione. — 20. Compromesso e arbitramento (art. 1454 codice civile). — 21. Compromesso e perizia. — 22. Compromesso e mandato. — 23. Compromesso e arbitri conciliatori (articolo 402 cod. proc. civile).

14. La parola *compromesso* deriva dal latino *compromittere*, promettere insieme e vicendevolmente, perchè le parti promettono insieme e l'una verso l'altra di sottomettersi alla decisione degli arbitri scelti da esse in comune (4). *Compromittere est simul promittere stare sententiae arbitri* (5). Tutto il fondamento quindi del compromesso sta nella libera volontà delle parti, nel loro consenso (6). Esso è un vero contratto (7); anzi una specie di transazione, che, senza assumere, come taluno ha voluto sostenere (8), il carattere di una alienazione, di una liberazione *condizionata*, vincola preventivamente ciascuna delle parti compromettenti a riconoscere per buona la decisione che sarà data dagli arbitri.

15. Dalla natura di contratto che riveste il compromesso derivano alcune importanti conseguenze, che meglio appariranno nel corso di questo lavoro, ma di alcune delle quali è bene fino da questo punto di fare cenno. Eccole:

1° Alla validità del compromesso occorrono in generale le condizioni richieste dal codice civile per la validità di ogni contratto.

2° Il compromesso costituisce legge per le parti compromettenti, dalla quale l'una non può sottrarsi a danno dell'altra.

3° Il compromesso, come si stipula dalle parti, così da esse può essere sciolto.

4° Il giudizio arbitrale, ossia la giurisdizione eccezionale degli arbitri, fissata col patto compromissorio, non è di ordine pubblico, ma ha per unico criterio determinante il privato interesse, e l'esclusivo suo giuridico fondamento nella volontà delle parti. Laonde, come in luogo più opportuno vedremo, è sempre in facoltà delle parti compromettenti di recedere dal patto compromissorio, sottoponendosi di nuovo espressamente od anche tacitamente alla ordinaria giurisdizione della magistratura giudiziaria; nè all'Autorità giudiziaria potrebbe riconoscersi la facoltà di sollevare d'ufficio

(1) La materia del compromesso era nella Toscana governata dal regolamento organico dei tribunali del dì 13 settembre 1814, e dagli articoli 1097-1121 del regolamento di procedura civile del dì 11 novembre 1814; negli Stati pontificî dal regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili del 10 novembre 1834 (articoli 1746-1783); nelle Due Sicilie dalle leggi di procedura civile.

(2) Era il comune regolamento giudiziario civile delle provincie tedesche, pubblicato in esse nel 19 dicembre 1796; introdotto nella Venezia nel 1803, e colla sovrana patente 24 aprile 1815 prescritto per le provincie soggette al Governo di Venezia, e con altra del 31 maggio 1815 per quelle soggette al Governo di Milano.

(3) Il regolamento provvisorio del processo civile per l'Ungheria, la Croazia e Slavonia, il Voivodato serbo e il Banato di Temes, ha pure accolto il compromesso, ed ha ciò di particolare, che dichiara non obbligatorio il compromesso se la convenzione, che deve essere stata conchiusa in iscritto o in giudizio, non contiene espressa rinuncia ad ogni ricorso o reclamo contro le decisioni degli arbitri (§ 377), salvo il caso in cui gli arbitri abbiano oltrepassati i confini della podestà loro affidata e il caso di dolo manifesto (§ 382). Saggia disposizione!

(4) Carré et Chauveau, *Les lois de la procédure civile*, III partie, livre III, titre unique, *Des Arbitrages*, art. 1003, DXCVII, note 2.

(5) *Nihil aliud est sententiae stare, quam id agere, quantum in ipso sit, ut arbitri pareatur sententiae.* Dig., l. 23, § 2, *De receptis qui arbitrium.*

(6) « Mais il ne faut pas perdre de vue que le principe de l'arbitrage se trouve dans le consentement des parties, et que cet accord donne à la procédure arbitrale un caractère mixte entre le contrat, résultat du concours des volontés, et le quasi-contrat judiciaire dans lequel les volontés sont en conflit ». Boncenne — Bourbeau, op. cit., chap. XXXII, pag. 445.

(7) Appunto perchè il compromesso ha l'intrinseca ed esclusiva natura di un contratto, implicante rinuncia all'ordinaria giurisdizione, la Corte di Milano, con sentenza 14 luglio 1894 in causa *Uboldi* c. *Uboldi* (*Monit. Trib.*, XXXVI, 234), disse nulla la clausola posta in un testamento che tutte le questioni insorgenti fra gli eredi a cagione della divisione, dovessero essere risolte in via di arbitramento inappellabile da persona nominata dal testatore.

(8) Boitard, *Code de procédure civile*, *Leçons*, II partie, livr. III, *Des arbitrages*, art. 1003, 1028; Dalloz, *Rép.*, voce *Arbitrage*, n. 36, dove in nota cita la Relazione di Mallarmé al Consiglio di Stato. — V. Triani, op. cit., p. 277 e 278, il quale combatte la dottrina, che *compromettendo si abbandoni condizionalmente il diritto.*

l'eccezione di incompetenza per essere la causa, in forza di patto compromissorio, devoluta al giudizio di arbitri (1).

16. La giurisprudenza del nostro paese e la dottrina ebbero ad occuparsi delle differenze che corrono fra il compromesso ed altri istituti che col compromesso hanno affinità e coi quali esso potrebbe essere confuso.

17. Abbiamo poc'anzi detto che il compromesso è una specie di transazione, e per verità non può negarsi che una grande affinità corre fra loro. « Per le regole generali di diritto, disse la Corte di cassazione di Firenze, il compromesso è un contratto parificato, di fronte alle parti, alla transazione » (2). Infatti col compromesso, come colla transazione, secondo l'articolo 1764 del codice civile, si dà vita ad una convenzione che ha per iscopo di mettere fine ad una lite già sorta o che può sorgere (3). E questo concetto, come osserva il Ricci (4), è reso evidente anche dal disposto dell'art. 8 del cod. di proc. civ., nel quale è detto che non si possono compromettere le questioni che non possono essere transatte (5).

Dunque una grande analogia corre fra l'istituto del compromesso e quello della transazione; e tanto maggiore si riscontra nel caso in cui gli arbitri siano stati autorizzati a decidere come amichevoli compositori, perchè allora, come ben dice il Triani, « le parti non solo rinunciano alla giurisdizione ordinaria, ma si impongono quel sacrificio nelle loro pretese che sarà giudicato equo dagli arbitri eletti; onde questi, nell'atto in cui pronunciano sentenza, *non dicunt jus*, ma determinano quale sia il ragionevole sacrificio del sommo diritto che l'una o l'altra parte dovrà fare per amore di concordia. Quasi direbbesi che le parti transigono, rimettendo agli arbitri di stabilire il prezzo di transazione » (6).

Dal principio di parificazione, di fronte alle parti, del compromesso alla transazione, la Corte di cassazione di Firenze traeva la conseguenza che, ove le parti abbiano stipulato in nome proprio il compromesso per definire alcune controversie sopra un oggetto, sul quale sapevano che anche altre persone avevano diritto, non possono impugnarlo col pretesto che non vi presero parte tutte le persone interessate, le quali possono, volendo, ricusare di sottoporvisi (7).

18. Nonostante la grande affinità che corre fra i due istituti, il compromesso e la transazione, non può però dubitarsi che essi sono l'uno dall'altro affatto distinti. E per vero, se il compromesso è un mezzo per giungere allo stesso fine cui mira la transazione, quello cioè di definire le controversie in breve e con poca spesa, e se le parti compromettenti assumono la vicendevole obbligazione di stare al pronunciato degli arbitri, non è men vero che il compromesso produce l'apertura di un giudizio e quindi di un litigio, mentre la transazione lo previene e lo tronca, troncando le questioni. Si aggiunga che col compromesso le parti deferiscono a terzi la decisione delle controversie, mentre nella transazione sono le stesse parti che le definiscono. Infine nella transazione le parti rinunciano ad una porzione di quello che è contrastato, ossia incerto, a fine di rendere certo il resto; in quella vece col compromesso ciascuna di esse mostra il proposito di conseguire tutto quanto crede le sia dovuto e si espone a tutto perdere o a tutto guadagnare (8).

Anche il legislatore, se nel codice di proc. civ. riconosce l'analogia del compromesso colla transazione, e all'articolo 9 dichiara che il compromesso fatto da un amministratore o da chi non può liberamente disporre della cosa su cui cade la controversia, non ha effetto se non quando sia approvato nei modi stabiliti per la transazione, nel codice civile riconosce la differenza fra i due istituti, perchè all'art. 1742, parlando del mandato, dichiara che la facoltà di fare transazioni non comprende quella di fare compromessi (9). La quale disposizione è del resto giusta, poichè sotto certo rispetto compromettere è più che transigere. Infatti « nella transazione le parti conoscono preventivamente non solo l'oggetto di essa, ma ancora i sacrificii che ciascuna di esse fa in corrispettivo della rinuncia fatta dagli altri; nel compromesso invece le parti si obbligano a sottomettersi ad una decisione ancora sconosciuta e si impongono reciprocamente dei sacrifici dei quali ignorano ancora l'estensione » (10).

Però, siccome sotto altro aspetto la transazione si presenta quale un atto più grave del compromesso, risolvendosi essa in una obbligazione reale ed immediata di diritti, mentre l'alienazione inclusa nel compromesso è soltanto eventuale, così appare pienamente fondata l'opinione dell'Amar, adottata anche dal prof. Mattirolo, che la facoltà di far compromessi non comprende quella di fare transazioni (11).

(1) Amar, op. cit., cap. VI, art. VII, n. 128 e 129; Cuzzeri, *Il codice di procedura civile italiano illustrato*, 2ª ediz., nota 9ª del commento agli articoli 11 e 12, Verona 1883; Appello Napoli, 24 aprile 1874, *Società dei sensali e Municipio di Napoli* c. *Società dei mercati* (*Gazz. del Procuratore*, IX, 162); Appello Venezia, 15 settembre 1875, *Zacchin* c. *Ceresa* (*Temi Veneta*, 1876, 47); Cassaz. Torino, 4 aprile 1882, *Goelitzer* c. *Sinleber* (*Cassaz.*, Torino, I, 1, 266); App. Milano, 4 maggio 1888, *Compagnia d'assicuraz. « La Nation »* c. *Carrera Giuseppe* (*Monit. Trib.*, XXIX, 431).

(2) Sentenza 9 febbraio 1885, *Buzzatti* c. *De Martini* (*Legge*, XXV, 1, 659; *Temi Veneta*, X, 202; *Annali*, XIX, 189). — V. anche la sentenza della Corte d'appello di Firenze, 17 febbraio 1873, *Le Pennec-Monetti* c. *Charles* (*Annali*, VII, 2, 553), e Gargiulo, *Il codice di procedura civile*, 2ª ediz., nota II del commento all'art. 8, Napoli 1881.

(3) *Compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet*. Dig., libr. IV, tit. VIII, l. 1.

(4) *Commento al codice di procedura civile*, 4ª ediz., vol. I, tit. I, cap. I, n. 1, Firenze 1883.

(5) Il codice civile all'art. 1314 stabilisce che la transazione sia sotto pena di nullità redatta per iscritto, e lo stesso principio consacra a proposito del compromesso il codice di procedura civile nell'art. 11.

(6) Op. e loco cit.

(7) V. la già citata sentenza 9 febbraio 1885, *Buzzatti* c. *De Martini*.

(8) Amar, op. cit., cap. VI, n. 28; Cuzzeri, op. cit., nota 2 del commento all'art. 8. — App. Torino, 8 febbraio 1868, *Rosazza, Gat ed altri* c. *Peverelli ed altri* (*Giurispr.*, Torino, V, 226); App. Milano, 20 aprile 1874, *Clough, Cusani ed altri* c. *Ditta Cremonesi, Varesi e C.* (*Giurisprudenza Italiana*, XXVI, 2, 385; *Giornale dei Tribunali*, III, 481).

(9) App. Milano, 26 ottobre 1885, *Fabbrica Lombarda Oleosi* c. *Torelli* (*Monit. dei Trib.*, XXVII, 100); la quale, nel riconoscere che la facoltà di compromettere non si può ritenere compresa in quella di transigere, dichiara però che è ritenuta compresa nella autorizzazione che una società abbia dato ai propri amministratori, di stipulare un contratto sotto quelle condizioni che trovassero necessarie e più convenienti.

(10) Relazione Pisanelli sul disegno del codice di procedura civile, ediz. uff., pag. 9. — V. Boncenne-Bourbeau, op. cit., vol. II, ch. XXXII, pag. 509.

(11) Amar, op. cit., capo VI, art. 1, nota 2 al n. 28; Mattirolo, *Dir. giud. civile*, vol. I, n. 726, in nota.

19. È inutile accennare che anche la conciliazione, la quale non è che una transazione, a cui le parti accedono con speciali forme e solennità e avanti un apposito magistrato, non può andar confusa col compromesso (1).

20. Dal compromesso deve pure essere distinto quell'arbitramento di cui tiene parola l'articolo 1454 del codice civile italiano, per il quale la determinazione del prezzo di vendita della cosa può dalle parti contraenti rimettersi all'arbitrio di un terzo scelto da esse. A tale arbitramento non sono applicabili le regole che il codice di procedura civile dà per il compromesso, cioè nè il terzo eletto è tenuto a seguirle nel pronunciare la sua determinazione, nè la determinazione potrebbe essere impugnata coi mezzi e colle norme colle quali si impugna la sentenza dei veri arbitri; e ciò sebbene in forza del citato articolo 1454 debba ritenersi obbligatoria per le parti, analogamente alla sentenza degli arbitri propriamente detti (2).

Quindi è che la Corte d'appello di Modena, con sentenza 6 giugno 1879 (3), ha pronunziato che nella vendita degli immobili il perito scelto dalle parti per determinare il prezzo a'sensi e per gli effetti dell'articolo 1454 del codice civile, non ha, a rigore di diritto, nè i caratteri di arbitro, nè quelli di perito giudiziale; laonde questo terzo, finchè resti nei limiti del suo mandato, nell'esaurimento del medesimo non è tenuto, sotto pena di nullità, all'osservanza di forme speciali. E la Corte d'appello di Milano, con sentenza 6 settembre 1887 (4), pronunciava che il contratto, con cui le parti, senza accenno qualsiasi a questioni presenti o future convengono di far determinare il valore di una quantità di materiali (che per precedenti contratti una delle parti dovesse, verso compenso, rilasciare all'altra), da tre arbitri nell'atto stesso nominati con facoltà di giudicare *ex aequo et bono*, senza formalità di giudizio ed inappellabilmente, non costituisce un vero compromesso nel senso giuridico (sebbene così sia stato intitolato dalle parti), ma bensì quella convenzione, considerata nell'articolo 1454 del codice civile, e per la quale le parti rimettono all'arbitrio di un terzo la determinazione del prezzo di vendita. E vogliamo anche ricordare la più recente sentenza della Corte di cassazione di Palermo dell'11 settembre 1890 (5), la quale dichiarò non essere nulla la compravendita in cui la determinazione del prezzo sia stata rimessa a due periti, attribuendosi loro la facoltà di nominarne un terzo, da scegliersi questo, in caso di loro disaccordo, dal pretore locale; e pronunciò che l'incarico così attribuito ai periti non dà vita ad un vero e proprio compromesso, e non gli sono perciò applicabili le disposizioni di cui agli articoli 8 e seguenti del dodice di procedura civile.

La ragione adunque della differenza fra il compromesso e l'arbitramento, di cui all'articolo 1454 del codice civile, sta in ciò, che elemento essenziale del compromesso è « una controversia da risolvere », elemento che non si trova nell'accennato arbitramento (6).

21. L'arbitramento non può andar confuso colla vera *perizia*, perchè il giudizio degli arbitri, come vedremo, è obbligatorio per le parti che hanno compromesso, al pari della sentenza del giudice ordinario, mentre il giudizio del perito non lo è, e le parti possono impugnarlo (7). Anzi la distinzione fra arbitramento e perizia è così certa ed evidente che la Corte d'appello di Torino (8) pronunciò che una sentenza arbitrale stata dichiarata nulla non poteva vincolare quale perizia, sia perchè l'atto di compromesso mira ad ottenere una vera sentenza arbitramentale e non una perizia, sia perchè ad attribuire al lodo la natura e gli effetti della perizia mancano il decreto del giudice che la ordinò, anche di consenso delle parti, e il giuramento dei periti richiesto dalla legge per una perizia giudiziale.

Chè se, come avviene spesse volte in certi contratti, e specialmente in quelli di locazione, ne' quali si suol deferire al perito la stima degli immobili al momento della riconsegna, le parti avessero convenuto di ritenere inappellabile e quindi obbligatorio il pronunciato dei periti, non ancora si avrebbe il compromesso; e sebbene il pronunciato si dovesse pur ritenere realmente obbligatorio per le parti, non sarebbero tuttavia in nessun caso applicabili le regole del codice di procedura civile riguardanti il compromesso (9), perchè la forza obbligatoria del pronunciato degli arbitri deriva unicamente dalla convenzione delle parti che si sono obbligate ad accettare la stima fatta dagli arbitri e non dalla natura dell'operazione peritale, che non ha carattere di giu-

(1) Amar, op. cit., cap. IV, n. 20. e capo V, n. 28, in nota.

(2) Triani, op. cit., § 3, pag. 280; Boncenne-Bourbeau, op. cit., vol. II (VI), chap. XXXII, pag. 446. — V. anche la sentenza della Corte d'appello di Firenze, 5 marzo 1868, *Levera* c. *Levi* (*Annali*, II, 2, 116). Questa sentenza ha aggiunto che l'arbitramento di cui all'art. 1454 del codice civile, può rimettersi anche a due arbitratori, mentre nel vero arbitramento *le controversie si compromettono in uno o più arbitri in numero dispari* (art. 8 del cod. di proc. civ.); e che se i due arbitratori non riuscissero ad accordarsi, la vendita, siccome fatta sotto una condizione che non si è verificata, viene a mancare.

(3) *Molza* c. *Cuniberti* (*Annali*, XIII, 2, 284). — V. anche la sentenza 31 gennaio 1885 della Corte d'appello di Genova, fra le stesse parti, *Molza* c. *Cuniberti* (*Giurispr. Ital.*, XXXVII, 2, 166).

(4) *Direzione generale delle Gabelle* c. *Ditta Biraghi e Carones* (*Monit. Trib.*, XXVIII, 951, e *Giurispr. Ital.*, XL, 2, 46). — V. anche la sentenza 16 giugno 1888 della Corte di cassaz. di Torino, *Biraghi* c. *Ministero delle finanze* (*Giurisp.*, Torino, XXV, 544).

(5) *Midolo* c. *Innerta ed altri* (*Monit. Trib.*, XXXII, 144).

(6) Cass. Torino, 28 luglio 1885, *Viganotti e Spairani* c. *Dulio* (*Giurispr.*, Torino, XXII, 709; *Monit. Trib.*, XXVI, 831).

(7) Corte d'app. di Torino 22 gennaio 1875, *Corio* c. *Corio* (*Giurispr.*, Torino, XII, 254); 25 giugno 1875, *Città d'Ivrea* c. *Ravera* (*Id.*, XII, 627); 5 febbraio 1876, *Rivoreda* c. *Società Ferrov. Torino-Ciriè* (*Id.*, XIII, 255); Appello Venezia, 18 gennaio 1881, *Dall'Oro* c. *Rosina* (*Temi Ven.*, VI, 231); Cass. Torino, 13 aprile 1887, *Massabò* c. *Bracco* (*Giurispr.*, Torino, XXIV, 267); Appello Venezia, 3 novembre 1888, *Walter c. Figari e Compagnia Assicurazioni* (*Temi Ven.*, XIII, 609).

(8) 29 marzo 1869, *Eredi Gianoli* c. *Min. dei lavori pubblici* (*Giurispr.*, Torino, VI, 451). — V. anche Cassaz. Torino, 1° aprile 1871, *Martinengo-Villagna* c. *Scanzi* (*Giurispr.*, Torino, VIII, 257).

(9) Cass. Torino, 7 dicembre 1885, *Chiesa* c. *Bonacossa* (*Giurispr.*, Torino, XXIII, 34); 29 dicembre 1885, *Freschi* c. *Tessaroli* (*Id.*, XXIII, 72); 28 luglio 1885, *Viganotti* c. *Dulio* (*Id.*, XXII, 709; *Monit. Trib.*, XXVI, 831). — La sentenza 15 aprile 1896 della Corte d'appello di Milano, in causa *Capelli* c. *Calvi* (*Monit. Trib.*, XXXVIII, 10), pronunciò che gli arbitri-periti, designati nei contratti di locazione di fondi in Lombardia, secondo un'antica consuetudine, sono semplici periti; non tenuti quindi a rendere, in adempimento alla commissione avuta, una vera e propria decisione arbitrale; e la cui relazione può essere impugnata dalla controparte per errore, dolo, omissione o falso apprezzamento.

dizio arbitrale (1). E perciò la sentenza 23 marzo 1881 della Corte di cassazione di Torino (2), confermando il principio che gli arbitratori tecnici incaricati di fissare il prezzo d'un dato oggetto non sono paragonabili agli arbitri, nè sono ad essi applicabili le regole del codice di procedura civile, aggiunge che, convenutosi in un contratto di rimettere al giudizio di determinate persone lo stabilire il prezzo d'uno stabile col patto di sottostare inappellabilmente al giudizio di periti incaricati, non si può ricorrere ai tribunali per far revocare il giudizio dei periti invocando gli articoli che regolano il compromesso (3).

Siccome però la ragione prima della distinzione fra il compromesso e la perizia sta, come dicemmo, in ciò, che elemento essenziale per il compromesso è una controversia da decidere, così la Corte di cassazione di Torino, nella sentenza 16 marzo 1870, *Bettoni* contro *Fiori ed altri* (4), pronunciò che la convenzione, mercè cui le parti riconobbero che la risoluzione delle controversie dipende da un legale e retto giudizio dei periti, dichiararono questo inappellabile, conferirono l'incarico di decidere determinate controversie e di pronunziare sopra ogni oggetto compromesso, importa un vero compromesso (5).

22. Il compromesso fu da taluni parificato, nei rapporti delle parti cogli arbitri, ad un mandato, epperò dichiarano ad esso applicabili le norme del mandato poste dal codice civile negli articoli 1737 e seguenti (6). Ma tale dottrina non pare accettabile, e infatti non è condivisa dalla maggior parte degli scrittori, come il Mattirolo, il Cuzzeri, il Triani, il Gargiulo, l'Amar, il Bourbeau, il Mongalvy. Certo non si può negare qualche analogia fra i due istituti, nè che esistano alcuni punti di contatto (7), che il Ricci si è curato di mettere in evidenza (8), dicendo « che le parti possono revocare la nomina degli arbitri (articolo 34, n.° 1°, del cod. di proc. civ.), come il mandante revoca il mandato (art. 1757 cod. civ.); gli arbitri nominati, tostochè hanno accettato, sono tenuti ad eseguire la commissione, nè possono dispensarsene senza giusta causa, sotto pena dei danni (art. 34 del cod. di proc. civ.); e parimenti il mandatario ha lo stesso obbligo (art. 1745 e 1757 del cod. civ.). La pronunzia degli arbitri è nulla, se nullo fu per qualsivoglia causa il compromesso, e se in qualunque modo hanno ecceduto i limiti della commissione, o non si sono uniformati alle prescrizioni della medesima (art. 32, nn. 1, 2, 3, 5 del codice di procedura civile); e lo stesso avviene dell'operato del mandatario nei medesimi casi (art. 1752, cod. civ.) » (9).

Ma non è men vero che i due istituti non si identificano; anzi sono senz'altro fra essi distinti, come lo erano anche nel diritto romano (10); e a questa conclusione dovettero necessariamente addivenire quegli scrittori e quelle autorità giudiziarie che non si sono fermati alle prime parvenze, come appunto hanno fatto il Cuzzeri, l'Amar e gli altri scrittori che abbiamo poc'anzi ricordato.

Il Cuzzeri dice: « Il compromesso non è parificabile al mandato, perchè l'arbitro non può essere il rappresentante delle parti se deve farsi giudice delle loro contese, e una volta nominato cessa dall'ufficio, non già per le cause per le quali può venir meno il mandato, ma per le altre speciali stabilite dall'articolo 34 del codice di procedura civile » (11). E così presso a poco si esprime anche il Triani: « L'ufficio degli arbitri non è quello di eseguire un mandato. Il mandatario opera in luogo e vece del mandante e giusta le istruzioni da esso impartite. L'arbitro invece non opera in luogo e vece delle parti, ma tiene anzi speciali poteri sovra esse relativamente a ciò che è stato dedotto in compromesso, ed è ben lungi ch'ei debba subirne le istruzioni » (12).

E il Gargiulo: « Gli arbitri non fanno ciò che avrebbero fatto le parti, e queste non possono elevarsi a giudici delle proprie contese; il mandato è revocabile a volontà del mandante stesso, il compromettente invece non può nè revocare, nè modificare quello che ha contrattato. Il mandato cessa colla morte del mandante, il compromesso invece resta fermo, e via dicendo » (13).

(1) « Il patto dei mandanti di accettare quanto i mandatarii avrebbero stabilito non è già il patto di sottomettersi ad una sentenza di arbitri, ma una semplice convenzione che obbliga a fare e dare quanto sarà riconosciuto. » Così la Cass. di Torino, 14 giugno 1879, *Fugazza* c. *Ageno* (*Monit. Trib.*, XX, 771). V. anche la stessa Corte di cassazione 27 luglio 1877, *Talacchini e Laschi* c. *Ferrovie Liguri* (*Monit. Trib.*, XVIII, 941), che applica la massima ai liquidatori nominati dalle parti per procedere alla sistemazione di ogni loro contabilità, con dichiarazione che il loro operato sarà efficace ed obbligatorio fra le parti come se fosse stato fatto da esse stesse, e che queste dovranno darvi esecuzione, ogni eccezione e contraddizione rimossa. — V. Amar, op. cit., cap. IV, n. 21; Cuzzeri, op. cit., nota 2ª del commento all'articolo 8.

(2) *Almerini* c. *Municipio di San Remo* (*Giurispr.*, Torino, XVIII, 57).

(3) Vedi, in argomento, Amar, op. cit., cap. IV, n. 21; Cuzzeri, op. cit., nota 2ª del commento all'art. 8; Pacifici-Mazzoni, *Vendita*, I, n. 76; Ricci, *Corso di diritto civile*, VII, n. 115; Borsari, *Annotazioni al codice civile*, IV, § 3490; Cass. Torino 16 giugno 1888, *Biraghi* c. *Finanze*; 14 luglio 1888, *De Morizio* c. *De Capitani* (*Giurispr.*, Torino, 1888, 544 e 586); Cassaz. Napoli 12 luglio 1888, *Zamparelli* c. *Agresti* (*Gazz. dei Proc.*, XXII, 463); Cassaz. Torino, 8 agosto 1889, *Ospizio di Oropa* c. *Rosazza* (*Giurispr.*, Torino, 1889, n. 713); Cassaz. Palermo, 11 settembre 1890, *Midolo* c. *Innerta ed altri* (*Monit. Tribun.*, XXXII, 144).

(4) *Giurispr.*, Torino, VII, 225

(5) V. in argomento anche la sentenza 22 gennaio 1875 della Corte d'app. di Torino, *Corio* c. *Corio* (*Giurispr.*, Torino, XII, 254)

(6) V. Sorgente, *Sommari delle lezioni sul codice di procedura civile*, vol. I, lezione VII, n. 63, Napoli 1882. — Il Ricci dice che il compromesso non è che un mandato speciale (*Commento al codice di procedura civile*, vol. I, n. 3 e n. 14). — Merlin, *Questions de droit*, voce *Arbitres*, § 14, art. 2. — Il procuratore generale Mourre diceva all'udienza della Corte d'app. di Parigi il 16 dicembre 1809: *il compromesso è il mandato, la sentenza non ne è che l'esecuzione* (Mongalvy, *Traité de l'arbitrage en matière civile et commerciale*, titre VII, chap. XVI, n. 454, nota 1; ediz. di Bruxelles, 1837). — *Il compromesso è un contratto parificato di fronte agli arbitri ad un mandato speciale;* così la sentenza 17 febbraio 1873 della Corte d'app. di Firenze, *Le Pennec* c. *Monetti e Charles* (*Ann.*, VII, 2, 553), e la sentenza 9 febbraio 1885 della Corte di cassaz. di Firenze, *Buzzati* c. *De Martini*, citata a pag. 548, nota 2.

(7) *Mandato proxime accedit, cum arbiter compromissarius intelligatur mandatum habere a litigatoribus, ut de controversia, in qua electus fuit, pronunciat:* Fabro, *Rationalia* sulla l. 3, § 1, Dig., *De receptis qui arbitrium*.

(8) Ricci, op. cit., vol. I, n. 1, pag. 3.

(9) V. la sentenza della Corte di app. di Firenze, *Le Pennec* c. *Monetti e Charles*, già citata alla precedente nota 6.

(10) *Recepisse arbitrium videtur qui judicis partes suscepit.* Dig., l. 13, § 2, *De receptis qui arbitrium*.

(11) Op. cit., nota 2ª del commento all'art. 8.

(12) Op. cit., pag. 295. — V. anche Mattirolo, op. cit., I, n. 738, in nota.

(13) *Il codice di proced. civ.*, commento all'articolo 8, n. II.

Gli stessi argomenti ripete l'Amar, e altri ne aggiunge accennando che nel compromesso « è definito l'oggetto del giudizio, ma non è certamente designato il modo di risolverlo, come dovrebbe accadere in un mandato. Gli arbitri non possono farsi sostituire e non cessano dal loro ufficio per la morte o per qualche incapacità dei compromettenti. » Osserva anche, per rispetto alle disposizioni positive, che le donne e i minori non possono essere arbitri, benchè possano essere mandatari (1). E opportunamente ricorda che la Corte di appello di Torino, con sentenza 29 dicembre 1866 (2), dichiarando che il contratto di compromesso, sia per la natura sua, sia per le sue conseguenze non vuolsi confondere col mandato, decideva che pel fallimento del compromettente non cessa l'ufficio degli arbitri, mentre pel disposto dell'articolo 1757 del codice civile il mandato si estingue per il fallimento del mandante (3).

Anche insigni scrittori francesi dimostrano che il compromesso non può essere confuso col mandato. Ricorderemo soltanto il Bourbeau e il Mongalvy.

Il Bourbeau perspicuamente scrive, fra le altre cose: « L'arbitre n'est pas la personification des intérêts exclusifs de l'un ou de l'autre des plaideurs. Loin de représenter les parties, il se trouve en contact avec elles dans l'exercice de ses attributions; ce sont les parties elles-mêmes qui dirigent leurs intérêts et qui gèrent leur propre chose; l'arbitre ne prend en main que les intérêts de la justice, et ne doit compte qu'à sa conscience ». E più oltre: « Choisi ou accepté par elles, il tient en main des intérêts non-seulement différents, mais contraires; de sorte qu'il ne peut protéger comme mandataire les intérêts d'une partie, sans contrevenir au mandat qu'il a reçu de l'autre. Ce conflit des intérêts qui lui sont confiés exige donc qu'il procéde, non comme représentant des plaideurs, mais en vertu d'une autorité personnelle et indépendante » ecc. (4).

E il Mongalvy espone in altre parole gli argomenti del Bourbeau, principalmente per combattere il Merlin, ed accenna ai punti di differenza fra compromesso e mandato, che già ricordammo citando gli scrittori italiani (5).

Quanto alla giurisprudenza delle nostre Corti non si erra dicendo che la massima parte delle sentenze loro ha ammesso la distinzione fra mandato e compromesso. Oltre quella importantissima del 29 dicembre 1866 della Corte d'appello di Torino, accennata poc'anzi a proposito del fallimento del mandante, vogliamo ricordare:

quella del 2 marzo 1869 della Corte d'appello di Brescia (6), che dichiarò « essere incivile parlare di compromesso in materia di mandato, perchè siensi deferiti al mandatario poteri discrezionali voluti dall'indole degli affari da compiersi dal medesimo »;

quella già citata del 16 marzo 1870 della Corte di cassazione di Torino (7), per la quale « la convenzione mercè cui le parti riconobbero che la risoluzione delle controversie dipende da un legale e retto giudizio dei periti, dichiararono questo inappellabile, conferirono l'incarico di decidere determinate questioni e di pronunciare sopra ogni oggetto compromesso, importa un vero compromesso e non un mandato »;

quella del 4 maggio 1897 della Corte d'appello di Genova (8), che pronunciò « costituire vero e proprio compromesso, e non un semplice mandato peritale, l'atto col quale gli interessati rimettono ad un liquidatore di accertare il danno alle cose caricate verificatosi durante il viaggio di una nave, ripartendo poi il danno stesso a carico di chi spetta a termine di legge e redigendo a tale effetto l'opportuno regolamento di avaria »;

quella del 21 dicembre 1871 della Corte d'appello di Milano (9), colla quale fu deciso che, « delegatasi da un testatore agli esecutori testamentari, da lui nominati, la facoltà di definire *ex bono et aequo*, inappellabilmente le contestazioni a cui il suo testamento poteva dar luogo, le persone che accettarono il testamento, debbono rispettare anche le decisioni di detti esecutori; e che in argomento non sono applicabili le teorie del compromesso e dell'arbitramento, ma quelle del mandato »;

quella del 27 luglio 1887 della Corte di cassazione di Torino (10), colla quale fu deciso che « i liquidatori nominati dalle parti per procedere alla sistemazione d'ogni loro contabilità, con dichiarazione che il loro operato sarà efficace ed obbligatorio fra le parti come se fosse stato fatto da esse stesse, e che queste dovranno darvi esecuzione, ogni eccezione e contraddizione rimossa, non sono a considerarsi quali arbitri, ma bensì come mandatari e rappresentanti veri e diretti dei contendenti »;

quella del 21 aprile 1882 pure della Corte Suprema torinese (11), che pronunciò: « Nell'incarico dato dalle due parti litiganti ai loro quattro consulenti, non di decidere a maggioranza, ma di formulare d'accordo una proposta di transazione su due punti di controversia, senza vincolo di termini e senza divieto di ritornare sulle prese deliberazioni, sinchè non sia seguita l'accettazione delle parti, non si contiene un compromesso, ma un mandato » (12);

infine quella del 10 giugno 1897 della Corte di cassazione di Firenze (13), di cui riportiamo la motivazione: « Se in qualche guisa il compromesso ha l'aspetto di un mandato in quanto dai compromettenti si conferisce agli arbitri un incarico determinato, non può per altro mai parlarsi del contratto di mandato formulato dal codice civile all'art. 1737, la cui essenza è di compiere un affare per conto

(1) Art. 10 del cod. proc. civ., e art. 1743 del cod. civ.

(2) *Geisser* c. *Tesio e Gatti* (*Giurispr. Ital.*, XVIII, 2, 709; *Giurispr.*, Torino, IV, 184; *Ann.*, I, 2, 211),

(3) Amar, op. cit., cap. VI, art. 1, n. 30, e monografia a pag. 76 del vol. VI dell'*Annuario di procedura civile* del Cuzzeri.

(4) Boncenne-Bourbeau, op. cit., vol. II (VI), ch. XXXI, pagine 491 e 493.

(5) *Traité de l'arbitrage*, ecc., titre IV, chap. II, n. 131, nota 2, pag. 74; titre VII, chap. XVI, n. 454.

(6) *Berti* e *Grandi* c. *Guerrini* (*Giurispr. Ital.*, XXI, 2. 126; *Monit. Trib.*, X, 698).

(7) *Bettoni* c. *Fiori ed altri* (*Giurispr.*, Torino, VII, 225).

(8) *Bertucci* c. *Società di Navigazione « Puglia »* (*Temi Genovese*, 1897, 269).

(9) *Longhi e Giangolini* (*Monit. Trib.*, XIII, 176).

(10) *Talacchini* e *Laschi* c. *Ferrovie Liguri* (*Monit. Trib.*, XVIII, 941).

(11) *Talacchini* c. *Laschi e Geisser* (*La Cassazione*, I, 324).

(12) V. anche la sentenza 12 ottobre 1893 della stessa Corte torinese, *Torcello* c. *Torcello* (*Monit. Trib.*, XXXV, 521), che giudicò il mandato a transigere non essere a confondersi col compromesso.

(13) *Prina nei Braganze* c. *Rastopulo* (*Mon. Trib.*, XXXVIII, 685). Conformemente aveva giudicato anche la Corte di cassazione torinese con sentenza 10 aprile 1883, *Manassero* c. *Martinotti* (*Giurispr.*, Torino, 1885, pag. 404).

del mandante, onde il mandatario agisce in di lui nome e lo rappresenta, ed al quale si riferisce e fa seguito il succitato art. 1739 che ne stabilisce la gratuità. L'arbitro per decidere una controversia e definire un affare, quando è stato assunto, riveste un ufficio indipendente, alla pari del magistrato ordinario, non rappresenta i compromettenti, nè agisce in loro nome, e non è legato che dai doveri della giustizia. E siccome, per principio generale, chi adempie un incarico che porta lavoro ha diritto di essere remunerato, all'arbitro per la sua opera è dovuto indubbiamente un adeguato onorario, tenuto conto dell'entità della medesima ».

23. Finalmente dobbiamo accennare che gli arbitri conciliatori, de' quali parla l'art. 402 del cod. di proc. civ., sono affatto distinti dagli arbitri del compromesso. Infatti, essendo loro commesso di tentare la conciliazione delle parti, se non riescono, non esercitano punto l'ufficio di giudice, che è l'ufficio proprio degli arbitri nell'arbitramento, ma quello di periti. Essi sono chiamati unicamente a dare il loro parere, parere che non solo non ha virtù di legare l'opinione del magistrato giudiziario nei suoi risultati finali, ma non può nemmeno di per sè solo costituire per il giudice la prova dei fatti sul quale è basato (1).

Invece gli arbitri propriamente detti sono chiamati a pronunciare un vero giudizio in luogo e vece dell'Autorità giudiziaria, e la loro sentenza, resa efficace dal pretore, è in tutto parificata alle sentenze dell'Autorità giudiziaria. La differenza adunque fra l'istituto del compromesso e quello degli arbitri conciliatori è troppo evidente perchè meriti ulteriori parole (2). Solo è forse a deplorare che il legislatore abbia adoperato per designare i conciliatori periti dell'art. 402 del codice di procedura, questo vocabolo di *arbitri*, che può ingenerare confusione.

Capo IV. — Se il compromesso sia sempre libero per le parti.

24. Il compromesso è in massima sempre libero per le parti. — 25. Tre eccezioni. — 26. Non costituisce eccezione la legge 29 maggio 1873 sui consorzi di irrigazione. — 27. Non l'articolo 14 del codice per la marina mercantile. — 28. Non l'art. 17 della legge sull'emigrazione. — 29. Gli arbitri conciliatori (art. 402 del cod. proc. civ.) non costituiscono una deroga al principio della libertà del compromesso.

24. Nella nostra legislazione il compromesso è essenzialmente volontario, cioè in ogni caso libero per le parti. Essa ha accordato una vera facoltà ai cittadini di preferire alle Autorità giudiziarie istituite dal pubblico potere, giudici scelti da essi. Nessuno può essere costretto a compromettere. L'art. 8 del cod. di proc. civile ha sancito il principio dichiarando che le controversie *si possono* compromettere. E sta bene che questo principio sia accolto dalla legislazione, perchè, come scrive il Ricci, « i cittadini faranno uso della facoltà loro concessa, quando lo crederanno opportuno; ma il potere sociale non può mai ricusarsi di amministrare la giustizia a chi fa ricorso a lui per averla » (3).

25. Tre sole eccezioni noi crediamo siano fatte al principio che il compromesso è libero per le parti. Una è posta nella legge 4 luglio 1857, n. 2325, sul riordinamento delle Università israelitiche; un'altra nella legge 25 maggio 1876, n. 3124, sulla devoluzione al Demanio dello Stato, ai possessori e ai Comuni delle terre della Sila regia nelle Calabrie; una terza nell'art. 98 della legge 17 luglio 1890 sulle istituzioni di pubblica beneficenza.

La prima di quelle leggi, dopo aver stabilito una speciale imposta a carico dei membri delle Università israelitiche, dispone nell'art. 21 che sui richiami dei contribuenti, i quali si reputino indebitamente gravati nel riparto e le cui istanze non siano state accolte dal Consiglio di amministrazione, provvederà definitivamente una Commissione composta di tre arbitri, nominati uno dal Consiglio stesso, un altro dal contribuente che reclama, e il terzo di comune accordo, e in caso di dissenso, dall'intendente (in oggi prefetto) della provincia.

La seconda dispone nell'art. 15 che in ogni capoluogo di mandamento dove sono terre della Sila, è formato un collegio di tre arbitri inappellabili, scelti uno dal prefetto della provincia, e due dal presidente del tribunale civile; che questi arbitri provvedono collegialmente a speciali accertamenti e determinazioni in quella legge indicati, ad assegnare a ciascun Comune interessato la quota delle terre ad esso spettanti, e a giudicare su tutte le controversie che possono sorgere per l'esecuzione della ripetuta legge.

La terza, quella cioè sulle istituzioni di pubblica beneficenza, stabilisce all'art. 98 che nelle città sedi di facoltà medico-chirurgiche, gli ospedali sono tenuti a fornire il locale ed a lasciare a disposizione i malati ed i cadaveri occorrenti per i diversi insegnamenti; che agli ospedali è dovuta un'indennità equivalente alla differenza fra le spese che essi incontrerebbero se non dovessero provvedere al servizio per gli insegnamenti, e le maggiori spese cagionate da tale servizio; che in ogni caso di disaccordo così circa la estensione dell'obbligo degli ospedali, come circa la indennità, decidono tre arbitri. Uno degli arbitri deve essere nominato dal rappresentante l'Università o l'istituto di studi superiori, l'altro dall'amministrazione dell'ospedale ed il terzo dai due arbitri di comune accordo. Ove l'accordo non avvenga, il presidente della Corte d'appello, a richiesta della parte più diligente, nomina il terzo arbitro. Gli arbitri decidono come amichevoli compositori, e la loro sentenza sarà inappellabile, osservate le forme e per gli effetti preveduti dal codice di procedura civile (4).

26. A prima giunta si potrebbe credere che stabiliscano l'arbitramento coattivo alcune altre leggi. Così la legge 29 maggio 1873 sui consorzi di irrigazione facoltativi ed obbligatori, nell'articolo 5 accorda a questi consorzi la facoltà di stabilire nell'atto di loro costituzione o nel regolamento che le controversie fra soci o fra soci ed il consorzio siano decise col mezzo di arbitri. Così nell'art. 349 della legge sui lavori pubblici (allegato *F* di quella sul-

(1) Sentenze 5 gennaio 1875 della Corte di cassaz. di Firenze, *Las ialfare* c. *Viti* (*Ann.* IX, 1, 17), 19 gennaio 1883 della Corte d'app. di Torino, *Guglielmetti* c. *Rosazza-Gab.* (*Giur.*, Torino, XX, 487).

(2) Amar, op. cit., capo IV, n. 22.

(3) Op. cit., titolo I, pag. 2. — Anche la legge 15 giugno 1893 sulla istituzione dei collegi di probi-viri, è informata allo stesso principio, dichiarando essa nell'art. 12 che: per le controversie, che ai sensi dell'art. 9, eccedono la competenza della giuria, questa potrà, *per volontà delle parti*, essere adita in qualità di collegio arbitrale.

(4) Era proprio necessario che la legge dicesse *sarà inappellabile la loro sentenza*, di fronte alla norma generale posta nel n. 1 dell'art. 28 del codice di procedura civile, che le sentenze degli arbitri non sono appellabili quando siano stati autorizzati a pronunciare come amichevoli compositori?

l'unificazione amministrativa del 20 marzo 1865) è detto che « nei capitoli d'appalto potrà prestabilirsi che le questioni tra l'amministrazione e gli appaltatori siano decise da arbitri ». Ma è facile vedere che a tutto rigore non può dirsi coattivo nei casi ricordati l'arbitramento, perchè l'obbligo di sottomettersi al giudizio degli arbitri non sorge dalla legge, ma da una facoltà delle parti di prestabilire che tutte le controversie che fossero per sorgere da un contratto siano rimesse alla decisione degli arbitri. Si tratta insomma di una vera *clausola compromissoria*, che il codice di procedura civile permette sia stipulata in ogni contratto per la decisione delle controversie che nell'esecuzione di esso potessero sorgere (1). È vero che nel caso dei consorzi per la irrigazione può essere la maggioranza che si impone alla minoranza; ma, se è pur necessità che nelle comunioni costituenti persona giuridica, la maggioranza prevalga, non cessa l'accettazione della clausola compromissoria di essere una mera facoltà lasciata ai componenti la persona giuridica.

27. Un'altra disposizione legislativa, quella dell'art. 14 del codice per la marina mercantile del 25 giugno 1865, poteva far credere ad un altro caso di arbitramento coattivo. In quest'articolo era detto che « i capitani di porto nel circondario dove è posto il capoluogo di un compartimento, e gli ufficiali di porto nel rispettivo circondario, sono *arbitri necessarii* delle controversie non eccedenti le lire duecento nei casi dall'articolo stesso menzionati ». Il dubbio però che il legislatore avesse voluto creare un arbitramento coattivo, dubbio che avrebbe fatto credere alla necessità di un provvedimento dell'Autorità giudiziaria dichiarante esecutorio il pronunciato di tali arbitri necessari, tuttochè l'articolo 15 aggiungesse che « il provvedimento dell'ufficiale di porto si avrà come titolo esecutivo », fu tolto dalla legge 24 maggio 1877, che introdusse molte modificazioni al codice per la marina mercantile. Nel testo unico di detto codice, pubblicato col reale decreto 24 ottobre 1877, si sostituì alla prima parte su riportata dell'articolo 14, la seguente: « I capitani di porto nel circondario dove è posto il capoluogo di un dipartimento, e gli ufficiali di porto nel rispettivo circondario, decideranno le controversie non eccedenti il valore di lire quattrocento nei casi seguenti, ecc. ».

Dalla quale nuova dizione, e più ancora dalla Relazione della Commissione senatoria e dalla discussione seguita nella Camera dei deputati, del disegno della citata legge 24 maggio 1877, risulta pienamente manifesto che il legislatore non aveva inteso di dare a quegli ufficiali il carattere di veri arbitri e tanto meno di richiedere per l'efficacia della loro decisione un atto dell'Autorità giudiziaria; che invece quegli ufficiali per rispetto alle controversie loro assegnate sono veri giudici, hanno una competenza assoluta ed esclusiva, che costituisce una deroga alle norme generali di competenza assoluta poste nel capo I, titolo II, libro I del codice di procedura civile (2).

28. Finalmente un caso di arbitramento coattivo potrebbe riscontrarsi nella legge del 30 dicembre 1888 sull'emigrazione. Per le disposizioni dell'articolo 17 l'emigrante od emigrato, che voglia esercitare l'azione di risarcimento contro l'agente di emigrazione, può entro il mese dall'arrivo al porto di destinazione, e qualora la partenza non sia seguita, entro il mese dalla scadenza del termine stabilito per la partenza dal contratto coll'agente, reclamare al console dello Stato, dove egli sia arrivato, o al prefetto della provincia dove stipulò il contratto; il reclamo è sottoposto ad una Commissione di arbitri, che opera in ogni provincia, composta del prefetto, del presidente del tribunale, del procuratore del re e di due consiglieri provinciali. Questa Commissione giudica colle norme prescritte dall'articolo 21 del codice di procedura civile, che regola il modo di formazione delle sentenze degli arbitri propriamente detti; e alla sentenza devono applicarsi gli articoli 22, 23, 24 e 27 dello stesso codice di procedura, per i quali la sentenza, come quella dei veri arbitri, deve essere pronunciata nel Regno, depositata alla cancelleria della pretura del mandamento in cui fu pronunciata, e resa esecutiva per decreto del pretore (3). Anzi la legge aggiunge che terrà luogo dell'atto di compromesso, voluto dall'articolo 24 del codice, e che deve essere depositato colla sentenza, il contratto stipulato dall'agente depositato alla capitaneria del porto, e sostituirà la procura, prescritta dallo stesso articolo 24, una lettera ufficiale del prefetto (4).

Una disposizione del citato articolo 17 intorno alla quale è necessario che sostiamo alquanto, è quella posta in principio del quinto capoverso. In essa è detto che « la Commissione di arbitri sarà competente, nonostante qualunque patto in contrario ».

L'applicazione di questa norma ha suscitato una grave questione. Trattasi di vedere se con essa il legislatore abbia voluto istituire un compromesso obbligatorio.

La Corte d'appello di Milano, con sentenza 24 giugno 1891, in causa *Valli* contro *Gondrand* (5), dichiarò che la competenza speciale di questa Commissione non è obbligatoria per l'emigrante od emigrato in confronto dell'agente di emigrazione; ma costituisce per esso una facoltà, sicchè è a ritenersi sempre in diritto di adire l'autorità giudiziaria ordinaria. La Corte di Milano così ragionava: « Non vale l'obietto che si vorrebbe dedurre dal quinto capoverso del ripetuto articolo 17, ove si dice che la Commissione di arbitri sarà competente, non ostante qualunque patto in contrario, perchè questa disposizione non va presa isolatamente, ma coordinata e posta in armonia colla precedente; e da un siffatto complessivo e razionale esame si fa palese che la stessa allude unicamente al caso in cui esistesse fra le parti

(1) Cuzzeri, op. cit., nota 9 del commento all'art. 8.

(2) Vedi il Documento n. 2-*A* negli Atti della Sessione 1876 del Senato, e il verbale della tornata 7 maggio 1877 della Camera elettiva. — V. anche il Mattirolo, op. cit., vol. I, n. 723, nota 5; Cuzzeri, op. cit., nota 9 del commento all'art. 8; Amar, op. cit., 2ª ediz., capo III, in nota al n. 17. — È strano che in questa edizione del 1879 si accenni al codice per la marina mercantile del 1865, senza ricordare la legge modificatrice del 24 maggio 1877.

(3) Questo è veramente uno dei casi in cui si può dire che il pretore *rende esecutiva* la sentenza degli arbitri, perchè la legge sull'emigrazione dichiara che la sentenza della Commissione è *definitiva* e contro la medesima non è ammesso appello o ricorso in cassazione.

(4) Le disposizioni qui sopra ricordate sono rese piene con quelle dell'art. 22 del regolamento 10 gennaio 1889, per la esecuzione della legge, 30 dicembre 1888 sull'emigrazione. In esse si dice che è rimesso alla Commissione d'arbitri istituita coll'art. 17 della legge di stabilire i termini ed il modo di procedimento nelle vertenze fra gli emigranti e l'agente devolute alla sua cognizione; il che toglie ogni dubbio potessero suscitare le disposizioni della legge, che la Commissione non dovesse sentire l'agente prima di pronunziare la sua sentenza.

(5) *Monit. Trib.*, XXXII, 935.

un patto intorno alla nomina degli arbitri diversi da quelli chiamati per legge a formare la Commissione arbitrale dianzi accennata » (1).

La Corte di cassazione di Torino, con sentenza 10 giugno 1892 (2), ha opinato diversamente e cassato la sentenza della Corte di Milano, dichiarando *assoluta* ed *improrogabile* la competenza speciale stabilita dalla legge 30 dicembre 1888. E il prof. Mattirolo (3), restringendosi a riportare il disposto del capoverso dell'articolo 17 e a ricordare la sentenza della Corte di cassazione torinese, dichiara esso pure *assoluta* e *improrogabile* la competenza speciale in quell'articolo stabilita.

Nonostante l'autorità grandissima del Mattirolo, noi non esitiamo a dichiarare che l'argomentazione della Suprema Corte di Torino è tutt'altro che persuasiva; anzi essa è troppo manifestamente contraria non solo allo spirito ma alla lettera della legge (4). Accenneremo brevemente le semplicissime ragioni che ci pare giustifichino pienamente l'opinione nostra.

Dobbiamo però premettere che da tutte le disposizioni della legge 30 dicembre 1888, come pure dagli atti parlamentari da cui fu preceduta, risulta a fior d'evidenza che quella legge fu creata a tutto favore degli emigranti, a fine di proteggerli contro le angherie e le amare delusioni a cui erano ad opera degli agenti di emigrazione per lo addietro esposti. Ciò diciamo per conchiudere che, se la legge presentasse in qualche parte un dubbio, questo dovrebbe essere sempre risolto in senso favorevole all'emigrante od emigrato.

Premettiamo ancora che l'articolo 17 della legge, parlando dell'azione che l'emigrante od emigrato può spiegare contro l'agente di emigrazione, si riferisce evidentemente ed unicamente all'azione per ottenere il risarcimento dei danni da esso patiti per colpa dell'agente. Infatti questo articolo, che dice: « L'emigrante o emigrato *potrà* intentare la sua azione contro l'agente », non è che la continuazione della disposizione del precedente articolo 16, nel quale sta scritto: « la cauzione risponde dei danni patiti dall'emigrante per colpa dell'agente e risponde delle indennità che gli spettano in esecuzione di questa legge ».

Ciò premesso, noi osserviamo:

I. Che quella parola *potrà* dell'art. 17, secondo il naturale significato delle parole, accenna non ad un *obbligo* dell'emigrante di adire la Commissione, ma ad una *facoltà;* gli lascia cioè la scelta fra la Commissione arbitrale e l'ordinaria autorità giudiziaria. Se il legislatore avesse voluto imporre un obbligo avrebbe in luogo di essa adoperato la parola *dovrà;* che è quanto arbitrariamente vuole la Corte Suprema, facendo dire al legislatore l'opposto di quanto chiaramente ha detto (5).

II. Che a rendere meglio palese, anzi ad accertare in modo indiscutibile essere stata la facoltà di scelta fra la competenza speciale e l'ordinaria, accordata dal legislatore, sta il secondo capoverso del precedente art. 4, il quale dispone: « La cauzione (a cui è tenuto l'agente), salvo che penda giudizio a carico dell'agente *innanzi ai tribunali ordinari*, o innanzi alla *Commissione arbitrale*, di cui all'art. 17 della presente legge, sarà restituita quattro mesi dopo che l'agente sia morto, o, ecc. ». Ora, se l'azione dell'emigrante od emigrato, che è, come dimostrammo, la sola azione di risarcimento dei danni, dovesse essere necessariamente spiegata avanti la Commissione arbitrale, il legislatore non avrebbe indicato le due accennate ipotesi del giudizio pendente avanti i tribunali ordinari, o pendente innanzi alla Commissione arbitrale.

III. Che la disposizione del quinto capoverso dell'articolo 17: « Questa Commissione di arbitri sarà competente nonostante qualunque patto in contrario », sulla quale specialmente fondano la loro opinione la Corte di cassazione di Torino e il Mattirolo, fu introdotta dal legislatore nell'evidente intento di impedire che l'agente di emigrazione introduca nel contratto di arruolamento dell'emigrante qualche patto che imponga a questi la rinuncia al giudizio arbitrale, cioè al favore che intese fargli la legge, accordandogli un mezzo facile, pronto e meno dispendioso di ottenere l'indennità; al quale però egli può rinunciare o essere dalla necessità delle cose spinto a rinunciare per battere la via meno facile, meno pronta e più dispendiosa di un giudizio avanti le autorità ordinarie.

IV. Che, accettando la dottrina della Corte Suprema torinese, la legge, che dicemmo fatta principalmente, anzi esclusivamente a proteggere l'emigrante da tutte le angherie e delusioni che gli provengono dagli agenti, si trasmuterebbe in sommamente pregiudizievole per esso, dappoichè la sua azione contro l'agente per il risarcimento dei danni si prescriverebbe nel brevissimo termine di giorni trenta e in moltissimi casi sarebbe impossibile, specialmente all'emigrato, e tanto più agli eredi di esso in caso di sua morte all'estero, di spiegare l'azione in termine così breve.

V. Che, infine, l'avere la legge fissato all'emigrante od

(1) V. il secondo capoverso della pag. 936 del citato volume XXXII, del *Monit. Tribun.* La sentenza della Corte milanese avrebbe forse meglio potuto accennare che il motivo vero da cui è stato mosso il legislatore a dare la disposizione di cui è parola, fu, come diciamo più innanzi, di impedire che l'agente di emigrazione con un patto del contratto di emigrazione tragga l'emigrante a rinunciare al beneficio del giudizio avanti la Commissione arbitrale.

(2) *Monit. Trib.*, XXXIII, 670.

(3) Op. cit., vol. I, in nota al n. 724.

(4) Di questo parere si è dichiarata anche la Redazione del *Monitore dei Tribunali* in una nota alla sentenza. Noi abbiamo già sostenuto brevemente la nostra opinione nella *Enciclopedia di Amministrazione, Industria e Commercio* (sotto la voce *Compromesso*), edita dalla Ditta dottor Francesco Vallardi, di Milano. E qui non esitiamo a dichiarare che la sentenza della Suprema Corte è il colmo della cavillazione!

(5) Chi volesse persuadersi della verità di quanto dicemmo intorno al cavillare della Corte di cassazione di Torino (V. la nota precedente) non ha che a leggere quanto nella citata sentenza di essa è scritto a proposito di questo *potrà*, molto duro davvero a masticare. La Suprema Corte all'osservazione che il *potrà* accenna ad una facoltà e non ad un obbligo di adire la speciale Commissione d'arbitri, contrappone che « la frase *potrà intentare*, coordinata coll'intero testo della legge, apertamente si riferisce al solo modo di presentare il reclamo in uno o in altro luogo ed in carta libera esente da ogni tassa, ecc. ». Lasciando da parte il nessun valore di un argomento così lato, qual è quello *del coordinamento della disposizione coll'intero testo della legge*, preghiamo il lettore di sostituire nella disposizione commentata alla parola *potrà* in essa adoperata, la parola *dovrà*, e poi ci dica se con ciò andrebbe minimamente menomata per l'emigrato la facoltà della scelta di presentare il reclamo in uno o in altro luogo. Anche col *dovrà* l'emigrato sarebbe pienamente libero di produrre il reclamo o al console del luogo di arrivo, o al prefetto della provincia nel cui territorio il contratto di emigrazione seguì,

emigrato un termine, e così breve, per adire la Commissione degli arbitri, senza espressamente dichiarare che con ciò si voleva derogare alle norme generali del codice civile, regolatrici dei termini ordinari delle prescrizioni delle azioni, è non lieve indizio che il legislatore intese *soltanto* di limitare nel tempo la facoltà dell'esercizio dell'azione dell'emigrante od emigrato avanti la accennata Commissione.

Concludendo, noi crediamo che il compromesso stabilito dalla legge sull'emigrazione sia obbligatorio per l'agente di emigrazione; libero per l'emigrante od emigrato.

29. Dopo quanto già dicemmo intorno agli arbitri conciliatori ed alla loro missione, è inutile avvertire che essi non costituiscono in alcun modo una deroga al principio che il compromesso è sempre libero per le parti, ossia volontario. Ricordiamo che in forza degli articoli 402 e seguenti del codice di procedura civile, gli arbitri conciliatori sono qualche cosa di mezzo fra i conciliatori ed i periti; ma in nessun caso hanno l'ufficio che si deferisce agli arbitri, di dare cioè una decisione a cui le parti siano obbligate di attenersi (1).

Capo V. — Chi possa compromettere.

30. Il compromesso è opera soltanto di persone capaci. — 31. Se sia beneficio da accordarsi anche alle persone soggette ad amministrazione. Codice francese. — 32. Il compromesso non implica l'abbandono condizionale del diritto. — 33. Il codice ginevrino in argomento. — 34. Codici già vigenti in Italia. — 35. Il codice italiano. — 36. Obiezioni al sistema accolto dal codice italiano. — 37. Formazione dell'art. 9 del codice di procedura civile italiano. — 38. Per le persone soggette ad amministrazione il compromesso è equiparato alla transazione. — 39. *Persone fisiche.* — 40. *a*) Minori soggetti alla patria potestà. — 41. È opinione comune che alla validità del compromesso sia necessaria l'approvazione giudiziale. — 42. Non è da accogliersi. — 43. *b*) Minori sotto tutela. — 44. *c*) Minori emancipati. — 45. *d*) ed *e*) Interdetti e inabilitati. — 46. *f*) Donna maritata. — 47. *g*) Rappresentanti dell'assente. — 48. *h*) Erede con beneficio d'inventario e Curatore di eredità giacente. — 49. *i*) Falliti. — 50. *j*) Curatore del fallimento. — 51. *l*) Mandatari. — 52. *m*) Liquidatori di società commerciale. — 53. *Persone morali.* — 54. Lo Stato. — 55. Le Provincie e i Comuni. — 56. Istituti di pubblica beneficenza; istituti pubblici civili ed ecclesiastici. — 57. Società civili. — 58. Società commerciali. — 59. In nome collettivo. — 60. In accomandita. — 61. Anonime. — 62. Associazioni in partecipazione. — 63. Non è necessaria l'approvazione dell'atto di compromesso per l'amministratore che ebbe la preventiva autorizzazione. — 64. Non è procedibile la domanda di autorizzazione proposta nel giudizio di nullità per la mancanza di essa. — 65. Nullità del compromesso per incapacità delle parti.

30. Il compromesso, al pari di ogni altro contratto, può essere l'opera soltanto di persone capaci, le quali cioè abbiano la libera amministrazione dei loro beni, quindi la piena disponibilità dell'oggetto su cui il compromesso va a cadere (2). Infatti col compromesso si contrae un'obbligazione, quella di stare a quanto avranno gli arbitri determinato intorno all'oggetto controverso; esso è quindi un modo speciale di disporre della cosa propria; ed è evidente che a chi non ha la facoltà di contrarre obbligazioni se non per mezzo di interposte persone o col concorso di certe autorizzazioni, non può concedersi di compromettere se non col mezzo di dette persone o col concorso di quelle autorizzazioni (3).

31. Se non che prima del nostro codice di procedura civile, che in questa materia ha segnato un vero e largo progresso, si è voluto dai legislatori, dalla dottrina e dalla giurisprudenza fare una troppo rigorosa applicazione del principio che per validamente compromettere è necessaria la libera disponibilità della cosa, oggetto del compromesso. Accolsero bensì la giusta massima: *illi possunt compromittere qui possunt efficaciter obligari*, ma ne trassero la conseguenza che i minori e in generale le persone sottoposte ad amministrazione e che non avevano la piena libertà di disporre delle proprie sostanze fossero assolutamente incapaci di fare compromessi; in altre parole, non era loro concesso di valersi del compromesso.

Il legislatore francese infatti aveva nudamente disposto nell'art. 1003 del codice di istruzione civile del 1806: «Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition». E i commentatori si fecero a dichiarare che non si poteva, senza commettere ingiustizia, ricusare a colui che la legge autorizza a disporre liberamente di un diritto qualsiasi, la facoltà di sottomettere al giudizio di arbitri la questione di sapere s'egli deve perdere o conservare questo diritto o in qual modo può goderne. Ma che invece era giusto di non accordare questa facoltà a colui che non può disporre liberamente del diritto che egli contesta o è a lui contestato. Il compromesso, infatti, dicevano essi, costituisce una vera alienazione, almeno condizionata, poichè obbliga colui che lo sottoscrive ad abbandonare il diritto litigioso, se gli arbitri a ciò lo condannano. L'autorizzare pertanto a compromettere su diritti di cui non si può disporre sarebbe permettere di fare con un mezzo indiretto quanto la legge proibisce di fare direttamente. Contraddizioni di questa fatta non possono essere tollerate dalla legge (4).

E dopo simile esordio gli scrittori francesi si domandano se il tutore autorizzato dal consiglio di famiglia possa, coll'adempimento delle formalità poste dall'art. 467 del codice civile, riguardante le transazioni, validamente compromettere per l'interesse del minore o dell'interdetto, se il minore possa coll'assistenza del tutore compromettere; se e fin dove lo possa il minore commerciante; se il minore emancipato, la donna separata di beni; se la persona provveduta di consiglio giudiziario, ecc.; e in generale, salve molte distinzioni che si risolvono nel vedere, in relazione alla disposizione dell'art. 1003, se nel caso speciale la persona ha la libera disponibilità dell'oggetto della controversia, rispondono, insieme colla giurisprudenza, negativamente (5).

32. È facile vedere che il ragionamento fatto dagli scrittori francesi per giungere a queste conseguenze era erro-

(1) V. n. 23 Amar, op. cit., capo VI, n. 22.

(2) Il nuovo regolamento del processo civile austriaco del 1° agosto 1895 dichiara efficace il compromesso quando le parti hanno la capacità di transigere sull'oggetto della controversia, § 577.

(3) Triani, op. cit., pag. 275.

(4) Mallarmé, *Relazione al Consiglio di Stato*, riportata sotto la voce *Arbitrage* (nota al n. 36), nel Dalloz. — V. anche Carré et Chauveau, op. cit., art. 1003, DXCVII, in cui pure si ricordano le parole di Mallarmé.

(5) Carré et Chauveau, op. cit., Quest. 3251 e seg.; Berriat-Saint-Prix, *Cours de procédure civile*, *Des Arbitres*, § 1, Bruxelles 1837; Mongalvy, op. cit., titre V, ch. VI; Boitard, *Leçons*, ecc., *sur l'article 1003*, ecc.

neo. Infatti non può ammettersi che il compromesso implichi l'abbandono condizionale del diritto. Il lodo degli arbitri, come giustamente osserva il Triani (1), sostituisce la sentenza dei tribunali ordinari, e nessuno direbbe che il soccombente avanti le Autorità giudiziarie ordinarie abbia condizionalmente rinunciato al proprio diritto quando lo dedusse in giudizio. « La rinuncia nel compromesso, scrive l'egregio autore, non cade sul diritto, chè anzi si vuole difenderlo ad oltranza davanti agli arbitri; ma cade sulla persona dei giudici, sulle forme del procedimento e qualche volta sui rimedii contro le sentenze; in una parola, sui mezzi di difesa che la legge offre al diritto. E non è rinuncia assoluta, equivalente cioè all'abbandono, ma è fatta a fine di sostituirvi altre difese che paiono più idonee e migliori, e talvolta di fatto lo sono ».

33. Il codice di procedura ginevrino, dovuto al celebre professore Pietro Francesco Bellot, segue, quanto alla capacità dei contraenti, le orme del francese. Anzi si è spinto più innanzi: il concetto dell'assoluta incapacità a far compromessi in chi non può disporre liberamente della propria sostanza appare ancor più chiaro e preciso, perchè a differenza del codice francese, il quale, come vedemmo, dice: « tutte le persone possono compromettere sui diritti di cui hanno la libera disposizione », nell'articolo 335 del ginevrino si legge: « les personnes ayant le libre exercice de leurs droits et de leurs actions, pourront soumettre à des arbitres la décision de leurs différends ». E l'*Exposé des motifs* aggiunge, a rendere più assoluto il concetto espresso nel testo del codice, queste poche parole: « il fallait ici assurer la protection due à la faiblesse », senza che trasparisca in alcun modo l'idea che anche per le persone più o meno incapaci il compromesso possa essere un beneficio, e che le cautele richieste per la transazione possano bastare anche per il compromesso a garantire il diritto di dette persone (2).

34. E ai principî del codice francese e del ginevrino può dirsi che in generale si sono uniformati i codici già vigenti in Italia.

Il regolamento legislativo e giudiziario del 1834 per gli ex-Stati pontifici, all'articolo 1746 ripete la formola del codice ginevrino: « Tutti coloro che hanno il libero esercizio dei propri diritti potranno compromettere in uno o più arbitri le liti che sono o possono essere promosse ».

Il codice di processura civile del 1820 per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla si attiene anch'esso al concetto più largo ed assoluto del codice ginevrino, perchè nell'articolo 5 dice: « Ognuno che abbia la libera amministrazione dei propri beni può compromettere in uno o più arbitri le liti che sono o possono essere promosse ». E lo stesso può dirsi pel regolamento organico dei tribunali toscani del di 13 settembre 1814, che all'articolo 10 dispone: « I compromessi sono autorizzati e permessi per le cause di prima istanza e *per le sole persone che hanno l'amministrazione delle cose sue* (*sic*) ».

Infine il codice di procedura civile per gli Stati di S. M. il re di Sardegna del 20 novembre 1859 ripeteva nell'articolo 1103 puramente e semplicemente la disposizione dell'articolo 1003 del codice di istruzione francese: « Chiunque può compromettere intorno ai diritti dei quali può liberamente disporre ».

(1) Op. cit., pag. 277.

(2) Bellot, *Loi sur la procédure civile du Canton de Genève, avec l'exposé des motifs*, 2ª édit., pag. 126, Paris 1837.

Nulla invece di simile aveva il regolamento generale del processo civile pel regno Lombardo-Veneto del 1815; il legislatore si riportava tacitamente alle norme generali che regolavano le persone incapaci, e perciò il genitore, il tutore, il curatore avrebbero, colla autorizzazione del giudice, potuto compromettere nell'interesse delle persone dei cui beni tenevano in quella qualità l'amministrazione (3).

Dedurre dal principio che per compromettere è necessaria la facoltà di disporre liberamente delle cose che ne formano l'oggetto, la conseguenza dell'incapacità assoluta a compromettere per coloro che non possono liberamente disporre della loro sostanza, era, lo ripetiamo, evidente errore; anche perchè, come osserva il Cuzzeri, « questa deduzione avrebbe condotto a negare assolutamente agli incapaci la facoltà di alienare i propri beni, mentre questa alienazione è espressamente permessa dalla legge, purchè sia fatta colle autorizzazioni e colle garanzie da essa prescritte, le quali perciò dovevano ritenersi sufficienti anche per deferire agli arbitri le controversie che riguardano gli incapaci » (4).

35. Nonostante l'evidenza di queste ragioni non fu cosa di poco momento pel legislatore italiano l'abbandonare ogni avanzo degli antichi pregiudizii contro il compromesso ed il riuscire ad una riforma veramente commendevole.

La proposta di essa si deve al ministro Pisanelli. Nella Relazione che accompagna il disegno del codice di procedura civile, troviamo: « Ma a differenza dei vigenti codici, il progetto riconosce la facoltà di compromettere al tutore, agli altri amministratori e generalmente a coloro che non hanno il libero esercizio dei loro diritti; a tutela però delle persone interessate viene stabilito che il compromesso non avrà effetto se non quando sia approvato nei modi richiesti per la transazione. Si cercò in tal guisa di equiparare il compromesso alla transazione.

« Non si disconosce che tra l'uno e l'altra passa una grave differenza. Nella transazione le parti conoscono preventivamente non solo l'oggetto di essa, ma ancora i sacrifizî che ciascuna di esse fa in corrispettivo della rinuncia fatta dalle altre; nel compromesso invece le parti si obbligano di sottomettersi ad una decisione ancora sconosciuta, s'impongono reciprocamente dei sacrifizi dei quali ignorano ancora la estensione.

« Pare tuttavia miglior partito di ammettere l'arbitramento anche nell'interesse dei minori e delle altre persone che non possono disporre liberamente della cosa controversa, poichè il negarlo assolutamente sarebbe stato in certi casi togliere alle medesime un vero benefizio. La natura della controversia può richiedere che questa sia definita senza l'osservanza delle forme e la pubblicità d'un giudizio; le spese ed i ritardi inseparabili da un procedimento giudiziario costituiscono talvolta un danno irreparabile. Si pensò inoltre che l'approvazione del consiglio di famiglia e l'intervento dei tribunali per l'omologazione del compromesso escludono il pericolo che esso possa tornare a danno della persona incapace. La natura delle questioni, il maggiore o minore fondamento delle pretese delle parti, le condizioni di scienza e di moralità degli arbitri saranno bilanciate, non solamente dal consiglio di famiglia, ma altresì dall'Autorità giudiziaria nell'omologare il compromesso » (5).

(3) §§ 149, 233 e 282 del codice civile austriaco.

(4) Cuzzeri, op. cit., nota 1ª all'art. 9.

(5) Pag. 9 dell'edizione ufficiale.

36. Tuttochè queste ragioni addotte dal Pisanelli giustificassero pienamente la sua proposta, pure non fu leggera l'opposizione ch'essa incontrò in seno alla Commissione legislativa; ed i motivi di merito che furono messi avanti per oppugnarla è bene sieno pure riportati, perchè fanno meglio conoscere il concetto del legislatore, l'estensione dei suoi precetti, la giustizia e la convenienza della innovazione.

Si disse adunque che i diritti delle persone soggette a tutela o ad amministrazione devono essere sperimentati ed assicurati colle garanzie ordinarie, e che è esorbitante l'attribuire la facoltà di compromettere alla persona di un rappresentante della parte sebbene autorizzato; sicchè la novità non aveva riscontro in alcun'altra legislazione.

Si disse che veramente non si poteva negare che in certi casi il far compromesso sarebbe per riuscire utile anche ai minori; ma, generalmente, non riuscirebbe, come dimostrano le stesse cautele con le quali, secondo la proposta, si ammette la facoltà nei tutori di farlo. E veramente gli arbitri deciderebbero o come giudici o come amichevoli compositori. Se come giudici, a che pro non valersi degli ordinarii? Se come amichevoli compositori, non sarebbe imprudente esporre le ragioni dei minori ai pericoli di collusioni e di frodi senza i rimedii dell'appello e della cassazione? Nè si può fare grande assegnamento nell'approvazione dell'Autorità giudiziaria; la quale Autorità, ristretta ad omologare l'atto di compromesso, delibererebbe bensì l'apparenza della controversia, ma non potrebbe conoscere ed assicurare le qualità degli arbitri. Che se poi si fossero moltiplicate le cautele, ciò stesso avrebbe aumentato le spese e tolta una delle ragioni per cui compromettere.

Il poco valore di queste e simili ragioni appare manifesto se si mettono a confronto con quelle della Relazione Pisanelli; ed anche nel seno della stessa Commissione non mancò chi ebbe ad osservare che l'esercizio di tutte le facoltà può certamente essere causa di danni e di frodi; ma che dalla possibilità dei danni e delle frodi non è lecito argomentare, altrimenti si escluderebbe anche la transazione consentita ai minori; che i minori devono essere posti, salvo prevalente ragione, nella stessa condizione dei maggiori, sotto pena di sottometterli a trattamento quasi odioso, ordinando che il consenso dei minori valga meno del consenso dei maggiori; non potendosi del resto dalla facoltà del compromettere pei minori temer danno, stante la omologazione al compromesso dell'autorità giudiziaria e la responsabilità del tutore.

37. La Commissione però, prima di occuparsi definitivamente dell'argomento, credette conveniente di attendere quanto avrebbe deliberato l'altra cui era commesso lo studio del disegno di codice civile, il quale recava nell'articolo 310 la facoltà per il tutore di fare compromessi. E quando alla fine questa Commissione ebbe alla unanimità deliberato di conservare per il tutore la facoltà di far compromessi, giustificando il voto col dire che la tutela è stabilita nello scopo di rendere abile l'amministrato a compiere colle cautele dalla legge stabilite tutti gli atti della vita civile, nè si saprebbe veder motivo per impedire al tutore di usare, nell'interesse della persona da lui amministrata, di un mezzo così utile per definire le controversie, anche la Commissione pel codice di procedura civile adottò la massima e per renderla generale a tutte le persone soggette ad amministrazione, formulò l'art. 9 del progetto in questo tenore: « il compromesso che interessa coloro i quali non hanno la libera disposizione dei proprii beni, non avrà effetto se non quando sia approvato nei modi stabiliti per la transazione ».

Sulla proposta poi della Commissione di cui si concordava il Ministro, l'art. 9 risultò così definitivamente formulato: « Il compromesso fatto da un amministratore, o da chi non può liberamente disporre della cosa su cui cade la controversia, non ha effetto se non quando sia approvato nei modi stabiliti per la transazione ».

La Relazione ministeriale, colla quale fu richiesta la sanzione sovrana al codice di procedura civile, riassume in poche parole le ragioni per cui il Governo, valendosi dei poteri conferitigli dalla legge 2 aprile 1865, n. 2215, credette di adottare il principio espresso in detto articolo. « Fu dubitato della convenienza della facoltà di compromettere conceduta ai tutori ed amministratori della cosa altrui: senonchè il dubbio cessava, tra perchè il codice civile mantenuto aveva cotal sistema, e perchè fu considerato che se il compromesso è un benefizio, circondato altronde di serie e solide garantie, sarebbe improvvido partito pertanto negarlo alle persone soggette ad amministrazione o a tutela ».

38. Dalla disposizione dell'articolo 9 del codice di procedura civile poc'anzi riportato appare, come già avvertimmo, che, per quanto riguarda l'approvazione del compromesso a favore di persone soggette ad amministrazione, il compromesso è equiparato alla transazione. E sta bene perchè alle transazioni ed al compromesso è comune la condizione della facoltà di disporre liberamente dell'oggetto su cui il contratto deve cadere, giusta quanto è stabilito nell'articolo 1765 del codice civile, al quale l'articolo 9 del codice di procedura si è informato, e che così si esprime: « Per fare transazione è necessario che si abbia la capacità di disporre degli oggetti compresi in essa », vale a dire la facoltà di alienarli.

39. Noi però non possiamo accontentarci di aver riportato la massima generale posta nell'articolo 9 del codice di procedura civile; dobbiamo prendere in considerazione distintamente le diverse persone che non avendo la libera disposizione dell'oggetto in contesa, non possono accedere validamente al compromesso.

E incomincerem o dalle persone fisiche.

40. - *a*) Per i figli nati e nascituri soggetti alla patria podestà può compromettere il genitore che tale podestà esercita. Sarà però necessaria alla validità del seguito compromesso l'approvazione dell'autorità giudiziaria?

41. L'opinione affermativa è quella più comunemente accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Infatti il presidente Paoli scrisse: « essendo da ritenersi fuori di dubbio, che il padre di famiglia non può senza autorizzazione del giudice procedere ad alcuno di quegli atti per i quali il codice civile espressamente richiede la capacità di disporre liberamente delle cose proprie..., e poichè chi non può liberamente disporre della cosa su cui cade la controversia non può compromettere senza l'autorizzazione prescritta dalla legge, è chiaro che il padre di famiglia non può, *se non autorizzato*, compromettere in arbitri una questione concernente il patrimonio del figlio. Dove però la questione da compromettere riguardasse uno di quegli atti che il padre può esercitare liberamente, è da credersi che in questo caso il padre possa avere sempre libertà per compromettere » (1).

(1) *Nozioni element. di dir. civ.: Della capacità degli italiani agli atti della vita civile*, n. 87 (*Giorn. delle Leggi*, 1879, p. 174.)

Il Gargiulo, invocando il disposto dell'articolo 224 del codice civile, dice che per i figli minori sottoposti alla patria podestà, il padre non può compromettere sui loro beni se non per cause di necessità o di utilità evidente e mediante l'autorizzazione dei tribunali, salvo però il caso di azioni possessorie, o di questioni relative al conseguimento delle rendite o di casi d'urgenza; perchè se in queste ipotesi il tutore può fare compromessi senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia (articolo 296 del codice civile), a forziori lo può il genitore, che *plus juris habet in bonis filii, quam tutor in bonis pupilli* (Fabro, *Codex*, libro 2, tit. XXXIX, def. 10) (1).

Il Cuzzeri e l'Amar ripetono quanto scrive il Gargiulo (2). Anzi il Cuzzeri, a maggior sostegno della sua dottrina, fa appello alla giurisprudenza, scarsa a dir vero, e cita la sentenza 1° marzo 1880 della Corte d'appello di Modena, in causa *Zanichelli* contro *Braidi* (3), la quale pronunziò non essere nullo il compromesso stipulato dalla madre del minorenne senza la debita autorizzazione, quando sia stipulato in nome proprio e non nella qualità di madre; il che è quanto dire che la madre farebbe un compromesso nullo, se senza la debita autorizzazione stipulasse in nome del minorenne. Alla quale sentenza può essere aggiunta quella più recente 23 dicembre 1889 della Corte d'appello di Milano, in causa *Besozzi-Rabaglioni* contro *Bajoni* (4). Essa pronunciò che, quando l'oggetto del compromesso ecceda i limiti dell'amministrazione ordinaria, il compromesso stipulato dal genitore nell'interesse dei figli minori da lui rappresentati non è valido ove non intervenga l'autorizzazione del tribunale civile.

42. Nonostante le citate autorità (5) e sentenze, noi crediamo che alla validità del compromesso stipulato dal genitore in rappresentanza del figlio minorenne, non occorra in nessun caso l'autorizzazione del tribunale, quindi anche se l'oggetto del compromesso ecceda i limiti dell'ordinaria amministrazione.

E, per vero, nessuno può mettere in dubbio che il legislatore ha fatto una grande distinzione fra le attribuzioni del tutore e quelle del genitore esercente la patria podestà. I limiti dei poteri accordati al tutore sono di gran lunga più ristretti di quelli posti ai poteri del genitore. Basta mettere, per persuadersene, a confronto le disposizioni degli articoli 224, 225 e 226 del codice civile, in cui sono brevemente accennate le facoltà del genitore, con quelle molto particolareggiate degli articoli dal 277 al 301 riguardanti la tutela. Basta anche riflettere che di regola il tutore è tenuto a dare cauzione, mentre non lo è il genitore (6); che il tutore è tenuto al rendimento dei conti della tutela, e non lo è il genitore (7).

Ed è bene che la legge abbia posto la distinzione, perchè a far presumere che il vantaggio del minore è meglio salvaguardato dal genitore che dal tutore sta l'affetto che lega il genitore al figlio, e la considerazione che sotto molti aspetti l'utile del figlio è quello stesso del genitore, permodochè il legislatore è tratto a credere che il genitore sia per fare pel vantaggio del figlio quanto farebbe pel proprio. Ed è per questa ragione che il codice civile esonera l'avo paterno e l'avo materno, che siano tutori dall'obbligo della cauzione e dell'annuale rendimento dei conti della tutela (8).

Si aggiunga che il codice civile italiano, derivato dall'Albertino si è mostrato, forse per riguardo alle leggi vigenti in alcuno degli antichi Stati d'Italia, alquanto più rigoroso di quest'ultimo circa le facoltà concesse al padre esercente la patria podestà. Laonde le disposizioni del presente codice devono essere applicate in modo restrittivo, nè allargate oltre il naturale e preciso significato delle parole; tanto meno poi potrebbero per analogia essere applicate quelle da ritenersi speciali alla tutela, pel noto principio *ubi voluit dixit*.

Ora l'articolo 296 del codice civile dice che il tutore non può di regola, senza essere debitamente autorizzato, promuovere azioni in giudizio o fare compromessi. Nulla di questo trovasi negli articoli del codice riguardanti l'esercizio della patria podestà. E si noti che l'essersi il legislatore fermato a particolareggiare i casi d'eccezione ne'quali il tutore può promuovere azioni anche senza l'autorizzazione, rende tanto più evidente la differenza da esso fatta fra genitore e tutore. Ciò è tanto vero che la giurisprudenza ha accolto la massima che il genitore non è tenuto a chiedere l'autorizzazione del tribunale per promuovere azioni nell'interesse del minore, anche quando non fossero di ordinaria amministrazione (9). Se adunque il codice dichiara che il tutore non può fare compromessi, e non lo dice pel genitore esercente la patria podestà, non si opina senza fondamento che il genitore possa fare compromessi senza la autorizzazione del tribunale. E un'importante considerazione soccorre a dimostrare più saldo tale fondamento ed è che il compromesso, vietato del resto per le questioni non suscettive di transazione, si riduce ad usare della facoltà di sostituire giudici privati ai giudici magistrati, facoltà che il legislatore qualificò *un beneficio*, di cui non dovevano essere private le persone soggette ad amministrazione, specialmente circondato com'è il compromesso delle opportune cautele e garanzie (10).

Infine non va taciuto che in tutte le Relazioni legislative e governative in cui si tocca del compromesso e degli studj intorno ad esso, si parla sempre di *tutori* ed *altri amministratori*, non mai del genitore esercente la patria podestà (11). E anche il secondo capoverso dell'articolo 12 del

(1) Op. cit., vol. I, pag. 62, n. III.

(2) Cuzzeri, op. cit., nota 1, lett. *a*) del commento all'art. 9; Amar, op. cit., pag. 53, n. 33; Bianchi, *Corso di diritto civile*, IV, 223, 2ª ed., Torino, Unione Tip.-Editrice, 1890; Boggio, *Delle persone incapaci*, ecc., I, 397, Torino, Unione Tip.-Editrice, 1888-89.

(3) *Gazzetta legale*, anno IV, n. 309.

(4) *Monit. Trib.*, anno XXXI, 193.

(5) V. anche Mortara, *Manuale della procedura civile*, numero 1039, Torino, Unione Tip.-Editrice, 1887-88.

(6) Art. 292 cod. civ.

(7) Art. 302 e 303 cod. civ.

(8) Art. 303 cod. civ.

(9) Sentenze 29 novembre 1883 della Corte di cass. di Torino, *Cassi* (*Giurispr. Ital.*, 1884, I, 2, 64); 29 novembre 1866 della Cassaz. di Firenze, *Camai V. Gotti* c. *Petri*, *Tiberi e LL. CC.* (*Annali della giurispr. ital.*, 1867, I, 53); 30 giugno 1871 della stessa Cassaz., *Meucci* c. *Nelli* (*Id.*, 1871, I, 281); 5 giugno 1869 della Cassaz. di Napoli, *Murdocco* c. *Linares* (*Legge*, 1869, 1, 1015); 11 agosto 1875 della Corte d'app. di Brescia, *Maria Moro* (*Monit. Trib.*, VII, 841).

(10) V. la Relazione Vacca già citata al n. 37.

(11) « Onde, permettendo il compromesso ogni volta è permessa la transazione, non toglieva la facoltà di compromettere nè ai *tutori*, nè, in generale, agli amministratori di beni altrui »: Relazione Vacca al decreto di pubblicazione del codice di proce-

codice di procedura civile, in cui si accenna al caso che ad alcuna delle parti che si obbligarono a compromettere siano succedute persone giuridicamente incapaci, parla di quelle sottoposte *a tutela*, e della facoltà di nominare gli arbitri, accordata al *tutore*, che la può esercitare solo colla approvazione del consiglio di famiglia o di tutela, ma non delle persone soggette alla patria podestà, e del genitore che la esercita.

Del resto anche quando si voglia ammettere che al genitore per compromettere occorre l'autorizzazione del tribunale, è indubitato che non è necessaria quando si tratti di azioni possessorie o di quistioni relative al conseguimento delle rendite, perchè la facoltà ne è accordata espressamente al tutore, al quale, come dicemmo, la legge ha conferito minori poteri che non al genitore (1).

43. - *b*) Quanto ai minori soggetti a tutela, può compromettere il tutore, coll'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela, da omologarsi dal tribunale. Però non occorre l'autorizzazione quando si tratti di azioni possessorie o di questioni relative al conseguimento delle rendite (2).

44. - *c*) Quanto ai minori emancipati, è certo che non possono compromettere senza l'assistenza del curatore, quando si tratti di oggetto eccedente la semplice amministrazione. Ma si questiona se invece lo possano quando si tratti di oggetto non eccedente la semplice amministrazione. Chi lo crede si appoggia alla disposizione generale dell'articolo 317 del codice civile, che conferisce al minore la capacità di fare da sè tutti gli atti non eccedenti la semplice amministrazione (3). Chi non lo crede si fonda sulla disposizione pure generale dell'articolo 318, che vieta senza fare distinzione alcuna al minore emancipato di stare in giudizio sia come attore sia come convenuto senza l'assistenza del curatore (4).

I minori emancipati, legalmente abilitati giusta l'articolo 9 del codice di commercio, ad esercitare la mercatura, essendo dalla legge reputati maggiori quanto alle obbligazioni da essi contratte per atti di commercio, possono compromettere sulle controversie originate da tali atti, senza bisogno di assistenza. Ed essendo del pari i minori emancipati, tuttochè non commercianti, ritenuti dalla legge maggiorenni rispetto ai fatti che essa reputa atti di commercio, non vi ha dubbio che anch'essi per le controversie riferentisi a tali atti possono compromettere senza l'assistenza del curatore (5).

45. - *d*) ed *e*) Gli interdetti sono in tutto parificati ai minori soggetti a tutela.

Gli inabilitati possono dirsi parificati ai minori emancipati, quindi senza l'assistenza del curatore non possono compromettere le questioni riguardanti atti eccedenti la semplice amministrazione. Ma anche rispetto a loro è questione se possono compromettere per gli atti non eccedenti la semplice amministrazione; e la questione trova nell'articolo 339 del codice civile le stesse ragioni che quella riguardanti e i minori emancipati trova negli articoli 317 e 318 (6).

46. - *f*) Quanto alla donna maritata, come riguardo agli atti indicati nell'articolo 134 del codice civile, non può senza l'autorizzazione maritale, o senza l'autorizzazione del tribunale nei casi previsti dall'articolo 136, stare in giudizio, così non può compromettere (7). Ciò si intende quanto ai beni parafernali, perchè circa alla dote, di cui al solo marito è riservata l'amministrazione (8), questi non può di regola senza l'autorizzazione del tribunale compromettere, salvo per quanto si riferisce all'amministrazione e alla riscossione delle rendite; e salvo il caso in cui nel contratto di matrimonio sia stata permessa al marito l'alienazione della dote (9).

47. - *g*) Chi fu nominato dal tribunale a rappresentare l'assente presunto, essendo chiamato alla sola conservazione del patrimonio, non può in nessun caso compromettere circa i beni dell'assente (10). Chi fu immesso nel possesso temporaneo dei beni, non potendo senza l'autorizzazione giudiziale fare atti eccedenti la semplice amministrazione, non può neppure compromettere fuori dei limiti della semplice amministrazione (11). Infine, potendo gli immessi nel possesso definitivo dei beni dell'assente disporre liberamente dei beni, possono intorno ad essi liberamente compromettere (12).

48. - *h*) L'erede che abbia accettato col beneficio dell'inventario, e il curatore dell'eredità giacente hanno, giusta gli articoli 881, 896 e 899 del codice di procedura civile, e 955 del codice civile, facoltà di transigere e quindi di far compromessi coll'approvazione dell'autorità giudiziaria (pretore, se l'oggetto non eccede il valore di lire 1500: tribunale, se lo eccede), il primo solo dopo compiuto l'inventario e decorsi giorni trenta dalla trascrizione e dalla inserzione nel giornale degli annunzi giudiziarj dell'accettazione beneficiaria, e il secondo dopo compiuto l'inventario e decorsi giorni trenta dalla pubblicazione del decreto di sua nomina (13).

Non sembra dubbio pel chiaro disposto dell'articolo 881 del codice di proc. civ., che se prima del termine accennato in detto articolo, l'erede beneficiario facesse transa-

dura civile. Veggansi anche la Relazione Pisanelli e le parti delle discussioni della Commissione legislativa, accennate sotto i numeri 35, 36 e 37.

(1) Capov. dell'art. 296 cod. civ.; Cuzzeri, op. cit., nota 1, lett. *a*) del commento all'art. 9.

(2) Art. 296 e 301 del cod. civ.

(3) Gargiulo, op. cit., I, pag. 62; Galdi, *Commentario*, I, n. 93.

(4) Amar, op. cit., n. 35; Ricci, *Corso di diritto civile*, I, n. 461: Cuzzeri, op. cit., nota 1ª, lett. *b*) del commento all'articolo 9.

(5) Articoli 9 e 10 del codice di commercio.

(6) Gargiulo, op. cit., I, pag. 62, distingue gli atti; non fanno la distinzione Cuzzeri, op. cit., nota 1ª, lett. *e*) del commento all'art. 9; Amar, op. cit., n. 37; Galdi, *Comm.*, I, n. 93.

(7) Amar, op. cit., n. 38; Gargiulo, op. cit., nota X all'art. 9; Cuzzeri, op. cit., nota 1ª, lett. *d*) del commento all'art. 9. Sentenza della Corte di cassaz. di Torino del 15 maggio 1888, *Bertolotto* c. *Bertolotto* (*Monit. Trib.*, XXIX, 801); sentenza della Corte di cassaz. di Roma (a Sezioni unite), 19 aprile 1890, *Bertolotto* c. *Schiaffino* (*Monit. Trib.*, XXXI, 685).

(8) Art. 1399 del cod. civ.

(9) Art. 1404 del Cod. civ. — Conf. Amar, op. cit., n. 38; Cuzzeri, op. cit., nota 1ª, lett. *d*) del commento all'art. 9; Gargiulo, *Comment.*, I, pag. 63; Galdi, *Comm.*, I, n. 94.

(10) Art. 21 del cod. civ.; Cuzzeri, op. cit., nota 1ª, lett. *d*) del commento all'art. 9; Amar, op. cit., n. 39; Borsari, *Comm. al cod. civ.*, I, p. 58; Gargiulo, *Comm.*, I, p. 39; Galdi, *Comm.*, I, n. 99.

(11) Art. 29 del cod. civ.; Cuzzeri, Amar, Gargiulo, op. e l. cit. Galdi, op. cit., I, n. 100.

(12) Art. 37 del cod. civ.

(13) Amar, op. cit., nn. 41 e 42; Cuzzeri, op. cit., nota 1ª, lett. *e*) ed *f*) del commento all'art. 9; Gargiulo, op. cit., I, p. 64.

zioni o compromettesse, le transazioni o i compromessi sarebbero colpiti di nullità.

Ma che sarà del compromesso stipulato dopo il termine ma senza l'approvazione dell'autorità? Anche per questo caso, quando si voglia stare alla precisa disposizione dell'articolo 881 si dovrebbe rispondere che il compromesso è inefficace ossia nullo. Tale è l'opinione del Cuzzeri e dell'Amar. Vi hanno però scrittori, i quali per ambedue i casi ritengono che il compromesso sia valido ed efficace, ma l'erede decade dal vantaggio dell'accettazione beneficiaria e diventa erede puro e semplice (1). Giustamente combattono questa dottrina il Cuzzeri e l'Amar osservando che l'articolo 881 del Cod. di proc. civ., dichiara bensì inefficace la transazione seguita senza l'approvazione del giudice, ma non pronuncia la decadenza dal beneficio dell'inventario, nella quale, giusta gli articoli 973 e 974 del codice civile incorre soltanto colla vendita dei beni ereditarj (2).

49. - *i*) *Falliti*. Per l'articolo 699 del codice di commercio la sentenza che dichiara il fallimento priva, dalla sua data, di pien diritto, il fallito dell'amministrazione dei suoi beni. Non vi ha quindi dubbio ch'esso è privo della facoltà di compromettere. Però la sentenza dichiarativa del fallimento di un compromettente non toglierebbe la validità ed efficacia del compromesso stipulato prima di essa, anche nel caso che fosse stata nel compromesso accordata agli arbitri la facoltà di decidere come amichevoli compositori (3).

50. - *j*) Quanto al *curatore del fallimento*, è questione se possa compromettere.

Alcuni scrittori, e ci pare con ragione, considerando che il curatore ha l'amministrazione dei beni del fallito, credono che possa, secondo la norma generale dell'articolo 9 del codice di proc. civ., fare compromesso da approvarsi nei modi stabiliti per la transazione. Vogliono quindi applicabile l'articolo 797 del codice di commercio, il quale dispone che il curatore può transigere su tutte le controversie che interessano la massa, ancorchè riguardanti diritti immobiliari, quando la transazione sia dal giudice delegato, sentiti il fallito e la delegazione dei creditori, autorizzata, e nel caso di oggetti di valore indeterminato o superiore alle lire 1500, anche omologata dal tribunale (4).

Altri invece dichiarano che la disposizione dell'art. 797 del codice di commercio riguardante la transazione, è speciale per la transazione, e che, secondo l'articolo 1742 del codice civile, la facoltà di transigere non comprende quella di compromettere, e riescono alla conseguenza che il compromesso non sarebbe valido senza il consenso dei creditori (5).

51. - *l*) Gli scrittori sono concordi nel ritenere che i *mandatari* hanno bisogno di un mandato speciale che li autorizzi a compromettere nell'interesse del loro mandante. L'articolo 1741 del codice civile richiede infatti per ogni atto che ecceda l'ordinaria amministrazione il mandato espresso. Anzi, a rendere ancor più certa la sua intenzione, il legislatore ha curato di dichiarare nell'articolo 1742, che la facoltà di fare transazioni non comprende quella di fare compromessi. Ed è ragionevole, perchè il mandante può avere tanta fiducia nell'intelligenza e nella probità del suo mandatario da rimettergli la difesa dei proprj interessi, senza per questo permettergli di affidare a terze persone la definizione delle controversie che li riguardano.

In applicazione della prima parte del citato articolo 1742, pel quale il mandatario non può fare cosa alcuna oltre i limiti del suo mandato, sarebbe a dirsi nullo il compromesso fatto da un mandatario non munito di mandato speciale, e che accordasse soltanto la facoltà di transigere.

Però tre cose ci paiono degne di nota:

1° Che la Corte d'appello di Brescia, con sentenza 21 luglio 1874, *Rigolini* contro *Ceriali* (6), pronunciò che la dichiarazione del mandante (in aggiunta a vari poteri speciali conferiti al mandatario, come quelli di disporre d'ogni sua cosa, vendere, ipotecare, dividere, rinunciare gratuitamente, transigere), che osserverà e manterrà tutto quanto sarà per convenire ed operare il mandatario medesimo ed avrà operato anche oltre i confini del conferitogli mandato, rimossa ogni eccezione, include pure la facoltà di compromettere in arbitri;

2° Che, giusta la ragionevole dottrina del Cuzzeri, dell'Amar, del Mattei, la nullità del compromesso per la mancanza di mandato in chi l'ha stipulato, può essere sanata colla ratifica dell'operato di costui, accordata dalla persona interessata, prima che sia pronunciata la sentenza degli arbitri (7). Anzi la Corte di cassazione di Napoli, con sentenza 21 febbraio 1883 (8), pronunciò che se il procuratore senza mandato a compromettere, compromette, e ne venga in seguito sentenza arbitramentale, colla ratifica del mandante, anche posteriore alla sentenza, compromesso e sentenza diventano validi ed efficaci;

3° Che la Corte di Milano, con sentenza 26 ottobre 1885, *Società anonima « Fabbrica Lombarda di prodotti oleosi »* contro *Torelli* (9), pronunciava che la facoltà di compromettere non si può ritenere compresa in quella di transigere, bensì è contenuta nell'autorizzazione che una Società abbia dato ai proprî amministratori di stipulare un contratto « sotto quelle condizioni che trovassero necessarie e più convenienti ».

52. - *m*) I liquidatori di una Società commerciale, seb-

---

(1) Borsari, *Comm. cod. civ.*, II, p. 154; Gargiulo, *Comm.*, II, pag. 730; Mattei, *Annotaz.* agli articoli 9 e 881 cod. pr. civ.; Galdi, op. cit., n. 95.

(2) Anche in Francia si questiona intorno all'effetto del compromesso stipulato dall'erede senza l'autorizzazione del giudice. Alcuni sostengono la validità del compromesso, ma la decadenza dal beneficio dell'inventario; altri la validità del compromesso per atti di semplice amministrazione. Vedi Cuzzeri, op. cit., che cita tutti gli scrittori che hanno fatto valere l'una o l'altra opinione.

(3) Sentenza della Corte d'app di Torino, 29 dicembre 1866, *Geisser, Tesio* e *Gatti, Accossato* (*Annali*, II, 2, 211; *Giurispr. Ital.*, XVIII, 2, 709); Cuzzeri, op. cit., nota 1ª, lett. *i*) del commento all'art. 9.

(4) Cuzzeri, op. e l. cit.; Amar, op. cit., n. 43; sentenza della Corte di cass. di Torino, 2 maggio 1874, *Ferrovia Vigevano-Milano* c. *Vismara Monit. Trib.*, XV, 751).

(5) Gargiulo, op. cit., I, pag. 65; Galdi, op. cit., I, n. 58; Borsari, *Comment. cod. civ.*, I, pag. 59, e *Comment. cod. di comm.*, nn. 1800 e 1801. La dottrina di questi scrittori è quella generalmente accolta in Francia. Vedi il Cuzzeri, op. cit., che sotto la lett. *i*) della nota 1ª del commento all'art. 9 cita tutti gli scrittori francesi.

(6) *Eco dei Tribunali*, XXV, 772.

(7) Cuzzeri, op. cit., nota 1ª, lett. *l*) del commento all'art. 9; Mattei, *Annotaz.* all'art. 9; Amar, op. cit., n. 45.

(8) *Boccolieri* c. *Imperiale e Antonacci* (*Monit. Trib.*, XXIV, 521; *Giurispr. Ital.*, XXXV, 523; *Legge*, XXIII, II, 50).

(9) *Monit. Trib.*, XXVII, 100.

bene parificati ai mandatari (1), possono, in forza dell'articolo 203 del codice di commercio, compromettere, salve le minori facoltà ricevute dai soci, salvo cioè il caso che i soci espressamente li abbiano privati di tale facoltà. È quasi inutile aggiungere che la facoltà di far compromessi deve intendersi ristretta alle contestazioni che insorgessero sia fra essi liquidatori, sia con terzi, riguardo all'esecuzione del mandato ricevuto (2).

53. Passando ora alle persone morali, sembra in generale che anche ad esse sia permesso il compromesso sotto l'osservanza di tutte quelle cautele che sono poste dalle leggi speciali o dagli statuti e regolamenti particolari alla loro amministrazione.

54. Intanto che lo Stato e quindi le sue Amministrazioni possano addivenire al compromesso appare certo solo che si ricordi quanto è stabilito nell'articolo 349 della legge sulle opere pubbliche che forma l'allegato *F* della legge 20 marzo 1865 sull'unificazione amministrativa. Quell'articolo dispone che « nei capitoli di appalto potrà prestabilirsi che le questioni fra l'amministrazione e gli appaltatori siano decise da arbitri ». Abbiamo inoltre l'articolo 98 della legge 17 luglio 1890 sulle istituzioni pubbliche di beneficenza, che nei casi di disaccordo fra l'amministrazione dell'ospedale e lo Stato circa l'adempimento dell'obbligo fatto in detto articolo agli ospedali vuole la decisione di tre arbitri (3).

Nè mancano le sentenze delle nostre Corti che hanno pronunciato su compromessi stipulati da amministrazioni dello Stato (4). Agli amministratori dello Stato perchè possano validamente stipulare il compromesso, debbonsi ritenere in generale imposte quelle stesse cautele che sono richieste per gli altri contratti stipulati dallo Stato. Giova in proposito ricordare l'articolo 1° della legge 25 maggio 1865, n. 2312, che dispone: « Saranno comunicati al Consiglio di Stato, per sentirne il parere, i progetti di contratti da stipularsi dopo i pubblici incanti quando superino le lire 40,000, e quelli dei contratti da stipularsi dopo le trattative private quando superino la somma di lire 8000 ».

55. È opinione giustamente accolta che anche i Comuni e le provincie per tutto quanto riflette i loro beni patrimoniali possano a mezzo dei loro amministratori compromettere attenendosi alle cautele prescritte per la loro amministrazione (5). E siccome il compromesso costituisce il giudizio, sostituendo alla giurisdizione dei magistrati ordinari la giurisdizione dei giudici privati, crediamo che la Giunta comunale e la Deputazione provinciale devono per stipulare valido contratto di compromesso, avere quelle approvazioni ed autorizzazioni che sono richieste dalla legge comunale e provinciale, perchè possano scendere in giudizio. Quindi di regola occorrerà alla Giunta comunale la deliberazione del Consiglio comunale e alla Deputazione provinciale la deliberazione del Consiglio provinciale (6), e se si trattasse di compromettere intorno agli atti e diritti accennati negli articoli 166-173 della legge comunale e provinciale, occorrerà l'autorizzazione della Giunta provinciale amministrativa (7). Il sindaco, o il presidente della Deputazione provinciale, che stipulasse un compromesso nell'interesse del Comune o della provincia, non può pattuire che l'arbitro decida la controversia come amichevole compositore, se il Consiglio comunale o provinciale non gli ha espressamente accordato questo potere (8).

56. Gli istituti di pubblica beneficenza, gli istituti pubblici civili ed ecclesiastici, e in generale tutti i corpi riconosciuti, quando vogliono compromettere su oggetto eccedente la semplice amministrazione, debbono avere la autorizzazione dell'autorità amministrativa, cui è affidata la tutela dell'istituto. A cagion d'esempio, gli istituti di beneficenza pubblica hanno bisogno dell'approvazione della Giunta provinciale amministrativa (9).

57. Passiamo alle società.

Quanto alle *civili*, è opinione generalmente accolta e fondata sull'articolo 1726 del codice civile, che un socio non possa fare valido compromesso per la società, se egli non abbia avuto una autorizzazione speciale, vale a dire se non è munito di mandato speciale, perchè il socio autorizzato sarebbe in tutto parificato al mandatario (10).

58. Quanto alle società *commerciali*, non ci pare dubbio che esse possono compromettere, perchè nessuna disposizione di legge lo vieta loro, ed anzi l'arbitramento è sommamente utile pel commercio (11). Ma chi e con quali cautele comprometterà validamente per esse?

59. Nelle società *in nome collettivo* se un solo dei socii è incaricato di amministrare, rivestendo esso il carattere di un mandatario generale, cui sono commessi tutti gli affari riguardanti la società (12), egli potrà compromettere, salvo che gliene fosse stato fatto speciale divieto (13). Se più sono i socii incaricati di amministrare e non siano determinate le loro attribuzioni e non sia detto che l'uno non possa agire senza dell'altro, ciascuno di essi potendo fare

(1) Art. 205 codice di commercio.

(2) App. Milano, 12 giugno 1888, *Romanò* c. *Bonomi* (*Monit. Trib.*, XXIX, 610).

(3) V. n. 25.

(4) App. Casale, 20 maggio 1867, *Spinoglio* c. *Finanze* (*Giurispr. Ital.*, XIX, 2, 259); App. Torino, 29 marzo 1869, *Gianoli* c. *Minist. dei lavori pubbl.* (*Giurispr.*, Torino, VI, 2, 451); App Milano, 19 settembre 1877, *Vismara* c. *Amministrazione delle carceri* (*Giurispr. Ital.*, XXX, 2, 90; *Monit. Trib.*, XVIII, 1023); App. Torino, 29 marzo 1878, *Ministero dei lavori pubblici* c. *Impresa traforo del Moncenisio* (*Giurispr. Ital.*, XXX, 2, 478).

(5) Amar, op. cit., n. 47.

(6) Art. 111, n. 5, e art. 201, n. 12, della legge com. e prov.

(7) Art. 173 e 223 della legge com. e prov. — Vedi la sentenza 7 febbraio 1890 della Corte di cassazione di Torino, *Comune di Aosta* c. *Gedda e Borgetto* (*Monitore Trib*, XXXI, 738), che dichiarò potere i Comuni validamente compromettere senza necessità di autorizzazione della Deputazione provinciale, quando non si tratti di alcuno degli atti menzionati nell'art. 137 della legge com. e prov., cui corrispondono gli articoli 166-173 della vigente.

(8) App. Casale, 13 marzo 1892, *Comune di Pomaro Monferrato* c. *Malaspina* (*Giurispr. Casal.*, XII, 298).

(9) Art. 36 della legge 17 luglio 1890, n. 6972.

(10) Cuzzeri, op. cit., nota r, lett. *n*) del commento all'art. 9; Amar, op. cit., n. 49; Borsari, *Comm. al cod. civ.*, I, pag. 58; Gargiulo, *Comm.*, I, pag. 66; Galdi, *Comm.* all'art. 9.

(11) Fu giudicato valido il patto incluso nello statuto di una associazione di mutua assicurazione, col quale si deferisce la risoluzione delle controversie insorgende fra i singoli associati e la direzione a tre arbitri scelti fra gli stessi associati: App. Genova, 27 dicembre 1895, *De Negri* c. *Associazione mutua Camogliese* (*Temi Gen.*, 1896, 27).

(12) Vidari, *Corso di diritto commerciale*, 4ª edizione, vol. I, n. 1047.

(13) Art. 350 cod. di commercio.

separatamente tutti gli atti di amministrazione (1), avrà facoltà, salvo sempre speciale divieto, anche di compromettere. Che se fosse stato pattuito che uno dei socii amministratori non possa fare alcun atto senza dell'altro, il compromesso dovrà essere stipulato col concorso di tutti, salvochè uno avesse avuto nuovo speciale mandato della società per compromettere.

60. Nelle società *in accomandita*, dacchè l'articolo 118 del codice di commercio dichiara che l'accomendante non può fare verun atto di amministrazione che produca diritti ed obblighi della società, nemmeno per procura generale o speciale per una serie o classe di affari, e l'articolo 116 richiama per le società in accomandita l'articolo 106 del paragrafo riguardante le società in nome collettivo, tornano applicabili a quelle le norme ricordate per queste.

61. Per le società *anonime*, dichiarando l'articolo 122 del codice di commercio, che gli amministratori sono soggetti alla responsabilità dell'esecuzione del mandato, e non possono fare altre operazioni che quelle espressamente menzionate nell'atto costitutivo, compromettono validamente nel solo caso in cui lo statuto ne dia loro la espressa facoltà.

62. Finalmente per le associazioni in partecipazione, siccome esse non costituiscono rispetto ai terzi un ente collettivo distinto dalle persone degli interessati, e i terzi non hanno diritti e non assumono obbligazioni che verso colui col quale hanno contrattato (2), così il commerciante o la società commerciale, che dà la partecipazione, può compromettere indipendentemente dal partecipante.

63. L'articolo 9 del codice di procedura civile richiede la approvazione del compromesso fatto dall'amministratore o da chi non può disporre liberamente della cosa. Ora si è fatta la questione se, integrata la capacità del compromettente con *la preventiva autorizzazione* a compromettere, sia poi necessaria la posteriore approvazione dell'atto di compromesso. La giurisprudenza ha risposto negativamente (3).

64. Si è anche fatta la questione se sia procedibile la domanda di autorizzazione del tribunale al compromesso, quando sia proposta nel giudizio diretto a far dichiarare per la mancanza dell'autorizzazione la nullità del compromesso. La giurisprudenza la disse improcedibile (4).

65. Secondo le norme generali del codice civile circa i requisiti essenziali per la validità dei contratti, la incapacità delle parti renderebbe nullo il compromesso. Però sul fondamento di quanto il detto codice stabilisce per riguardo ai minori, agli interdetti, alle donne maritate e generalmente a tutti coloro ai quali la legge vieta determinati contratti, cioè che la persona capace di obbligarsi non può opporre l'incapacità dell'altra con cui ha contrattato, la dottrina e la giurisprudenza s'accordano nel ritenere che, essendo la disposizione del capoverso dell'articolo 9 scritta a tutela delle persone incapaci, anche la nullità del compromesso per l'incapacità delle parti sia non *assoluta*, ma semplicemente *relativa*, cioè tale da poter essere opposta soltanto dalla persona incapace ed in conformità degli articoli 137, 227, 335 e 341 del codice civile dai suoi rappresentanti, eredi od aventi causa (5).

Una sola eccezione è invece a fare pel caso che l'incapace fosse un interdetto per causa di pena, perchè giusta l'articolo 1107 del codice civile « la incapacità derivante da interdizione per causa di pena si può opporre da chiunque vi ha interesse » (6).

L'opinione accolta da una sentenza 5 ottobre 1808 della Corte di cassazione francese e seguita unanimemente dagli scrittori della Francia (7), ha suscitato in Italia la questione se la nullità del compromesso fatto senza l'autorizzazione giudiziale dagli immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente sia assoluta o relativa. La ricordata sentenza francese la dichiarò assoluta, dicendo che il compromesso è un atto sinallagmatico, che, di sua natura, deve contenere un'obbligazione reciproca; che nella specie una delle parti non avendo la capacità e l'autorizzazione sufficiente per vincolare l'assente, le altre parti non devono essere vincolate verso di lui; che infine la disposizione dell'articolo 1125 del codice civile, per la quale le persone capaci di obbligazioni non possono opporre la incapacità del minore, dello interdetto, della donna maritata, con cui hanno contrattato, non si applica nella specie.

Ognuno vede che le prime ragioni addotte dalla Suprema Corte francese non hanno valore, perchè potrebbero applicarsi anche al caso del minore, dell'interdetto, della donna maritata; e che l'ultima è piuttosto l'enunciazione di una tesi che ha bisogno di essere dimostrata. D'altra parte quando si consideri che tutte le disposizioni legislative riguardanti le donne, i minori, gli interdetti, gli assenti, furono date come mezzi di protezione di queste persone, non si può ammettere che la parte capace possa valersi di questi mezzi contro la persona protetta.

Tuttavia in Italia l'Amar ha accolto i motivi della Corte francese, per sostenere la nullità assoluta, e censurare il Mattirolo che sostiene invece l'assunto contrario, come lo sostiene il Cuzzeri (8).

Molto più in là dell'Amar si è spinto il Mortara (9). Movendo dalla letterale disposizione dell'articolo 9 del codice di procedura, che dichiara *senza effetto* il compromesso

(1) Art. 107, cap. 1° del cod. di commercio; sentenza 21 febbraio 1879 della Corte di cassaz. di Roma, *Ditta Pirani-Ancona e Schomann* (*Legge*, XIX, 1, 243).

(2) Art. 235 del cod. di comm.

(3) Cassaz. Roma, 7 febbraio 1889, *Altieri* c. *Comune di Oriolo Romano* (*Foro Ital.*, XIV, 1, 316; *Temi Romana*, IX, 8). Ecco la motivazione della sentenza: « Se l'autorizzazione a transigere o compromettere può essere preventiva, l'effetto di essa dev'essere indipendente dalla certezza della accettazione del progetto di transazione o di compromesso da parte dell'altro contraente, e dalla determinazione individuale dell'arbitro, che da questo dovrà essere eletto, e di quello che dovrà risultare dalla elezione degli altri due, giacchè, altrimenti, la possibilità dell'approvazione preventiva sarebbe esclusa in contraddizione alla legge che la consente ».

(4) Appello Milano, 23 dicembre 1889, *Besozzi-Rabaglioni* c. *Bajoni Angela* (*Monit. Trib.*, XXXI, 193).

(5) Cassaz. Torino, 2 maggio 1874, *Ferrovia Vigevano-Milano* c. *la Fallita dell'ing. Carlo Vismara* (*Monit. Trib.*, XV, 751; *Giurispr.*, Torino, XI, 391; *Giurispr. Ital.*, XXVI, 1, I, 561). Mattirolo, op. cit., I, n. 727; Cuzzeri, op. cit., nota 2ª del commento all'art. 9.

(6) Mattirolo, op. e l. cit,; Cuzzeri, in fine della nota 2ª.

(7) Carré et Chauveau, *Les lois de la procéd. civ.*, quest. 3257; Dalloz, *Rép.*, voce *Arbitr.*, n. 280.

(8) Amar, op. cit., n. 39; Mattirolo, op. e l. cit.; Cuzzeri, op. cit., nota 2ª del commento all'art. 9.

(9) *Manuale della procedura civile*, n. 1040.

non approvato nei modi stabiliti per la transazione, egli lo ritiene nullo di nullità *assoluta*, salvochè la capacità del compromettente sia integrata prima della sentenza degli arbitri. Giustamente osserva il Mattirolo: « l'articolo 9 è di pretto diritto civile anzichè di procedura; quindi va interpretato in relazione alle norme di diritto civile, che governano la capacità delle persone e gli effetti della loro incapacità di disporre. Nè vediamo *assurdo* nell'ammettere in ordine agli effetti del contratto di compromesso, gli stessi principî che governano gli effetti degli altri contratti e del quasi-contratto giudiziale » (1).

È superfluo aggiungere che, essendo il compromesso un contratto, è requisito essenziale alla sua validità il consenso al quale devono pertanto applicarsi le norme generali date dal codice civile per i contratti in genere (2).

Capo VI. — Su quali oggetti si possa compromettere.

66. Alla possibilità del compromesso è necessaria una controversia. — 67. Non è permesso il compromesso quando si tratti di affari che riguardano l'ordine pubblico. — 68. Alcuni codici hanno specificato le controversie. — 69. Il codice italiano è più conciso. Capoverso dell'art. 8 cod. proc civile. — 70. Questioni di stato. — 71. Separazione della dote. — 72. Si questiona in Francia se si possa compromettere sugli alimenti dovuti per contratto oneroso. — 73. Il silenzio del codice italiano ha suscitato in proposito una grave questione. — 74. Se il divieto di compromettere riguardi anche gli alimenti arretrati e scaduti. — 75. *Quid* se le controversie vietate pel compromesso sorgessero avanti gli arbitri come questioni incidentali? — 76. *Quid* della questione incidentale che cadesse su fatto che può suscitare l'azione penale? — 77. Nullità del compromesso cedente su questione vietata.

66. Alla possibilità del compromesso è necessaria l'esistenza di una controversia, come chiaramente lo accennano e prime parole dell'articolo 8 del codice di procedura: *le controversie si possono compromettere*. Infatti scopo del compromesso è di ottenere una decisione dai giudici privati ossia arbitri: ora decisione senza controversia non può darsi, come non si dà controversia se non si è messo in dubbio un diritto o la sua estensione (3).

Resta dunque solo a vedere quali controversie possono essere oggetto di compromesso.

67. Come dice l'articolo 1003 del codice di procedura civile francese, e come ripeteva il codice sardo dal 1859 nell'articolo 1104, *chiunque può compromettere intorno ai diritti dei quali può liberamente disporre*. Questa massima non si riferisce soltanto alla capacità delle parti compromettenti, ma a ciò che può essere oggetto del compromesso; poichè la libertà che ognuno ha di disporre liberamente dei propri diritti può e deve essere ristretta da ragioni di interesse e di ordine pubblico. « È principio generale di diritto, così la Corte di cassazione torinese (4), che non è permesso mai di compromettere, quando si tratti di affari che interessano l'ordine pubblico ». Quindi, in generale, non deve essere permesso di compromettere sulle controversie che non possono essere transatte; non sulle cose che non possono essere oggetto di contratto, quali sono quelle poste fuori di commercio (5), alle quali appartengono le successioni future (6), i diritti inalienabili dell'uomo, tutto ciò che forma il suo stato, quindi le questioni di separazione dei coniugi (7). Tutte queste controversie sono da riservare alla cognizione dei magistrati giudiziali ordinari, perchè in materia di tanta importanza e nella quale è in giuoco anche l'interesse pubblico e l'ordine sociale, i magistrati giudiziarii offrono garanzie molto maggiori di quelle che presentano i giudici privati ossia gli arbitri, e perchè, come dice il Bellot, « permettere il compromesso nella applicazione del diritto pubblico, sarebbe come accordare la facoltà di derogarvi indirettamente » (8).

68. Questo è il principio seguito dai codici. Quello di procedura civile francese e il codice sardo del 1859 specificarono, il primo nell'articolo 1004, il secondo nell'articolo 1104, le questioni sulle quali non era permesso di compromettere. Si accennava nel codice francese alle donazioni ed ai legati di alimenti, di abitazione e di vestiario; alle separazioni fra marito e moglie; ai divorzi; alle questioni di stato e a quelle che dovessero essere comunicate al pubblico ministero; e sebbene quel codice dicesse semplicemente *le separazioni fra marito e moglie*, il principio era applicabile e alla separazione di corpo e alle questioni per separazioni di beni, e ciò perchè la legge non faceva distinzione, e perchè l'articolo 1443 del codice civile dichiarava nulla ogni separazione di beni volontaria ossia consensuale, alla quale per via indiretta si giungerebbe col farla risultare da un giudizio arbitrale (9).

Il codice sardo ometteva i divorzi e con maggior precisione aggiungeva: « le controversie le quali per disposizione di legge non possono essere transatte o definite se non è prima sentito il voto del Pubblico Ministero ».

69. Il codice italiano fu più conciso; non credette di enumerare specificatamente tutte le controversie su cui non è permesso di compromettere, e nel capoverso dell'articolo 8 dichiara: « Non si possono compromettere le questioni di stato, di separazione fra coniugi e le altre che non possono

(1) Op. cit., vol. I, n. 727.

(2) Articoli 1108 e segg. del codice civile.

(3) Cuzzeri, op. cit., nota 3ª del commento all'art. 8. L'atto col quale più parti conferiscono ad un perito eletto da esse, l'incarico di accertare un fatto contestato, senza definire i rapporti giuridici conseguenti, non è un arbitramento, ma un semplice accordo in una perizia volontaria. Sentenze della Corte d'app. di Torino, 22 gennaio 1875, *Covio* c. *Covio* (*Giurispr.*, Torino, XII, 254); 25 giugno 1875, *Città d'Ivrea* c. *Rovera* (*Id.*, XII, 627); 5 febbraio 1876, *Rivoreda* c. *Società della strada ferrata Torino-Ciriè* (*Id.*, XIII, 255). — Appunto perchè più non esistono, non si possono validamente compromettere le questioni, che furono già definite per via di giudicato, o risolute fra le parti per transazione. Sentenza 29 agosto 1896 della Cassazione di Palermo, *Mazzaglia* c. *Costiglione* (*Circ. Giurid.*, 1896, 302).

(4) Sentenza 24 gennaio 1868, *Strade ferrate dell'Alta Italia* (*Gazzetta dei Tribunali*, XX, 39).

(5) Art. 1116 del codice civile.

(6) Art. 1118 del codice civile.

(7) *De liberali causa, compromisso facto recte non compelletur arbiter sententiam dicere: quia favor libertatis est ut majores judices habere debeat.* L. 32, § 7, ff. *De receptis.*

(8) *Exposé des motifs de la loi sur la procédure civile du Canton de Genève*, au titre XXIV.

(9) Boitard, op. cit., Leç. LXIII, *Des Arbitrages*, art. 1004; Carré et Chauvean, op. cit., quest. 3262, nella quale si dice che persino il dubbio non è possibile; Pigeau, *Comm. sur le code de procéd. civ.*, t. II, pag. 715; Berriat-Saint-Prix, *Cours de proc. civ.*, 1ª partie, ch. 3, note 12.

essere transatte » (1); e così, lo abbiamo già osservato, fu più largo del codice francese e del sardo, perchè coll'escludere le controversie per la cui definizione o transazione fosse necessario di sentire prima il voto del Pubblico Ministero, rendeva possibile il compromesso anche quando nella controversia fossero parti interessate le persone soggette ad amministrazione.

70. Le *questioni di stato* sono quelle che cadono sulla condizione civile di una persona e mirano a regolare questa condizione, sia che si pretenda di spogliare la persona di uno stato di cui è al possesso, sia che essa pretenda acquistare uno stato che non ebbe mai. A ragione non si può transigere nè compromettere su questioni di tale natura, perchè lo stato della persona, come quello che è di ordine pubblico e particolarmente garantito dalle leggi, costituisce un diritto inalienabile.

71. Non è dubbio che anche sotto il vigore del codice di procedura civile italiano, le questioni di separazione della dote non potrebbero essere assoggettate al giudizio di arbitri. Sta anche per noi il motivo generale per cui è ristretta dalla legge la facoltà delle parti de' cui diritti si tratta; sta il citato capoverso dell'articolo 8 del codice di procedura civile, che parla di separazione fra coniugi senza distinguere fra la separazione personale dei coniugi e la separazione dei beni; sta infine il disposto dell'articolo 1418 del codice civile vigente che dichiara « la separazione della dote non potersi domandare se non giudizialmente dalla moglie, ed ogni separazione stragiudiziale essere nulla ». La dottrina e la giurisprudenza si possono dire pienamente d'accordo su tal punto (2).

72. Nella Francia, poichè quel codice di procedura, come vedemmo, vieta il compromesso sulle donazioni e sui legati di alimenti, di abitazione e di vestiario, si è fatta la questione se sia concesso di compromettere sugli alimenti dovuti per contratto a titolo oneroso. L'opinione più accolta è che le transazioni e il compromesso siano leciti, perchè le parole della legge ristringono la proibizione alle donazioni e ai legati. Alla osservazione del Berriat-Saint Prix (3) che il diritto romano (8, Dig. e 8, Cod. *De transactionibus*) non riconosceva come valida alcuna transazione sugli alimenti senza il permesso del magistrato, e che non avendo il codice civile dato regole speciali sugli alimenti, devonsi ritenere tuttora in vigore i principî del diritto romano, risponde il Carré (4) che la legge 8, *De transactionibus* (5) non aveva fatto altro che vietare le transazioni sugli alimenti legati, donati in causa di morte, o lasciati per l'adempimento di una condizione, e che l'antica giurisprudenza francese aveva soltanto esteso il divieto dalla transazione al compromesso, spingendosi però un po' più innanzi, perchè non fece distinzione fra donazioni *inter vivos* e donazioni *causa mortis*.

73. Nell'Italia l'assoluto silenzio del codice di procedura civile vigente ha suscitato una questione più grossa.

Alcuni scrittori considerarono il silenzio del legislatore italiano come una deroga alle norme già poste nei codici sardi del 1854 e del 1859, e, anche pel motivo che non può veramente dirsi siano stati gli alimenti dalla legge dichiarati inalienabili, dacchè l'articolo 592 del codice di procedura civile permette il pignoramento degli assegni per alimenti, sono venuti nell'avviso che siano pienamente validi tanto la transazione quanto il compromesso sull'obbligo della prestazione degli alimenti (6). Però si hanno scrittori e sentenze, che, distinguendo, ritengono lecito il compromesso per gli alimenti dovuti in forza di contratto, di donazione o di testamento, non per quelli dovuti in forza di legge (7).

Altri scrittori invece, e noi diciamo a ragione, opinano che in nessun caso siano permessi la transazione e il compromesso sulla obbligazione di prestare gli alimenti, qualunque sia il titolo di questa obbligazione, sia cioè la legge, o il testamento, o il contratto (8). E per vero il legislatore italiano ha voluto lasciare ogni enumerazione che potesse avere carattere di tassativa, e con una disposizione concisa, anzi con una sola frase: « le altre che non possono essere transatte », accennare a tutte quelle questioni che si debbono ritenere di pubblico interesse, di ordine pubblico. Ora non è lecito dubitare che nel novero di esse entrano anche le riflettenti gli alimenti, perchè il diritto agli alimenti, siccome *condizione all'esistenza*, è un diritto inalienabile, e tale lo dichiara esplicitamente anche l'art. 592

(1) Può dirsi la traduzione dell'art. 337 del codice di procedura civile del Cantone di Ginevra: « Ne pourront point être soumis à la décision d'arbitres: Les questions d'état; les demandes en divorce ou en séparation de corps ou de biens entre époux; les objets sur lesquels la loi ne permettrait pas de transiger ». Anche il codice di procedura civile dell'Impero germanico pone senz'altro la massima, che le parti possono compromettere, quando il tema della controversia sia suscettibile di transazione (§ 851). Ed è la massima proclamata, come già si disse (v. n. 30), anche dal nuovo regolamento del processo civile austriaco (§ 557).

(2) Vedi Cuzzeri, op. cit., che alla nota 7ª del commento all'art. 8 cod. pr. civ., cita i molti scrittori francesi e italiani, che hanno toccato l'argomento, fra i quali ultimi il Ricci, *Comm.*, I, n. 3; il Pisanelli, *Comm. al codice sardo*, vol. V, parte II, n. 416; l'Amar, op. cit., n. 59. Come risulta evidentemente dalla disposizione dell'articolo 1418 del codice civile, l'istituto della separazione della dote dai beni del marito è in principalità accordato per garantire la dote dai pericoli che essa può correre in costanza di matrimonio. Ma ecco l'articolo: « La separazione della dote non può domandarsi se non giudizialmente dalla moglie, la quale sia in pericolo di perderla, o quando il disordine degli affari del marito lasci temere che i beni di lui non siano sufficienti per soddisfare i diritti della moglie ».

(3) Op. cit., livre I, ch. 3, art. 1, nota 11.

(4) Carré et Chauveau, op. cit., quest. 3263.

(5) *Cum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent, contenti modico praesenti, Divus Marcus, oratione in Senatu recitata, effecit, ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore Praetore facta* (L. 8, in princ., ff., *De transactionibus*).

(6) Ricci, op. cit., I, n. 3; Saredo, *Istituz. di proc. civ.*, I, pag. 150, Firenze 1873; Zavatteri, *L'ordinam. giudiz. e la giurisdizione civile*, pag. 46, Pistoia 1867, Galdi, op. cit., n. 67; Mortara, *Manuale di proc. civ.*, n. 1038, ecc.

(7) Cuzzeri, op. cit., nota 8ª del commento all'art. 8; Borsari, *Comm. cod. civ.*, I, § 377; Bianchi, *Tratt. di dir. civ.*, II, n. 194; Pacifici-Mazzoni, *Istituz. di dir. civ.*, II, n. 222; Caberlotto, alla voce **Alimenti** nel *Digesto Ital.*; sentenze 29 gennaio 1883 della Corte d'appello di Torino, *Oggeri* c. *Oggeri* (*Giurispr.*, Torino, XX, 279); della Corte di cassaz. di Roma, 7 maggio 1886, *Di Paolo* c. *Mancini e Fondo per il culto* (*Legge*, 1886, 2, 101; *Monit. Trib.*, XXVII, 920); della Corte di appello di Milano, 2 maggio 1888, *Veneziani* c. *Covini* (*Monit. Trib.*, XXIX, 611).

(8) Mattirolo, op. cit., I, n. 735; Amar, op. cit., n. 64; Quartarone, il *Diritto agli alimenti*, n. 122; Manfredini, *Programma*, n. 380, Padova 1884.

del codice di procedura civile, il quale dispone che « gli assegni per alimenti non possono essere pignorati, eccettochè per crediti alimentari »; e anche in questo caso solo di eccezione, il pignoramento non può farsi se non colla permissione dell'autorità giudiziaria e per la porzione determinata da essa (1).

Giustamente poi osserva il Mattirolo (2) che, se la controversia, anzichè cadere sull'obbligazione di prestare gli alimenti, cadesse intorno al modo di prestazione e al loro ammontare, il compromesso sarebbe valido, « poichè la questione non volgerebbe più su cosa inalienabile, ma solo sulle condizioni rispettive del debitore e del creditore, che gli arbitri, al pari dei giudici permanenti, sono competenti ad apprezzare ». E cita una sentenza, 23 ottobre 1880, della Corte di cassazione di Firenze (3), la quale ha applicato la massima in materia di transazione.

74. Si è anche chiesto se il divieto di compromettere possa riguardare anche gli alimenti arretrati e scaduti; e concordi gli scrittori hanno risposto negativamente, perchè tali arretrati per effetto della loro scadenza e del tempo trascorso hanno perduto la natura di alimenti ed acquistato il carattere di crediti patrimoniali (4). Però ci pare importante la distinzione, che, pur accogliendo l'accennata dottrina, fanno Carré et Chauveau, dicendo che, se il debitore degli alimenti fosse stato messo in mora del pagamento e il creditore provasse che fu obbligato di assumere un prestito per vivere, sarebbe conforme a giustizia che gli arretrati scaduti conservassero tutto il loro privilegio (5).

Tutte le controversie, sulle quali la legge vieta il compromesso, sono sottratte alla cognizione degli arbitri e riserbate alla esclusiva competenza delle ordinarie Autorità giudiziarie.

75. Se però non è lecito compromettere sulle questioni di stato (6), di separazione dei coniugi e sulle altre che non possono essere transatte, potrebbe pur avvenire che una di tali questioni si presentasse in via preliminare in un giudizio davanti arbitri istituiti in controversia principale da essi legalmente giudicabile. Il nostro codice di procedura civile, ad evitare le incertezze e le discrepanze che nella dottrina e nella giurisprudenza suscitò il silenzio del legislatore francese (7), ha dato una speciale disposizione nell'articolo 19, che riportiamo: « Quando sorga alcuna delle questioni accennate nel primo capoverso dell'articolo 8, o qualche altro incidente relativo a un fatto che possa dar luogo all'azione penale, gli arbitri devono rimettere le parti davanti l'autorità giudiziaria competente, e i termini per l'arbitramento sono sospesi sino al giorno in cui la sentenza pronunziata sull'incidente e passata in giudicato, è notificata agli arbitri ».

76. Il legislatore in questa disposizione ha parificato alle questioni dichiarate nell'articolo 8 non compromettibili quelle che cadessero su un fatto *che può dar luogo alla azione penale*, perchè se le parti possono disporre come meglio credono del diritto derivante da un'azione colpita dalle leggi penali, se cioè possono, come è detto nell'articolo 1766 del codice civile, far transazione (e quindi compromettere) sopra un'azione civile che provenga da un reato, non possono disporre dell'azione penale che spetta alla società e non può pertanto essere oggetto nè di transazione nè di compromesso (8).

Però siccome il citato articolo del codice civile riesce ad accordare l'esercizio dell'azione civile in risarcimento di danni indipendentemente dall'azione penale (9), così se per un reato già si procedesse avanti all'Autorità giudiziaria penale, non sarebbe vietato di transigere e di compromettere sull'azione civile derivante dal reato, perchè il compromesso non riflette più l'ordine pubblico (10).

77. Quando il compromesso cadesse su una delle questioni accennate nel capoverso dell'articolo 8 del codice di procedura, il compromesso sarebbe colpito di nullità, e questa nullità sarebbe *assoluta*, dacchè deriva dalla natura dei diritti, dal carattere della controversia, sui quali il compromesso è caduto. Laonde è indubitato che ognuna delle parti contraenti ha la facoltà di invocare e far dichiararela nullità. A questa norma generale è a farsi una sola eccezione, la quale riguarda il compromesso cadente su questione di dote. Esso sarebbe nullo, ma di nullità *relativa*, perchè le disposizioni dell'art. 1407 del codice civile, dichiarando nulla l'alienazione o l'obbligazione della dote, accorda soltanto al marito e alla moglie la facoltà di far revocare l'alienazione o l'obbligazione (11).

Capo VII. — L'arbitro.

(1) Mattirolo, op. cit., I, n. 735.

(2) Mattirolo, op. cit., I, n. 736. V. anche Cuzzeri, op. cit., nota 8ª all'art. 8; Amar, op. cit., n.64.

(3) *Serana* c. *Serana* (*Filangieri*, 1881, 129; *Annali*, 1880, I, 476).

(4) Pisanelli, *Comm. al cod. sardo*, vol. V, parte II, n. 414; Mattirolo, op. e l. cit.; Borsari, *Comm.* all'art. 8; Cuzzeri, eop. l. cit.; Gargiulo, *Comment.*, n. VII, all'art. 8; Amar, op. e l. cit.; Carré et Chauveau, op. cit., quest. 3264.

(5) Op. e l. cit.

(6) Il codice di procedura civile dice *questioni di stato*. È inutile osservare che la controversia dovrebbe cadere propriamente sullo stato della persona, perchè non sarebbe tolto di compromettere sui diritti e sulle obbligazioni che dallo stato della persona possono derivare.

(7) Carré et Chauveau, op. cit.; alla Quest. 3267 accennasi a queste incertezze a discrepanze.

(8) La questione sulla falsità di un atto non può essere deferita al giudizio arbitrale: Appello Torino, 4 giugno 1884, *Algostino* c. *Algostino* (*Giurispr. Ital.*, XXXVII, 2, 234; *Giurispr.*, Torino, XXI, 714).

(9) Appello Roma, 20 marzo 1888 *Chauvet* c. *Tosti* (*Giurispr. Ital.*, XI, II, 553; *Monit. Trib.*, XXIX, 737).

(10) Amar. op. cit., n. 62; Galdi, op. cit., n. 69; Cuzzeri, op. e l. cit., nota 8ª.

La Corte di cassazione di Torino con sentenza 11 dicembre 1895, *Arata* c. *Arata* (*Giurispr.*, Torino, 1896, 17) dichiarò che, se fu commesso agli arbitri di pronunciare soltanto sugli effetti civili delle querele, non può impugnarsi il compromesso per essere stato convenuto sopra cose su cui non è ammessa la transazione. E se gli arbitri, dopo pronunciato sugli effetti civili, avessero ordinato alle parti di ritirare le reciproche querele, non potrebbe addursi per questo che il compromesso riguardasse anche l'azione penale, ma vi sarebbe soltanto una questione superflua o un errore innocuo.

(11) Mattirolo, op. cit., I, n. 737; Carré et Chauveau, op. cit., quest. 3267 *bis*.

voli compositori dell'articolo 20 non sono sacramentali. — 84. Chi può essere arbitro. Secondo la legislazione francese. — 85. Secondo altre legislazioni. — 86. Secondo la legislazione sarda. — 87. Secondo il codice italiano. — 88. Limiti alla scelta degli arbitri. — 89. Esclusione della donna. Inammissibilità dei motivi con cui si volle giustificare. — 90. Legge 15 giugno 1893 che istituì i collegi di *probi-viri* — 91. Se abbia abrogato l'art. 10 del codice di procedura civile per rispetto alla donna. Dottrina del prof. Polacco. — 92. Non è da adottarsi. — 93. Esclusione dei minorenni. — 94. Esclusione dei condannati a pena. — 95. Esclusione degli interdetti. — 96. L'articolo 10 è da interpretarsi restrittivamente Conseguenze. — 97. Anche gli analfabeti possono essere eletti. — 98. L'arbitro non può essere eletto fra i compromettenti. — 99. Effetti della scelta ad arbitri di persone escluse. — 100. Se possa essere eletto in arbitro un corpo morale. — 101. Se la legge sui *probi-viri* abbia risolto la questione.

78. L'arbitro è la persona a cui dalle parti compromettenti è commesso di esaminare e decidere una loro privata controversia in qualità di giudice privato.

79. Dall'arbitro si distingue l'*arbitratore*. Nel diritto comune l'arbitro era tenuto a decidere la controversia secondo le regole del diritto e coll'osservanza di legale procedura: *qui judicis partes substinet, et qui cognoscit ordinario judicio sicut judex* (1). L'arbitratore era chiamato a comporre le controversie amichevolmente, quindi a decidere secondo equità: *qui, non servato juris ordine, cognoscit et definit amicabiliter inter partes* (2).

80. La nostra legge riconosce nelle parti compromettenti il diritto di nominare arbitri che decidano secondo le rigorose regole del diritto, od arbitri che decidano invece secondo l'equità. Anzi, più propriamente, secondo la norma data dall'art. 20 del codice di procedura civile: « gli arbitri decidono secondo le regole di diritto, se il compromesso non li abbia autorizzati a decidere come amichevoli compositori ». Pertanto l'autorizzazione a decidere come amichevoli compositori non importa per gli arbitri l'obbligo di pronunciare secondo l'equità.

Il legislatore italiano nella norma posta nell'art. 20 del codice ha seguito, sull'esempio del codice napoletano (3), del parmense (4) e del sardo (5), il codice di procedura francese, che nell'art. 1019 dispone: « Gli arbitri e il terzo arbitro decideranno secondo le regole di diritto, salvochè il compromesso non li abbia autorizzati a pronunciare come amichevoli compositori ».

81. Il legislatore ginevrino invece accolse un sistema affatto opposto, perchè non ha ripetuto la disposizione del codice francese, e col silenzio ha autorizzato gli arbitri a pronunciare secondo equità, salvochè le parti compromettenti avessero imposto agli arbitri di pronunciare secondo le regole di diritto. E il Bellot, nell'esposizione dei motivi del titolo XXIV del codice ginevrino, cerca di giustificare l'abbandono del sistema del codice francese con una ragione che davvero non appaga interamente. Egli dice che « la prescrizione di decidere secondo le regole di diritto fa perdere uno dei vantaggi del compromesso, che consiste nella facoltà accordata agli arbitri di piegare il rigore del diritto ai precetti dell'equità, pronunciando secondo la loro coscienza, *ex aequo et bono* » (6). Noi crediamo invece soddisfacente la ragione che troviamo addotta dal Pisanelli nella relazione al progetto del codice di proc. civ. (7), che, dimostrando il difetto della motivazione del Bellot, giustifica il principio del legislatore francese e dell'italiano. « Quantunque l'istituzione dell'arbitramento possa anche aver per suo scopo di far prevalere i principii dell'equità naturale al rigore del diritto, non si può tuttavia ammettere, senza un patto espresso, che le parti abbiano voluto rinunziare al sistema legale, compromettendo negli arbitri. La supposizione che presentasi più conforme a verità, finchè le parti non hanno dichiarato diversamente, è quella che esse intesero di sostituire gli arbitri ai giudici ordinarî e nulla più. Gli arbitri dovranno pertanto decidere secondo le regole di diritto, ove non siano stati autorizzati a pronunciare come amichevoli compositori » (8). In nessun caso adunque potrebbero gli arbitri pronunciare come amichevoli compositori, se la facoltà di ciò fare non risultasse da patto espresso nel compromesso e in modo indubbio. E così decideva anche la Corte di cassazione di Torino, con sentenza 5 giugno 1884 (9); la Corte d'appello di Casale, con sentenza 10 marzo 1885 (10), quella di Milano, con sentenza 20 aprile 1874 (11), e quella di Torino, con sentenza 12 dicembre 1893 (12).

82. Due cose dobbiamo notare, cioè:

1° Che la facoltà accordata dalla legge alle parti compromettenti di autorizzare gli arbitri a decidere come amichevoli compositori trova una restrizione nella disposizione dell'art. 5 della legge 29 maggio 1873 regolatrice dei consorzi d'irrigazione facoltativi ed obbligatorî; la quale, dichiarando ammesso l'appello sempre e quindi nonostante ogni rinuncia delle parti, implicitamente impedisce alle parti di nominare amichevoli compositori: infatti, quando gli arbitri hanno avuto la facoltà di pronunciare secondo equità, la loro sentenza non potrebbe più essere impugnata coll'appello, rimedio accordato contro le sentenze ingiuste, il che del resto esplicitamente dichiara la legge nel n° 1 dell'art. 28 del codice di procedura.

83. 2° Che la disposizione dell'art. 20 su citata non deve essere intesa nel senso che le parole *amichevoli compositori* siano tassative e sacramentali, permodochè, se le parti, pur volendo conferire l'autorizzazione a pronunciare come

(1) *Arbiter est qui inter partes judicis assumit officium, non qui amicabiliter componit.* Bartolus, *Comm.*, *De receptis arbitris.*

(2) Dig. l. 76. 77, 78, *Pro socio*, XVII, 2.

(3) Art. 1019.

(4) Art. 15.

(5) Art. 1119.

(6) Pag. 127 della IV edizione. Il Regolamento generale del processo civile austriaco già in vigore nella Lombardia e nel Veneto taceva in argomento, come tace il nuovo Regolamento del processo civile austriaco, mostrando così di seguire il sistema del legislatore ginevrino, che sarebbe proposto anche nel disegno del codice belga (V. titolo: *Del compromesso*, art. 8). Anzi il belga Allard censura la disposizione del nostro codice di procedura civile. Vedi il suo *Esame critico del codice di procedura civile del regno d'Italia*, pag. 14; Parigi, Durand e Pedone-Lauriel, 1876

(7) Pag. 15 dell'edizione ufficiale.

(8) V. anche Mattirolo, op. cit., I, n. 758, e Cuzzeri, op. cit., nota 1ª del commento all'art. 20, i quali combattono l'Allard.

(9) *Rossi consorti* c. *Remondini consorti* (*Monit. Trib.*, XXVI, 594).

(10) *Fasano* c. *Vitta* (*Giurispr. Casalese*, 1885, 133).

(11) *Clough ed altri* c. *Cremonesi ed altri* (*Giurispr. Ital.*, XXVI, 2, 385).

(12) *Provincia di Torino* c. *Baietto* (*Giurispr.*, Torino, 1894, 437).

amichevoli compositori, non le avessero usate, si abbiano gli arbitri a ritenere vincolati all'applicazione dei principî del diritto e della rigorosa giustizia e non autorizzati a giudicare secondo i dettami dell'equità (1). Qualunque frase del compromesso, dalla quale si appalesi la volontà dei contraenti, può bastare. e così non apparirebbe dubbia dal patto che gli arbitri avessero a pronunciare *pro bono et aequo*, come riteneva la Corte d'appello di Torino (2), quella di Lucca (3), la Corte di cassazione di Firenze (4) e la Corte d'appello di Casale (5).

Quando però, lo ripetiamo, la volontà delle parti apparisse incerta, non si potrebbero ritenere autorizzati gli arbitri a pronunciare come amichevoli compositori, dovendo il magistrato, per quanto riflette la misura dei poteri ad essi conferiti, attenersi ad una ermeneutica *stricti juris* (6). Quindi la Corte d'appello di Milano, con sentenza 8 maggio 1894 (7), pronunziava che « la qualità attribuita agli arbitri nel compromesso di decidere quali *arbitri conciliatori*, non li autorizza a giudicare come *amichevoli compositori*, sotto pena di nullità ».

84. Il codice francese, forse credendo che le norme regolatrici della capacità all'esercizio dei diritti civili, dovessero ritenersi estese anche all'esercizio delle attribuzioni di arbitro, il quale sotto qualche aspetto può essere considerato siccome un mandatario, non ha parola che accenni alla capacità necessaria per essere nominato arbitro. Ma questo silenzio suscitò in Francia numerose questioni che tengono ancora divise la dottrina e la giurisprudenza. Il Pigeau (8) dalla mancanza di ogni disposizione legislativa cava la conseguenza che rimasero in vita gli antichi principî e perciò nega la capacità ai morti civilmente, alle donne, ai minori e ai giudici naturali della questione. Ma, quanto alle donne, il Rauter (9), argomentando dall'art. 1990 del cod. civile francese, che permette di scegliere come mandatario la donna, non le vorrebbe escluse; e tale è anche l'opinione di Dupin (10). Quanto ai minori, mentre coll'opinione del Pigeau, di esclusione assoluta, concordano alcuni scrittori (11), altri invece ritengono capaci quei minori, che pei loro titoli offrono serie garanzie alle parti compromettenti, come gli avvocati, od anche solo abbiano compiuto gli anni diciotto (12). Quanto ai giudici naturali, che si vorrebbero esclusi, perchè in certi casi sarebbero chiamati a conoscere dei reclami contro il pronunciato degli arbitri, non pochi scrittori rifiutano la dottrina di Pigeau; così Carré et Chauveau (13), Berriat-Saint-Prix (14), Bioche (15), Mongalvy (16), Merlin (17), ecc.

Del pari si questiona se possa essere arbitro il sordomuto, il fallito, l'analfabeta, lo straniero. Restringendoci all'ultimo, alcuni scrittori ammettono lo straniero nel solo caso in cui si tratti di arbitramento volontario (18); e la Corte di cassazione francese, con sentenza 4 marzo 1828 (19), accolse tale dottrina. Altri scrittori poi lo ammettono in ogni caso (20), ed altri in ogni caso lo rigettano (21).

85. Il codice del Belgio, l'olandese e il ginevrino seguirono le orme del legislatore francese. Anche il codice della Germania non si occupa della capacità dell'arbitro (22). Il regolamento generale del processo civile austriaco escludeva il giudice ordinario cui competesse di decidere la controversia o anche solo di darvi il suo voto (23), ma non accennava ad altri motivi di incapacità. Il regolamento del processo civile austriaco del 1° dell'agosto 1895 dichiara esplicitamente che gli ufficiali giudiziari, finchè sono in carica non possono accettare l'ufficio di arbitro (24), e non accenna ad altra incapacità; sicchè può essere eletta arbitro anche la donna.

86. Il legislatore sardo, sebbene anche nella materia del compromesso siasi attenuto strettamente alle disposizioni del codice di procedura civile francese, volle però evitare i dubbî e le questioni che il silenzio di questo aveva sollevato in Francia, e nell'art. 1066 del codice di procedura del 1854 dispose: « Non potranno essere nominati arbitri gli uffiziali dell'ordine giudiziario e le persone non domiciliate nei regi Stati. È vietato l'ufficio di arbitro alle donne, a chi è soggetto a tutela, a chi ha perduto i diritti civili, al fallito ed al condannato a pene criminali quando non abbia avuto luogo la riabilitazione, ed a colui che ha fatto cessione de'suoi beni sino a che abbia integralmente soddisfatto i creditori ».

(1) Mattirolo, op. e l. cit.; Amar. op. cit., n. 166; Ricci, *Comm.*, I, n. 9; Cuzzeri, op. cit., n. 2 del comm. all'art. 20; Gargiulo, *Comm.*, I, pag. 83, n. II.

(2) 23 aprile 1869, *Schiapparelli* c. *Chiollier* (*Giurispr.*, Torino, 1869, 360).

(3) 8 marzo 1875, *Guerra* c. *Provincia di Pisa* (*Giorn. delle Leggi*, 1876, 262, e *Annali*, X, 2, 198).

(4) 7 giugno 1875, *Provincia di Pisa* c. *Guerra* (*Giornale dei Trib.*, IV, 630).

(5) 14 aprile 1869, *Ivaldi* c. *Ivaldi* (*Temi Cas.*, II, 132).

(6) V. le già citate sentenze della Corte di Casale, 10 marzo 1885 e di quella di Milano, 20 aprile 1874.

(7) *Calchi-Novati ed altri* c. *Rinaldi* e *Scioldo* (*Monit. Trib.*, XXXV, 526). Però la Corte di Casale, colla sentenza 20 giugno 1885, *Corti* c. *Mutti* (*Giurispr. Cas.*, V, 294), decideva che la qualità di *arbitro conciliatore* conferita nel compromesso agli arbitri può equivalere alla nomina di amichevoli compositori, specie quando le parti dichiarano nell'atto stesso di voler terminare le loro vertenze mediante lodo.

(8) *Traité de la proc. civ.*, livre I, tit. III, V, n. 18.

(9) *Cours de procéd. civile*, n. 405, Paris-Strasburg, Levrault, 1834.

(10) *Réquisit. du 15 mai 1838*, ricordata da Carré et Chauveau, Quest. 3260, dell'op. cit.

(11) Pardessus, *Cours de droit comm.*, n. 1389; Mongalvy, op. cit., n. 22; Goubeau, *Traité général de l'arbitrage*, t. I, pag. 82; Devilleneuve, *Dictionnaire*, voce *Arbitrage*, n. 9, Bruxelles 1837.

(12) Berriat-S. Prix, op. cit., 1ᵉ partie, ch. III, art. 1, § 1, n. 18; Boitard, 64ᵐᵉ leç.; Carré et Chauveau, Quest. 3260; Vatismesnil, *Encyclopédie de droit*, voce *Arbitrage*, n. 156; Bellot de-Minières, *Traité de l'Arbitrage*, t. I, pag. 211; Favard, *Arbitrage*, t. I, pagina 197.

(13) Quest. 3260, op. cit.

(14) Op cit., nota 18, n. 3.

(15) Voce *Arbitrage*, n. 116.

(16) *Traité de l'arbitrage*, n. 124.

(17) *Répert.*, voce *Arbitrage*.

(18) Goubeau, tom. I, pag. 88 e 91, op. cit.; Souquet, *Dict. des temps légaux*, voce *Arbitrage*, Paris 1844; Carré et Chauveau, opera citata, Quest. 3260.

(19) Citata da Carré et Chauveau, op. e l. cit.

(20) Boitard, op. cit., 64ᵐᵉ leçon; Vatismesnil, op. cit., n. 163.

(21) Bellot-des-Minières, op. cit., t. I, pag. 219.

(22) Però nell'articolo 858 dichiara che possono essere ricusati le donne, i minori, i sordi, i muti e le persone che per condanna hanno perduto i diritti civili (Personen welchen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind). Il diritto di ricusare le indicate persone, importa la facoltà di eleggerle.

(23) § 350.

(24) § 578.

Da questa disposizione pare fosse riconosciuta l'idoneità dello straniero ad essere arbitro, purchè tenesse il domicilio nello Stato.

Il codice di procedura del 1859, senza scostarsi dalle norme di quello del 1854, fu più preciso, perchè nell'articolo 1105 così dispose: « Gli ufficiali dell'ordine giudiziario e del Pubblico Ministero, le persone residenti all'estero, le donne, i minori sebbene emancipati, gli interdetti, coloro che hanno perduto i diritti civili, i falliti e i condannati a pene afflittive ed infamanti ove non siano stati riabilitati, le persone che hanno fatto cessione dei beni finchè non abbiano soddisfatti per intero i loro creditori, non possono essere nominati arbitri, e ove lo fossero, la loro nomina si ha come non avvenuta. Gli stranieri residenti nello Stato, salve sempre dette eccezioni, possono anch'essi essere prescelti a detto ufficio ».

87. Il legislatore italiano non solo ha voluto essere ancor più preciso ed aver riguardo ai progressi che si adottavano nel codice civile, ma, giustamente pensando che il compromesso deve essere favorito, mirò ad essere più osseguente al principio che l'autorità degli arbitri deriva interamente dalla volontà delle parti; che quello degli arbitri è un ufficio essenzialmente di fiducia dei compromettenti. Esso pertanto nell'art. 10 pone la norma generale che: « chiunque, cittadino o straniero, può essere nominato arbitro ».

Due sono le ragioni accennate nella Relazione Pisanelli (1), che hanno indotto il legislatore a fare nessuna distinzione fra cittadini e stranieri, a permettere cioè di deferire l'ufficio di arbitro anche a stranieri, quantunque questi non abbiano nè domicilio, nè residenza nel regno:

1° il divieto per le parti di sottoporre le loro controversie allo straniero avrebbe importato una restrizione alla libertà che esse hanno di contrattare ed un vincolo alla loro fiducia, con pericolo di rendere talvolta impossibile l'arbitramento;

2° sarebbe stato illogico stabilire fra cittadini e stranieri una differenza odiosa in rapporto all'arbitramento, quando ogni odiosa differenza era fra loro fatta scomparire dal codice civile per rispetto ai diritti civili (2).

88. Posta nell'art. 10 del codice di procedura civile una norma così larga, quale è la ricordata, il legislatore ha considerato che l'ordine pubblico vuol ristretta la facoltà di essere arbitro per coloro, ne' quali non si potrebbe aver fiducia, vuoi per difetto di capacità, vuoi per mancanza di probità; e pertanto nel capoverso del detto art. 10, ha aggiunto: « Non possono essere arbitri le donne, i minori, gli interdetti e coloro che esclusi dall'ufficio di giurato per condanna penale, non furono riabilitati ».

89. Se non che la ragione dell'incapacità e le altre speciali che furono addotte a giustificare l'esclusione delle donne, non sono tali da poter appagare, ed è perciò che quasi unanimi gli scrittori italiani hanno mosso censura al legislatore nostro per la cieca imitazione, anche in questa parte, della legislazione francese (3).

La ragione dell'incapacità appare facilmente non troppo fondata, specialmente se si riflette che il legislatore italiano riconosce la donna capace del pieno esercizio della patria podestà colle sue latissime attribuzioni (4), e che il codice civile permette che la donna sia scelta per mandatario (5). E tanto meno fondata apparve quando i regolamenti per le Università accordarono alle donne di compiere gli studi di giurisprudenza e di conseguire la laurea dottorale (6), e, se si vuol essere logici, di esercitare la professione d'avvocato.

Nè maggior fondamento crediamo potesse avere l'altra ragione che fu addotta in Francia, nell'intento di escludere del tutto la donna dall'ufficio di arbitro o almeno di escluderla dall'arbitramento forzato. Si disse che, essendo in fondo gli arbitri veri giudici, non se ne possono affidare alle donne i poteri, dovendosi esse ritenere escluse da tutte le professioni o pubbliche o assimilate alle pubbliche (7); ma era facile osservare in contrario che se gli arbitri sono veri giudici, non rivestono tuttavia il carattere di magistrati, ma soltanto quello di giudici privati, che non esercitano alcuna effettiva giurisdizione; e che se la addotta ragione dovesse avere realmente qualche valore, sarebbero primi ad escludersi gli stranieri; senza poi dire che già da tempo non si poteva più sostenere che le donne fossero escluse dall'esercizio delle professioni pubbliche.

90. La legge 15 giugno 1893, n. 295, sulla istituzione dei collegi di probi-viri per conciliare o definire le controversie sorte nell'esercizio delle industrie fra imprenditori ed operai, o fra operai, è venuta a dar ragione alle censure ed a mostrare come il legislatore ha ripudiato tutte le ragioni da cui fu mosso ad escludere le donne dall'ufficio di arbitro. Infatti, secondo quella legge, nelle liste degli industriali e degli operai elettori per la formazione del collegio dei probi-viri, sono comprese le donne (8); le quali, al pari di tutti gli elettori iscritti, e in cui concorrono le condizioni accennate all'art. 18, sono eleggibili a membri del collegio dei probi-viri; il che è quanto dire che sono chiamate ad assumere l'ufficio di conciliatore, di giudice, di arbitro; di *conciliatore*, come membri dell'ufficio di conciliazione; di *giudice*, come membri della giuria (9); di *arbitri*, come membri della giuria quando per controversie eccedenti la giurisdizione contenziosa della giuria, e quindi senza limite di somma, la giuria fosse adita dalle parti in qualità di collegio arbitrale (10).

(1) Pag. 10 dell'edizione ufficiale.

(2) Noteremo per abbondanza che la sentenza 3 luglio 1896 del Tribunale di Genova, in causa *Frixione* c. *Arming* (*Temi Gen.*, 1896, 445), ritenne valida la clausola compromissoria inserta in un contratto stipulato all'estero da un cittadino italiano con uno straniero, colla quale si deferisce la definizione delle controversie nascenti dall'esecuzione del contratto ad enti o persone straniere residenti all'estero (nella specie alla Camera arbitrale di Anversa).

(3) Mattirolo, op. cit., I, nota 2 al n. 709; Cuzzeri, op. cit., nota all'art. 8; Manfredini, op. cit., n. 38; Amar, op. cit., n. 79; Gargiulo, *Comm.*, I, n. II all'art. 9. Come già fu detto in nota al n. 85, il codice di procedura germanico e l'austriaco non escludono la donna.

(4) Art. 220 e segg. del codice civile.

(5) Art. 1743 del cod. civ. Se le donne (e i minori emancipati) scrive il Mattirolo (l. c.), possono essere scelte per mandatarii, non v'è ragione seria perchè si debba vietare ai compromettenti, che hanno in esse piena fiducia, di nominarle arbitri delle loro private contese.

(6) Innovazione portata dall'art. 8 del Regolamento generale universitario pubblicato con r. dec. 8 ottobre 1876, e mantenuta dall'art. 5 del Regolamento vigente del 26 ottobre 1890, n. 7337.

(7) Berriat-Saint-Prix, *Cours de proc. civ.*, 1re partie, 1re sect., ch. III, art. 1, § 1.

(8) Art. 15 della legge sui collegi dei probi-viri.

(9) Art. 4 e 23 di detta legge.

(10) Art. 12 id.

91. Sorge ora la domanda: la legge sui probi-viri ha essa derogato alla disposizione dell'articolo 10 del codice di proc. civ., che esclude le donne dall'ufficio di arbitro?

Il prof. Vittorio Polacco ha trattato, in un articolo inserito nel *Monitore dei Tribunali* (1), con molto acume e singolare diligenza, la questione dell'influenza che la legge sui probi-viri può aver esercitato sulla regola dell'articolo 10 del codice di procedura.

Tre, secondo quanto egli scrive, sarebbero le opinioni manifestatesi intorno al nesso delle due disposizioni della legge sui probi-viri e dell'art. 10. Secondo l'una, fondata specialmente sull'esame dei lavori preparatorî di quella legge e sulle dichiarazioni ministeriali, si conchiuderebbe per l'assoluta *abrogazione* dell'art. 10 del codice di procedura. Una seconda opinione, che è quella seguita dal Polacco, vorrebbe si trattasse soltanto di una deroga alla regola dell'articolo 10, vale a dire di un'eccezione alla norma generale, che rimane giustificata dalla *specialità* della materia, su cui la donna sarebbe chiamata a decidere come giudice o come arbitro. Giusta una terza opinione, non si dovrebbe neppure ammettere una deroga, non potendosi i probi-viri ritenere arbitri nel senso del codice di procedura.

Dimostra facilmente il Polacco che quest'ultima opinione è senza fondamento per due ragioni: 1ª perchè la legge sui probi-viri chiama la donna all'ufficio di giudice, e chi è capace di far da giudice, deve *a fortiori* poter esercitare l'ufficio di arbitro; 2ª e più specialmente perchè l'articolo 12 della legge sui probi-viri chiama espressamente la donna all'ufficio di *arbitro*.

Vuole il Polacco non sostenibile anche la prima opinione, perchè il legislatore avrebbe dovuto coordinare la pretesa abolizione della regola dell'art. 10 del codice di procedura civile colle norme che regolano l'autorizzazione maritale, per il caso si trattasse di donna coniugata; altrimenti « si verrebbe a questa strana risultanza, che essa potrebbe operare da arbitro, senza bisogno di autorizzazione alcuna, atteso il silenzio della legge in proposito, mentre invece non può da sola accettare l'ufficio analogo di mandatario ».

Conchiude quindi l'egregio professore per l'opinione che sta non per l'abrogazione ma per la deroga.

92. Ad essa non possiamo accostarci.

Già lo dicemmo; coll'avere il legislatore chiamato, in forza della legge sui probi-viri, la donna all'ufficio di giudice e di arbitro, ha condannato le ragioni da cui fu indotto a comprendere nelle esclusioni dell'art. 10 del codice di procedura quella delle donne. Lo studio della legislazione francese e della nostra, la quale anche in questo argomento l'ha imitata, dimostra che il divieto è specialmente, anzi esclusivamente fondato sul falso concetto della incapacità della donna e sulla sua esclusione dall'esercizio delle professioni pubbliche o assimilate alle pubbliche. Ora condannate dal legislatore, coll'esplicita ammissione delle donne all'ufficio di probi-viri, le ragioni di una disposizione odiosa, già contradetta dal fatto che la donna può esercitare ed esercita professioni assimilate alle pubbliche, e generalmente censurata, la disposizione devesi logicamente ritenere condannata e quindi abrogata.

Nè vale il dire che colla legge creatrice dei probi-viri il legislatore ha voluto soltanto aver riguardo a materie nelle quali la donna, o come imprenditrice, o come operaia, ha particolari cognizioni, perchè l'ufficio di giudice esercitato dalla donna, eletta probo-viro, sia pure con procedimento semplice o almeno scevro da molte delle ordinarie forme processuali, quale è quello segnato negli art. 38 e 39 della legge sui probi-viri, richiede cognizioni molto più estese di quelle riguardanti i rapporti fra imprenditori ed operai. E giustamente osserva il Polacco: « È dall'indole intrinseca dell'ufficio, non dalla materia delle cause su cui lo si esplica, che vuolsi desumere il criterio della capacità. Se voi ritenete la donna capace di quest'alta funzione, che consiste nel *jus dicere,* ove si tratti delle gravi controversie fra capitale e lavoro, e pur dovendo chi giudica, attesa l'assoluta manchevolezza della nostra legislazione positiva in questa parte, creare qui spesso, per dir così, la norma da applicarsi mediante il non facile processo dell'analogia (di legge e più ancora *di diritto*), perchè escludere ch'essa sia abile a risolvere questioni di altra natura, col sussidio probabilmente maggiore di leggi scritte, e con la piena fiducia delle parti contendenti? Se queste a lei si rivolgono, mostrano col fatto di riconoscerle nella materia speciale del loro litigio competenza pari a quella che la donna industriale od operaia può avere per decidere questioni relative all'arte propria ».

Non vale del pari il dire che il legislatore ha dimostrato di non aver voluto derogare alla esclusione posta nell'articolo 10 del codice, perchè altrimenti, movendo dall'analogia fra il mandato e l'ufficio di arbitro, avrebbe provveduto a proclamare la necessità dell'autorizzazione maritale per la coniugata. Infatti, non si può dubitare che alla logica conseguenza dell'ammettere la donna all'ufficio di probo-viro, o meglio a quello di giudice e di arbitro, ha riflettuto il legislatore; stanno a dimostrarlo le dichiarazioni ministeriali e di coloro che hanno concorso alla formazione del disegno di legge. Basti ricordare quanto nella Relazione Lacava, accennandosi al divieto dell'art. 10 del codice, si dice: « Noi non possiamo abolirlo di straforo in occasione di una legge speciale ». E se appunto nelle discussioni del disegno di legge non si è fatta parola della donna maritata, ciò vuol dire che non si è trovata tutta quella grande ripugnanza che si vuol scorgere fra la necessità dell'autorizzazione maritale per l'ufficio di mandatario e la piena libertà per esercitare quello di arbitro. Se non si può negare che sotto alcuni aspetti havvi analogia fra il mandato e l'ufficio di arbitro, è pur certo che i due uffici, e lo abbiamo già dimostrato (2), sono molto lontani dal potersi confondere l'uno coll'altro, sia per la loro intrinseca natura, sia per la diversità in importanza e quantità delle obbligazioni cui la donna maritata coll'esercizio dell'uno o dell'altro può trovarsi esposta. Le obbligazioni gravissime che la maritata potrebbe incontrare assumendo l'amministrazione totale o parziale dei beni altrui, non si incontrano di certo nell'esercizio dell'ufficio di arbitro. In un solo caso, quanto difficile a verificarsi, altrettanto facile a schivare, può l'arbitro incontrare responsabilità, quando cioè, accettata la nomina, senza giusto motivo desistesse o non pronunciasse nel termine stabilito (3).

Da ultimo osserveremo che lo stesso legislatore ha mostrato di ritenere in nessun caso necessaria l'autorizzazione maritale, perchè, non potendosi per la responsabilità alla

(1) Anno 1893, pagine 721 e seguenti: *La nuova legge sui probi-viri.*

(2) V. n. 22.

(3) Art. 34, ult. cap., del cod. proc. civ. — V. avanti, n. 147.

quale la donna maritata, quale arbitro, è esposta, fare differenza fra il caso dell'ordinario arbitramento, e quello dell'arbitramento avanti i probi-viri, il legislatore, anche in riguardo alla coniugata, probo-viro, si sarebbe pronunciato, o col richiedere espressamente l'autorizzazione, o col dichiararla espressamente non necessaria.

93. Passando ora ai minorenni, non ci pare possa essere dubbio che il vocabolo generico adoperato dal legislatore, comprenda tanto i non emancipati, quanto gli emancipati (1), tuttochè il codice sardo del 1859 espressamente escludesse i minori, sebbene emancipati. Ora precisamente per i minori emancipati, dalla legge così assolutamente esclusi al pari dei non emancipati, ci sembra quadri al soggetto l'osservazione già fatta a proposito delle donne. Non ha pensato il legislatore che anche i minorenni emancipati possono essere scelti come mandatari (2), e che nulla vieta che il minorenne emancipato o non emancipato eserciti l'avvocatura, quando in esso concorrano le condizioni richieste dalla legge sull'esercizio della professione d'avvocato e di procuratore (3).

Havvi però qualche scrittore, il quale crede permesso di nominare un minore, autorizzato all'esercizio della mercatura, arbitro nelle materie del suo commercio, perchè, si dice, in tali materie il minore è capace di qualsiasi atto (4). Ma questa dottrina è oppugnata dallo Zavateri (5), colla giusta considerazione che la capacità dei minori esercenti la mercatura si restringe a ciò che si riferisce al loro commercio, ossia agli atti propri dell'esercizio di tale commercio. Questa opinione è condivisa dal Mattirolo (6).

94. Il capoverso dell'articolo 10 del codice ha posto il divieto anche per le persone che, escluse dall'ufficio di giurato per condanna penale, non furono riabilitate. È l'esclusione permanente o temporanea per indegnità provata, e riguarda le persone indicate negli articoli 5 e 7 della legge 8 giugno 1874 intorno all'ordinamento dei giurati ed ai giudizi avanti le Corti di assise: i quali articoli furono modificati, il primo dall'articolo 31, il secondo dell'articolo 20 del regio decreto 1° dicembre 1889 contenente le disposizioni di coordinamento delle norme del codice penale con quelle degli altri codici e leggi (7).

95. Quanto agli interdetti, giustamente dalla legge furono esclusi, perchè l'interdetto, che si trova in condizione di abituale infermità di mente che lo rende incapace di provvedere ai propri interessi (8), è incapace di pronunciare come arbitro. Inutile il dire degli interdetti per pena, che sono parificati agli interdetti per infermità di mente (9).

96. La disposizione del capoverso dell'articolo 10 del codice di procedura civile, che costituisce evidentemente una eccezione alla massima generale posta nell'articolo, non può, per questa sua natura di eccezionale, essere estesa a persone che non sono espressamente indicate nel detto capoverso. In altre parole, l'enumerazione delle persone escluse dall'ufficio di giurato è a dirsi tassativa, ciò che del resto è conforme ai principî generali del diritto, che non permettono mai di estendere oltre i casi previsti dalla legge le restrizioni all'esercizio di un diritto.

Laonde col presente codice possono essere arbitri quelle persone che, già escluse dal codice sardo, non furono più indicate dal legislatore italiano; e perciò possono essere eletti gli ufficiali del Pubblico Ministero, gli ufficiali dell'ordine giudiziario, ossia i giudici stabili; ogni dubbio in proposito è escluso anche dalla disposizione dell'articolo 116 del codice di procedura civile, che al n. 9 pone fra i motivi di ricusazione del giudice l'avere questi conosciuto della causa come arbitro (10). Però i giudici magistrati non potrebbero essere eletti come tali, ma solo come privati cittadini, o meglio, come dice il Mattirolo (11), « all'infuori dell'esercizio delle loro pubbliche funzioni, perchè i magistrati, mentre operano come giudici, non possono pronunciare come arbitri, non essendo permesso alle parti di prorogare la giurisdizione dei giudici, salvo i casi stabiliti dalla legge » (12).

Possono inoltre essere elette le persone residenti all'estero, anche perchè, come vedremo, alla legge basta che la sentenza sia pronunciata nel regno (13); possono essere nominati gli inabilitati, i falliti, i sordo muti, i ciechi (14).

97. Infine quasi tutti gli scrittori si accordano nel ritenere che anche gli analfabeti possano essere eletti all'ufficio di arbitro (15). E per vero sta sempre la norma su ricordata che, in materia di diritto singolare non si può procedere per via di analogia, nè interpretare in modo estensivo una disposizione d'ordine eccezionale; non si possono ammettere cause di incapacità all'infuori di quelle accennate dalla legge. È vero, e presto lo vedremo, che alcune disposizioni del codice farebbero credere che il legislatore richiegga negli arbitri la capacità di scrivere; infatti l'articolo 13 dice che l'accettazione degli arbitri deve essere fatta per iscritto, sebbene a questo effetto basti la sottoscrizione all'atto di nomina; l'articolo 21 dice che la sentenza deve contenere la sottoscrizione di tutti gli arbitri, e l'articolo 32 dichiara nulla la sentenza se non furono osservate tutte le formalità prescritte dall'articolo 21, fra le quali viene ap-

(1) Mattirolo, op. cit., I, nota al n. 739. V. del resto la Relaz. Pisanelli che toglie ogni incertezza (pag. 10, ediz. ufficiale).

(2) Art. 1743 del codice civile.

(3) La legge 8 giugno 1874, n. 1938, serie 2ª che regola l'esercizio delle professioni d'avvocato e di procuratore, pone per condizione all'esercizio di quella di procuratore l'*aver raggiunta la maggiore età* (n. 3 dell'art. 39); ma questa condizione non è richiesta per quella di avvocato (art. 8); e siccome i due anni di pratica forense decorrono dalla laurea, a prendere la quale non vi è limite di età (art. 40 del regolamento universitario 26 ottobre 1890), così non può essere infrequente il caso di minori inscritti nell'albo degli avvocati esercenti.

(4) Borsari, *Comm.* all'art. 10 del codice di proc. civ.; Amar, op. cit., n. 75; Cuzzeri, op. cit., *Comm.* all'art. 9.

(5) Op. cit., pag. 54.

(6) Op. cit., I, in nota al n. 739.

(7) V. anche l'art. 20, n. 2, del codice penale.

(8) Art. 324 del codice civile.

(9) Art. 33 del codice penale.

(10) È ammesso anche dalla giurisprudenza. V. App. Bologna, 14 maggio 1875, *Lepori* c. *Bassi* (*Giorn. dei Trib.*, IV, 906) (riguardante il conciliatore); App. Torino, 24 marzo 1888, *Società operaia di Mosso Santa Maria* c. *Ormezzano* (*Giurispr. Ital.*, XL, 2, 306; *Annali*, XXII, 2, 356; *Giurispr.*, Torino, XXV, 387) (riguardante il pretore).

(11) Op. cit., I, n. 470 e note.

(12) Art. 69 del cod. di proc. civ.

(13) Art 22 del cod. di proc. civ.

(14) Mattirolo, op. e l. cit.; Amar, op. cit., nn. 77 e 78; Gargiulo, *Comm.* I, pag. 68; Galdi, op. cit., I, n. 108.

(15) Mattirolo, op. e l. cit.; Cuzzeri, *Comm.* all'art. 10; Zavateri, op. cit., nn. 54 e 55; Borsari, *Comm.*, I, pag. 59; Gargiulo, *Comm.*, I, pag. 68 e 87, ecc.

punto la sottoscrizione degli arbitri. Ma fu giustamente osservato: 1° che il legislatore colla disposizione generale data nell'articolo 49 del codice di procedura civile ha dichiarato che, quando la legge impone l'obbligo della sottoscrizione a un atto, se chi deve sottoscrivere non possa o non voglia, ne è fatta menzione nel detto atto; 2° che l'articolo 13 vuole bensì che l'accettazione degli arbitri sia fatta per iscritto, ma non impone che lo scritto sia in tutto o in parte opera degli arbitri; 3° che l'accettazione dell'arbitro illetterato può risultare da atto pubblico; e 4° finalmente che la sentenza degli arbitri basta sia sottoscritta dalla maggioranza, la quale porrà nella sentenza stessa la menzione che l'arbitro illetterato non ha potuto sottoscrivere (1).

98. Le nostre Autorità giudiziarie, pare quasi impossibile se si riflette al noto principio che nessuno può essere ad un tempo parte e giudice in causa, hanno dovuto pronunciare che l'arbitro deve, sotto pena di nullità, essere eletto fra persone che non siano i compromettenti. Veggasi la sentenza della Corte d'appello di Torino, 26 gennaio 1877, *Mosca* contro *Ministero dei lavori pubblici* (2), e quelle della Corte di cassazione di Torino, 5 ottobre 1886, *Barabino-Pastorino* contro *Ministero dell'interno* (3), e 8 marzo 1890, *Macchetto* contro *Comune di Mezzana* (4).

99. Osserveremo da ultimo che la conseguenza dell'elezione all'ufficio di arbitro di persona esclusa dalla legge sarebbe la nullità assoluta della sentenza pronunciata dagli arbitri. Lo dice espressamente l'articolo 32 del codice di procedura civile sotto il n. 3.

100. Una grave questione è sorta: se possa essere eletto in arbitro un corpo morale od un collegio che non sia però giudiziario. Hanno sostenuto l'affermativa l'Amar e il Cuzzeri, partendo dalla considerazione della non esclusione fatta dall'articolo 10 del codice di procedura, e senza riflettere che non a caso il legislatore ha voluto occuparsi soltanto di persone fisiche, le sole in cui realmente si può dai compromettenti riporre la fiducia (5). Con loro sta la generalità degli scrittori francesi (6).

Sostengono la negativa il Mattirolo (7) e il Piccaroli in commento alla sentenza 7 marzo 1888 della Corte di cassazione di Torino (8), partendo invece dalla considerazione che un corpo amministrativo non ha una vera personalità propria e non ha che una esistenza limitata a quegli uffici per i quali è istituito. Il Mattirolo poi giustamente accenna alla mutabilità delle persone che compongono il corpo morale; le quali possono essere diverse da quelle che lo componevano al momento del compromesso, e nelle quali era riposta la fiducia delle parti compromettenti.

Sulle prime la giurisprudenza rimase incerta, finchè si ebbero parecchie decisioni che riconobbero come valida la elezione in arbitro di un collegio o consiglio amministrativo. Possono citarsi le sentenze 19 settembre 1877 della Corte d'appello di Milano, in causa *Vismara* contro *Amministrazione delle carceri* (9); 26 maggio 1879 e 8 aprile 1881 della Corte di Genova, la prima in causa *Catto* contro *Ministero dei lavori pubblici* (10); la seconda in causa *Laschi* c. *Ministero dell'interno* (11).

Ma presentemente non si erra dicendo che la giurisprudenza ha concordemente accolta l'opposta opinione, adottando i motivi che abbiamo poc'anzi accennato. « Ad attribuire, disse la Corte di cassazione di Torino colla sentenza 7 marzo 1888 poco su citata, ad attribuire la capacità ad essere eletto arbitro nel Consiglio Superiore dei lavori pubblici, che ha un ufficio meramente consultivo, disciplinato dal regolamento annesso al regio decreto del 6 giugno 1863, osta il riflesso che la qualità di arbitro, la quale per sè è di piena fiducia delle parti, non può convenire ad un corpo collegiale soggetto a continue mutazioni nei membri che lo compongono. Concorre un'altra precipua e potente ragione per escludere i corpi amministrativi e gli enti morali in generale dall'ufficio di arbitri, e questa è che sono inetti per la loro propria costituzione ad esercitare le funzioni di cui si tratta, le quali, per essere spiegate, abbisognano di una persona fisica, non essendo possibile di attribuire al corpo o collegio la decisione emanata dai singoli membri che lo compongono, e riducendosi la decisione stessa ad essere l'espressione del loro giudizio individuale. Di più, nei singoli casi si dovrebbe provvedere da chi presiede il corpo designato perchè almeno sia dispari il numero dei votanti o decidenti, secondo che è prescritto per la validità del lodo; onde viene che la costituzione del collegio arbitrale si dilungherebbe sempre più da quella scelta dei contendenti, che è base e cardine del giudizio di cui si tratta » (12).

E così, oltre la sentenza 7 marzo 1888 della Corte Suprema torinese, che esclude il Consiglio Superiore dei lavori pubblici (13), si ebbero sentenze che esclusero il Ministero dell'interno (14); sentenze che esclusero in generale i consigli amministrativi (15); che esclusero la Giunta municipale (16); il Consiglio speciale delle strade ferrate. Anzi non

(1) Mattirolo, Cuzzeri, Zavateri, nelle op. e ai l. cit.; Ricci, *Comment. al cod. di proc. civ.*, I, n. 3; Borsari, *Comm.* all'art. 21; Amar, op. cit., n. 74. - Contra: Gargiulo, op. cit. *Comm.* all'art. 21.

(2) Citata dall'Amar sotto i nn. 71-*bis* e 111 come inedita.

(3) *Giurispr.*, Torino, XXIII, p. 643; *Annali*, XX, 1, 533; *Giurispr. Ital.*, XXXVIII, 1, 1, 594.

(4) *Monit. Trib.*, XXXI, 694.

(5) Amar, op. cit., n. 61-*bis*; Cuzzeri, op. cit., comm. all'art. 10.

(6) Sono citati dal Cuzzeri, op. e l. cit.

(7) Op. cit., I, n. 741.

(8) *Ministero dei lavori pu*[illegible] *di Valle Macra* (*Annuario* del Cuzzeri a pag. [illegible] del volume VII).

(9) *Monit. Trib.*, XVIII, 1023.

(10) *Eco di Giurispr.*, III, 1, 221.

(11) *Eco di Giurispr.*, V, 1, 200; *Foro Ital.*, VI, 639.

(12) La sentenza può leggersi anche nel *Monit. Trib.*, XXIX, 448, nella *Giurispr. Ital.*, XL, 1, 1, 378; nella *Legge*, XXVIII, II, 298; nella *Giurispr.*, Torino, XXV, 174; e nell'*Annuario* del Cuzzeri, anno VII, n. 2, sotto la voce *Arbitri*, nel quale è accompagnata dal citato commento di A. Piccaroli.

(13) V. anche le sentenze 6 aprile 1886 della Corte d'app. di Catanzaro, *Vivarelli* c. *Ministero dei lavori pubblici* (*Giurispr. Ital.*, XXXVIII, 2, 531); 7 marzo 1889 della Corte di cass. di Napoli, *Ministero dei lavori pubblici* c. *Calabrò* (*Monit. Trib.* XXX, 890); 17 giugno 1889 della stessa Corte Suprema, *Briganti* c. *Prefetto di Potenza* (*Giurispr. Ital.*, XLII, 1, 1, 133; *Legge*, XXX, I, 593; *Giurispr.*, Torino, XXVII, 88); 8 marzo 1890 della Corte d'app. di Torino, *Macchetto* c. *Comune di Mezzana* (*Monit. Trib.*, XXXI, 694).

(14) Cass. Torino, 5 ottobre 1886, *Barabino-Pastorino* c. *Ministero dell'interno* (*Giurispr. Ital.* XXXVIII, 1, 1, 594; *Giurispr.*, Torino, XXIII, 643; *Annali*, XX, 1, 533).

(15) 9 febbraio 1878 della Corte d'app. di Torino, *Ministero dei lavori pubblici* c. *Impresa Moncenisio* (*Giurispr.*, Torino, XV, 301).

(16) 11 novembre 1882 della Corte di cass. di Roma, *Giordano* c. *Nappi* (*Legge*, XXIII, II, 123; *Foro Ital.*, VIII, 1, 20).

possiamo tralasciare di riportare la bella motivazione della sentenza 4 luglio 1882 della Corte Suprema torinese (1), che riflette appunto quest'ultimo Consiglio.

« Gli stessi enti morali, rivestiti per funzione di legge di una personalità giuridica, non hanno una capacità illimitata di diritti e di obbligazioni civili, mentre, se, in generale, e salvo le restrizioni recate da espresse disposizioni di legge, la lora capacità è pari a quella delle persone fisiche quanto ai diritti ed alle obbligazioni riferentisi al patrimonio, rimane però inevitabilmente esclusa per essi ogni capacità relativamente a quei diritti, il cui esercizio essenzialmente supponga l'esistenza di una persona fisica; ed a tale ordine appunto evidentemente appartiene la capacità ad essere eletto arbitro, poichè questo ufficio, consistente nel dirimere determinate controversie, presuppone di necessità una persona naturalmente esistente che giudichi, nè la decisione proferita da coloro che rappresentano l'ente morale potrebbe mai concepirsi come emanata dall'ente stesso col mezzo delle persone che agiscono per lui, ma sarebbe sempre, e non altro, la espressione del giudizio individuale di queste singole persone ».

101. La legge sull'istituzione dei collegi dei probi-viri del 1893 sembra aver recato, nell'argomento da ultimo trattato, una grande innovazione, perchè l'articolo 12 di essa stabilisce che « per le controversie, che ai sensi dell'articolo 9, eccedono la competenza della giuria, questa potrà, per volontà delle parti, essere adita in qualità di collegio arbitrale ». Ma non è così. Infatti il professor Polacco, in una nota [15] alla monografia già ricordata intorno alla nuova istituzione (2) dichiara « essere tolta così, *almeno in riguardo al nostro istituto*, la nota questione agitata nella dottrina e nella giurisprudenza, sulla validità del compromesso in cui sia nominato arbitro un corpo costituito ». Noi ci spingiamo più innanzi e dichiariamo di riconoscere nella riportata disposizione un argomento di più a favore della giurisprudenza oramai pacifica, e per la quale non può essere eletto in arbitro un ente morale. Se infatti si dovesse ritenere che il legislatore volle la massima contraria, la disposizione dell'articolo 12 della legge sui probi-viri, la quale lascia *facoltà* alle parti di adire la giuria in qualità di collegio arbitrale, si presentava come inutile. La norma di quell'articolo adunque va considerata soltanto come una eccezione alla regola generale della esclusione dell'ente morale. E l'eccezione fatta dal legislatore è giustificata anche dalla considerazione che non ricorrono per la giuria le ragioni che vedemmo addotte invece a giustificare l'esclusione degli enti morali. E, per vero, la giuria è formata di un numero dispari di persone (3); non può operare se non col concorso di tutti i suoi membri (4); ha un presidente stabile; è già costituita e quindi conosciuta in tutti i suoi membri nel momento in cui, non riuscito il tentativo di conciliazione, le parti si rivolgono ad essa anzichè all'Autorità giudiziaria ordinaria, per la decisione della loro controversia (5).

Capo VIII. — Numero degli arbitri.

102. Gli arbitri devono essere nominati in numero dispari. — 103. Sistema francese. Vantaggi del sistema italiano. — 104. Nullità del compromesso nel caso di nomina degli arbitri in numero pari. — 105. Le cose esposte intorno al numero ed alla nomina degli arbitri riguardano specialmente il compromesso propriamente detto.

102. Il codice di procedura civile italiano non ha posto limite al numero degli arbitri che le parti hanno facoltà di nominare. Ad adempiere il precetto della legge basta che il numero sia dispari. « Le controversie, dice l'articolo 8, si possono compromettere in uno o più arbitri in numero dispari ».

Ponendo questa norma il legislatore italiano ha fatto tesoro delle massime di cui alla legge 17, Dig. *De receptis* (6); ha seguito il principio accolto dal diritto canonico (7); l'esempio del codice ginevrino (8) e del sardo (9); ed ha evitato così gli inconvenienti che si danno in Francia e si verificavano nelle provincie napoletane per il facile dissenso degli arbitri nominati in numero pari (10).

103. In Francia, quando appunto avviene che siano divise le opinioni degli arbitri nominati in numero pari, o il compromesso finisce per la impossibilità di far scomparire la divergenza, oppure le parti hanno in precedenza autorizzato gli arbitri in caso di dissenso a nominare un terzo arbitro, e allora o gli arbitri dissenzienti riescono ad accordarsi nella nomina del terzo arbitro, o non riescono, e in questo caso il terzo arbitro è nominato dal presidente del tribunale (11); però tanto nell'uno come nell'altro caso il terzo arbitro deve aggiungersi all'uno o all'altro dei due partiti dissenzienti per costituire la maggioranza (12). Quindi è che il sistema accolto dal nostro legislatore a petto del francese e del napoletano presenta quattro grandi vantaggi: 1° toglie il pericolo che il compromesso cada per l'impossibilità di far scomparire la divergenza; 2° impedisce che le parti siano esposte a grave perdita di tempo e di spese; 3° le parti concorrono direttamente alla nomina di tutti gli arbitri;

(1) *Amministrazione gen. dei lavori pubblici* c. *Impresa del Moncenisio* (*Annuario della procedura civile*, del Cuzzeri, vol. I, p. 97; *Giurispr.*, Torino, XIX, 631).

(2) *Monit. Trib.*, XXXIV, 724.

(3) Art. 4 della legge sui collegi di probi-viri.

(4) Art. 29 idem.

(5) Art. 10 idem.

(6) *In impari enim numero idcirco compromissum admittitur, non quoniam consentire omnes facile est, sed quia, etsi dissentiant, invenitur pars major, cujus arbitrio stabitur.*

(7) Cap. 1, *De arbitris.*

(8) Art. 339. « Les arbitres seront nommés au nombre de trois, à moins que les parties ne conviennent d'un autre nombre impair. »

(9) Art. 1104: « Chiunque può compromettere in uno o più arbitri, purchè in numero dispari... ». Nell'art. 1119 poi si aggiungeva: « Per la validità però dell'autorizzazione agli arbitri a pronunciare come amichevoli compositori e per la validità del patto portante rinuncia all'appello od al diritto di ricorrere in revocazione o in cassazione.... il numero degli arbitri dovrà essere almeno di tre ». A proposito della quale disposizione nella Relazione Pisanelli si legge che questa condizione non poteva essere accettata nel codice italiano, « perchè tende a diminuire alle parti la libera facoltà di contrattare, libertà che il progetto di codice civile mantiene qual canone fondamentale delle sue disposizioni nella materia convenzionale » (pag. 10 dell'ed. ufficiale).

(10) Pel codice di procedura civile dell'Impero Germanico gli arbitri possono essere nominati in numero pari (§§ 854 e 855). È lo stesso pel nuovo regolamento del processo civile austriaco, (§§ 577 e 591). Nel caso però che nel compromesso non siano stati nominati gli arbitri, nè sia stata posta disposizione circa il numero e la nomina degli arbitri, ciascuna delle parti compromettenti nomina un arbitro. Esse poi devono scegliere un terzo arbitro (§ 580).

(11) Art. 1017 del cod. di proc. civ. franc.

(12) Art. 1018 idem.

4° gli arbitri presentano maggiore garanzia di imparzialità, perchè sono giudici costituiti nell'interesse di tutte le parti e non difensori di quella che li ha nominati (1); mentre d'altra parte il terzo arbitro, che in realtà nel sistema francese è il vero giudice, non può essere la persona di fiducia dei compromettenti, dai quali non è nominato, ciò che è contrario alla natura, all'essenza del compromesso (2).

104. Queste ragioni, e specialmente l'ultima, valgono a dimostrare che la norma legislativa è di ordine pubblico, che le parti non potrebbero derogare ad essa, e che la deroga, ossia la nomina di arbitri in numero pari, renderebbe nullo il compromesso (3).

E non potrebbe accogliersi, come giustamente osserva il Mattirolo, « l'opinione di coloro che nel lodevole scopo di voler conciliare, almeno in parte, varie opposte sentenze pronunciatesi, sopra questo argomento, dalle Corti d'appello del regno, vorrebbero distinguere il caso, in cui il giudizio arbitrale non sia peranco incominciato, da quello nel quale il giudizio avanti gli arbitri abbia già avuto luogo; e nella prima ipotesi direbbero valido il compromesso nel senso che un nuovo arbitro possa ancora venir eletto o dalle parti stesse, o, in difetto d'accordo fra le medesime, dal giudice; nel secondo invece ammetterebbero la parte che ha interesse a impugnare per nullità il compromesso e il giudizio arbitramentale » (4).

E del pari non può accogliersi la dottrina di coloro, secondo i quali non è nullo il compromesso, in cui siano stati nominati gli arbitri in numero pari, ma nulla solamente la nomina degli arbitri; sicchè, dovendosi ritenere che nessun arbitro fu nominato, vorrebbero applicabile l'articolo 12 del codice di procedura civile che riflette la clausola compromissoria e pel quale l'Autorità giudiziaria competente a conoscere della causa farebbe la nomina degli arbitri (5).

Finalmente, siccome il compromesso è opera delle parti e deve, giusta l'articolo 11 del codice di procedura, contenere il nome e cognome degli arbitri, ed anche per questa ragione è indubitato che la nomina di essi deve essere fatta dalle parti, senza che possa essere rimessa ad altri, e, come meglio diremo in seguito, neppure all'Autorità giudiziaria, sarebbe radicalmente nullo il compromesso nel quale le parti avessero nominato due o più arbitri in numero pari, rimettendo a loro la nomina di un altro arbitro, a costituire il collegio d'arbitri in numero dispari; oppure se avessero nominato più arbitri in numero pari, loro accordando la facoltà di nominarne un altro pel caso in cui essi non riuscissero a mettersi d'accordo nella decisione (6).

Altra cosa invece sarebbe se le parti avessero nominato gli arbitri in numero dispari, ma nella previsione che taluno fosse per mancare, avessero nell'atto di compromesso o nell'atto di nomina eletto un altro arbitro in surrogazione di chi potesse mancare, e ciò perchè la nomina di tutti gli arbitri, compreso il chiamato a surrogare, sarebbe sempre opera dei compromettenti. Ed altra cosa del pari sarebbe se le parti avessero pattuito per il caso che fosse in causa di morte o di desistenza dall'ufficio a mancare uno degli arbitri nominati, di ritenere autorizzati, gli arbitri restanti, a surrogarlo colla nomina di altro arbitro (7).

« Ritenuto, disse la Corte di cassazione di Torino nella sentenza 16 dicembre 1884 (8), in riforma di quella 9 aprile stesso anno, del tribunale di Acqui, ritenuto che del valore

---

(1) Relazione Pisanelli, pag. 11 dell'ediz. ufficiale.

(2) Bellot, op. cit., *Rapport*, sur le titre XXIV.

(3) Mattirolo, op. cit., I, n. 747; Amar, op. cit., n. 88; Ricci, op. cit., I, n. 18; Borsari, op. cit., all'art. 8; Gargiulo, *Comm.*, pag. 57; Cuzzeri, op. cit., nota 11ª del *Comm.* all'art. 8. — Cass. Napoli, 17 maggio 1870, *Scarpa* c. *Majello* (*Giurispr. Ital.*, XXII, I, 508); App. Firenze, 13 aprile 1872, *Cironi* c. *Martini* (*Giornale delle leggi*, 1872. p. 338; *Annali*, VI, 2, 185); App. Trani, 20 maggio 1873, *Buttaro* c. *Buttaro* (*Giornale dei Trib.*, II, n. 172; *Giurispr. Ital.*, XXV, 2, 396); nella quale fu pronunciato che, sebbene la legge non dichiari formalmente la nullità della sentenza arbitrale proferita da arbitri nominati in numero pari, tuttavia quella sentenza è a ritenersi nulla a tenore dell'art. 56 cap. 1°, del codice di procedura civile.

(4) Mattirolo, op. e l. cit., il quale in nota ricorda che tale opinione è della Direzione del *Giornale delle leggi*, espressa nella nota a pag. 338 dell'annata 1872 a commento della sentenza della Corte d'app. di Firenze 13 aprile 1872 (v. nota precedente), dove si accenna siccome contraria ad essa la sentenza 12 marzo 1869, della Corte di Genova, *Comune di Busalla* c. *Traverso* (*Annali*, IV, 2, 236), la quale pronunciò valido il compromesso se furono nominati soltanto due arbitri, valida la nomina degli arbitri, ritenendo applicabile l'art. 12 del codice di proc. civ., per la nomina dell'arbitro necessario a formare il collegio con numero dispari.

(5) È l'opinione adottata dalla Corte d'app. di Trani nella sentenza 13 luglio 1870, *Zammarano* c. *Zammarano* (*Gazz. del Proc.*, V, 344). Ma tale sentenza, perchè, come quella di Genova citata nella nota precedente, confonde il compromesso colla clausola compromissoria, fu cassata dalla Corte Suprema di Napoli con sentenza 12 ottobre 1870, stesse parti (*Gazz. del Proc.*, V, 474; *Annali*, V, 1, 107)

(6) Mattirolo, op. e l. c. alla nota lett. *c*) sotto il n. 747; Ricci, op. cit., I, n. 17. — App. Torino, 1° settembre 1870, *Muttoni* c. *Moretti* (*Giurispr.*, Torino, VII, 655); 19 marzo 1872, *Depteri* e *Vanni* c. *Ambrogio* (*Giornale delle Leggi*, 1872, 208); App. Modena, 5 agosto 1870, *Fiori* c. *Bettoni* (*Annali*, V, 2, 44); Cass. Torino, 5 marzo 1870, *Gatti* c. *Gatti* (*Giurispr. Ital.*, XXII, 1, 255 e *Giurispr.*, Torino, VII, 224); 28 dicembre 1883, *Graù* c. *Mattè* (*Giurispr.*, Torino, XXI, 170); 9 luglio 1886, *Del Prete* c. *Scazziga* (*Monit. Trib.*, XXVII, 746); App Genova, 16 febbraio 1886, *Banca Mutua Camogliese* c *Boggiano* (*Giurispr. Ital.*, XXXVIII, 2, 340); App. Bologna, 25 settembre 1886, *Banca Nazionale* c. *Tarra* (Id. id., 715); 13 giugno 1887, *Banca di Torino* c. *Ambrosini* (*Riv. Giur.*, XX, 221); App. Milano, 1° aprile 1890, *Vassena* c. *Pozzi* (*Monit. Trib.*, 1890, 434). — Contra: App Milano, 26 agosto 1885, *Del Prete* c. *Scazziga* (*Monit. Trib.*, XXVI, 973); Bologna, 19 aprile 1885, *Reali* c. *Turri* (*Rivista Giurid.*, XIII, 122; *Annali*, XIX, 2, 395; *Giurispr. Ital.*, XXXVIII, 2, 18); Cass. Firenze, 15 luglio 1892, *Alinari* c. *Budini* (*Monit. Trib.*, XXXIII, 933).

(7) Mattirolo, op. cit., vol. I, al n. 823, e Cuzzeri nell'*Annuario della proc. civ.*, vol. III, pag. 69, in nota alla sentenza 16 dicembre 1884, citata nel testo. « Per regola generale, scrive il Cuzzeri, la mancanza di uno degli arbitri fa cessare il compromesso. Ma accanto a questa regola la legge pone l'eccezione che consiste nel patto contrario, nella diversa volontà delle parti. Ora, come non può contestarsi la validità del patto per il quale si dichiarasse efficace il compromesso pronunciato dai due arbitri rimasti, non vi ha motivo per ritenere nullo quello che commette ai due arbitri di sostituire il collega, che sia morto o abbia desistito dall'ufficio, per ricostituirsi in numero dispari ed evitare il pericolo che si renda impossibile la formazione di una maggioranza ».

(8) *Scovazzi* c. *Borghi* (*Foro Ital.*, X, 1, 154; *Giurispr.*, Torino, XX, 67; *Annali*, XIX, 1, 33; *Annuario* del Cuzzeri, l. c. — V. anche la sentenza 13 febbraio 1879 della Corte di cass. di Firenze, *Alberti* c. *Alberti* (*Foro It.*, IV, 1, 429), ricordata anche dal Cuzzeri nella n. 11ª all'art. 34 del *Codice di proc. civ. ill.*

o meno della ridetta facoltà conferita ai due arbitri rimanenti in ufficio (cioè di surrogare, in esecuzione della clausola contenuta nel compromesso, l'arbitro desistente) voleva giudicarsi alla stregua dell'articolo 34 risguardante la cessazione del compromesso e i modi di prevenirla. Al num. 2 di questo articolo trovasi stabilito: « il compromesso cessa: « 1° ecc.; 2° per la morte, la ricusazione, la desistenza od « incapacità di uno dei medesimi (degli arbitri), *salvo patto* « *contrario*, e quanto è stabilito nell'articolo 12 ». La espressione *salvo patto contrario*, con la quale il legislatore abilitò le parti a prevenire la cessazione del compromesso, abbraccia nella sua ampiezza ogni patto, quale che sia la sua forma e la sua sostanza, purchè atto a mantenere in vita il compromesso; e niuno ignora che le espressioni generali usate dalla legge non possono limitarsi ad un solo caso speciale.

« Quindi è forza ritenere che anche il patto per il quale fosse stata conferita agli arbitri restanti in ufficio la facoltà di sostituire l'arbitro desistente, o quello che in altra guisa venisse a mancare, sia riconosciuto dalla legge come compreso nella ripetuta clausola generale. Se, invece, il legislatore avesse voluto limitare il provvedimento delle parti alla nomina di un altro arbitro da farsi nello stesso compromesso, avrebbe specificatamente indicati i termini e le modalità del patto di chi intendeva parlare. Gli articoli 11 e 8 riguardano, come già fu notato, la costituzione del giudizio arbitrale, non già l'estinzione di esso e i modi onde prevenirla » (1).

Dobbiamo però convenire col Mattirolo che la nullità del compromesso derivante in ogni caso dall'avere le parti nominato gli arbitri in numero pari può essere bensì opposta a tutte le parti interessate tanto prima che dopo la pronunciazione della sentenza degli arbitri; ma la sentenza degli arbitri, se non viene impugnata come nulla nel perentorio termine indicato nell'articolo 33 del cod. di proc. civile, acquista valore di sentenza, ed acquista validità anche il compromesso in base al quale la sentenza degli arbitri fu pronunciata. Ed è in applicazione di questi principî che la Corte di cassazione di Torino, colla sentenza 9 luglio 1886, già ricordata a pagina precedente in nota 6, ha dichiarato che, « proposta la nullità del lodo, il giudice del merito può, prima di decidere questo punto, accogliere la domanda del convenuto per ammissione di prove dirette a stabilire l'accettazione e l'esecuzione della sentenza arbitramentale da parte dell'opponente » (2).

105. Le cose che abbiamo esposte intorno al numero degli arbitri, e indirettamente alla loro nomina, riguardano particolarmente il compromesso propriamente detto, perchè, pur richiedendosi sempre il numero dispari di arbitri per la validità della sentenza arbitrale, norme speciali circa la loro nomina sono date dalla legge per la clausola compromissoria (3).

Capo IX. — Come si formi il compromesso. e del suo contenuto.

106. Il compromesso deve farsi per iscritto. — 107. Può essere fatto per atto pubblico o per scrittura privata. — 108. Contenuto del compromesso. — 109. *a*) Nome e cognome delle parti. — 110. *b*) Nome e cognome degli arbitri. — 111. Conseguenze della norma che il compromesso deve contenere il nome e cognome degli arbitri. — 112. Specialità per i casi previsti nel n° 2 dell'art. 34 cod. proc. civ. — 113. *c*) Determinazione delle controversie. — 114. Limiti nell'applicazione della norma. — 115. Data del compromesso. — 116. Il compromesso può risultare da più atti distinti. — 117. Il compromesso vincola soltanto coloro che l'hanno liberamente consentito. — 118. Indicazioni utili nel compromesso. — 119. Compromesso per bianco-segno. — 120. È a distinguere in argomento tra compromesso e mandato a transigere.

106. Come si formi il compromesso è detto nell'articolo 11 del codice di procedura civile: « Il compromesso deve farsi per atto pubblico o per scrittura privata ». La legge vuole lo scritto a fine di evitare i danni e i pericoli delle prove non precostituite al giudizio, quali la prova testimoniale e il giuramento (4). Anzi è tanta l'importanza che il legislatore ha dato allo scritto, che pel caso di mancanza di esso, ha comminato la nullità del compromesso; il che significa che l'atto scritto non è solamente richiesto a provare l'esistenza del compromesso, ma è voluto come condizione essenziale della sua esistenza, della sua validità (5). Giustamente il Mattirolo combatte la dottrina di chi (6) vorrebbe che le parti possano sanare le nullità di forma del compromesso, colla comparsa volontaria avanti gli arbitri, o con altro atto dimostrante la loro volontà di sanare il vizio. Egli ricorda l'articolo 32 del codice di procedura, che lascia facoltà alle parti, *non ostante qualunque rinuncia*, di impugnare siccome nulla la sentenza degli arbitri, pronunciata su compromesso nullo; pur osservando che, giusta l'opinione sostenuta dal Cortese (7), trascorso il termine stabilito nell'articolo 33 dello stesso codice senza che la sentenza sia impugnata colla domanda di nullità, compromesso e sentenza, in origine nulli, acquisterebbero pieno vigore (8).

107. È in piena facoltà delle parti di fare il compromesso o per atto pubblico (9) o per scrittura privata. L'atto pubblico

---

(1) La Corte coll'ultimo periodo mira a scalzare la base di tutto il ragionamento del tribunale fondato appunto sulle disposizioni degli art. 8 ed 11.

(2) V. anche Cass. Roma, 23 febbraio 1885, *Rosati* c. *Corbi* (*Monit. Trib.*, XXVI, 222; *Foro Ital.*, X, 1, 382; *Giurispr. Ital.*, XXXVII, 1, 1, 316), e citata Corte d'app. di Milano, 26 agosto 1885, *Del Prete* c. *Scazziga*, che cita altra precedente della stessa Corte, del 6 maggio 1885, inedita.

(3) Articolo 12 del cod. di proc. civile.

(4) Anche il nuovo regolamento del processo civile austriaco richiede siccome condizione assoluta per la validità tanto del compromesso quanto della clausola compromissoria, la scrittura (§ 577).

(5) Mattirolo, op. cit., I, n. 743; Cuzzeri, op. cit., nota 2ª agli articoli 11 e 12; Ricci, op. cit., I, n. 7; Amar, op. cit., n. 98 e 119, ecc. — Cass. Roma, 30 marzo 1876, *Viti* c. *Zeali* (*Foro It.*, I, 1, 643); App. Firenze, 6 luglio 1876, *Grillini* c. *Witai* (*Annali*, X, 2, 386).

Citiamo anche la sentenza 30 novembre 1894 della Corte d'appello di Milano, *Lino e Bozzani* c. *Garbagnati* (*Monitore Trib.*, XXXVI, 316), perchè la redazione del periodico accenna al principio che il compromesso stipulato fra commercianti su atti di commercio, è esso stesso un atto di commercio, e quindi non soggetto al rigore della prova per iscritto.

(6) Borsari e Mattei, op. cit., sull'art. 11.

(7) *Giornale delle leggi*, 1873, pag. 387.

(8) Mattirolo, op. cit., I, in nota al n. 743.

(9) È accolta dagli scrittori italiani la dottrina che possa validamente nominarsi arbitro il notaio che riceve l'atto pubblico contenente il compromesso. Cuzzeri, op. cit., nota 2ª agli articoli 11 e 12; Amar, op. cit., n. 95; Manfredini, op. cit., n. 394; Galdi, *Comm.*, I, p. 116.

divien necessario se alcuno dei compromettenti sia illetterato (1). La scrittura privata può anche essere non autenticata, purchè rechi le sottoscrizioni delle parti; anzi qualunque atto sottoscritto dalle parti, da cui emani la loro volontà di compromettere, come sarebbe il processo verbale di conciliazione, avrebbe il valore della scrittura privata richiesta dalla legge, e poichè, come vedremo, il compromesso può risultare da più atti distinti, lo avrebbe anche una corrispondenza epistolare (2). In tutti i casi però il compromesso non può ritenersi formato se non contiene tutto quanto è essenziale al contratto.

108. Infatti il codice di procedura nell'articolo 11 vuole che il compromesso « contenga il nome e cognome delle parti e degli arbitri, e determini le controversie », ed aggiunge: « altrimenti il compromesso è nullo », cioè non efficace, non esistente. Se però con nuovo atto scritto e regolare, le parti, durante la istruttoria della causa pendente avanti gli arbitri, ratificassero il primitivo atto originario, renderebbero questo atto efficace (3).

109. *a*) Richiede il codice il nome e cognome delle parti, perchè si sappia a chi si riferisce il compromesso e quali persone abbiano preso parte ad esso, dappoichè la sentenza degli arbitri non potrebbe mai estendersi a persone, che, sebbene interessate nella controversia, come sarebbero i garanti, non siano intervenute nel compromesso.

110. *b*) Quanto al nome e cognome degli arbitri, è troppo evidente la necessità della loro indicazione, se si deve con certezza sapere a quali persone si volle conferire l'ufficio di giudice privato. Pare però che l'omissione del nome e cognome, quando la persona che le parti hanno voluto eleggere, fosse designata in modo sicuro, per esempio coll'indicazione delle qualità e dell'ufficio di cui fosse investita (come se avessero detto: nominiamo arbitro il presente sindaco di Milano), non renderebbe nullo il compromesso (4).

111. Per incidenza, parlando del numero degli arbitri, abbiamo dovuto far sentire come, e per la natura propria del compromesso che richiede la fiducia delle parti negli arbitri, e per la condizione voluta alla perfezione del compromesso, che questo contenga il nome e cognome degli arbitri, la nomina non può di regola essere di altri che delle parti compromittenti.

In applicazione di tale principio fu deciso:

a) che, se l'arbitro nominato dalle parti muore, è incapace o rinuncia, il compromesso deve aversi come non avvenuto, e il magistrato non può nominare altri arbitri (5);

b) che è nullo il compromesso in cui ai due arbitri nominati dalle parti sia lasciata la scelta del terzo. Così pronunciava la Corte d'appello di Torino, con sentenza 1° settembre 1870, in causa *Muttoni* contro *Moscllo* (6). Ma la Corte di Milano, con sentenza 26 agosto 1885, in causa *Del Prete* contro *Scazziga* (7), disse valido il compromesso quando le parti abbiano nominato per iscritto due arbitri rimettendo a costoro la nomina del terzo, ove risulti che anche questa nomina si fece per iscritto dai due eletti. Noi crediamo invece, col Cuzzeri e col Mattirolo, che, non essendo necessaria l'unità di contesto alla validità del compromesso, potrebbero soltanto le parti rendere con nuovo atto contenente la nomina del terzo arbitro, efficace il compromesso in origine nullo, e che la parte, la quale volesse valersi della originaria nullità di esso, non ha che negare l'assenso al nuovo atto (8). E per vero, la Corte Suprema torinese con sentenza 9 luglio 1886, fra le stesse parti (9), a censura della sentenza della Corte milanese, dichiarava essere nullo il compromesso contenente la nomina di due arbitri con facoltà a questi di scegliere il terzo, e la nullità essere radicale ed incapace di essere sanata con verun atto confermativo (10). Però la legge sugli istituti di pubblica beneficenza del 17 luglio 1890 ha sconfessato questa conseguenza, perchè, come vedemmo, nell'articolo 98, in cui impone il compromesso per le controversie fra lo Stato e le amministrazioni degli ospedali, stabilisce che uno degli arbitri è nominato dal rappresentante l'università o l'istituto di studi superiori; l'altro dall'amministrazione dello ospedale, e il terzo dai due arbitri di comune accordo;

c) che nullo è il compromesso in cui la nomina dell'arbitro, anzichè fatta dalle parti sia deferita ad un magistrato (11). E anche a questa conseguenza ha derogato la legge sulle istituzioni di pubblica beneficenza nell'art. 98, perchè nel caso che l'accordo dei due arbitri nominati dalle parti non avvenga, il presidente della Corte d'appello, a richiesta della parte più diligente, nomina il terzo arbitro;

d) che la surrogazione, per nomina fatta dall'Autorità giudiziaria, degli arbitri mancanti o non accettanti, sebbene, come vedremo, acconsentita per la clausola compromis-

(1) La Corte di cass. di Torino, con sentenza 18 aprile 1892, *Troglio* c. *Carraro*, disse atto pubblico l'atto di desistenza dalle rispettive querele redatto dal pretore col cancelliere, quantunque vi manchi la firma di alcuna delle parti che non sapesse o non potesse sottoscrivere; quindi regolare e valido il compromesso nello stesso atto stipulato per la definizione dei rispettivi interessi civili stati riservati (*Monit. Trib.*, XXXIV, 441; *Giurispr.*, Torino, XXX, 521; *Annali*, XXVII, 1, 264).

(2) Dalloz, op. e vol. cit., n. 402; Mattirolo, op. cit., I, n. 743; Cuzzeri, op. cit., nota 2ª agli articoli 11 e 12; Amar, op. cit., n. 96. — Cass. Torino, 16 giugno 1882, *Parodi* c. *Parodi* (*Monit. Trib.*, XXIII, 990; *Giurispr.*, Torino, XIX, 613; *Legge*, XXII, II, 657; *Annali*, XVI, 1, 407; *Foro Italiano*, VII, 1, 1060).

(3) Cuzzeri, op. cit., nota 7ª agli articoli 11 e 12; Mattirolo, op. cit., I, n. 747.

(4) Pigeau, *Traité de la proc. civ.*, livre I, tit. III, ch. V, n. 18; Carré et Chauveau, op. cit., quest. 3276; Mongalvy, op. cit., n. 241; Mattirolo, op. cit., I, n. 744; Cuzzeri, op. e l. cit.; Amar, op. cit., n. 111; Manfredini, op. cit., n. 396. — Cass. Torino, 7 febbraio 1890, *Comune di Aosta* c. *Ledda e Borgetto* (*Giurisp.*, Torino, 1890, p. 433; *Monit. Trib.*, XXXI, 738; *Annali*, XXIV, 1, 315; *Giurispr. Ital.*, 1, 1, XLII, 370).

(5) Cass. Napoli, 11 agosto 1876, *Cordopatre* c. *Giancoli* (*Foro Ital.*, II, 1, 275).

(6) *Giurispr.*, Torino, VII, 655.

(7) *Monit. Trib.*, XXVI, 973.

(8) Cuzzeri, op. cit., nota 7ª del comm. agli articoli 11 e 12; Mattirolo, op. cit., n. 747.

(9) Già citata (*Monit. Trib.*, XXVII, 746).

(10) In molto diversa opinione è venuta la Corte di cassazione fiorentina colla sentenza 15 luglio 1892, *Minari* c. *Budini;* dichiarava valido il compromesso in cui le parti comprometttenti abbiano delegato ad altri la facoltà di nominare gli arbitri e valido del pari il compromesso in cui la nomina del terzo arbitro sia delegata ai due arbitri già nominati (*Monit. Trib.*, XXXIII, 933; *Giurispr. Ital.*, XLIV, 1, 1, 1040; *Foro Ital.*, XVIII, 1, 1011).

(11) Cass. Torino, 28 dicembre 1883, *Grau e LL. CC.* c. *Mattè* (*Giurispr.*, Torino, XXI, 170); 11 dicembre 1889, *Cattaneo* c. *Baroni* (*Monit. Trib.*, XXXI, 319; *Legge*, XXX, 1, 376; *Giurispr. Ital.*, XLII, 1, 1, 324; *Giurispr.*, Torino, XXVII, 45). — Contra: App. Bologna, 2 ottobre 1886, *Banca di Torino* c. *Tarra* (*Giurispr. Ital.*, XXXIX, 2, 31).

soria, non lo è per il vero compromesso (1). La facoltà di provvedere al modo di surrogazione degli arbitri che fossero per mancare spetta alle parti, come nel caso della clausola compromissoria, così in quello del vero compromesso (2).

112. È però ad osservare che sul fondamento del disposto dell'art. 34, n. 2, per il quale « il compromesso cessa per la morte, la ricusazione, la desistenza o l'incapacità di uno degli arbitri, *salvo patto in contrario* », giustamente si ritiene che i compromettenti possono, nel prevedere il caso della possibile mancanza di uno degli arbitri da essi nominati in numero dispari, stabilire che la sostituzione dell'arbitro mancante si abbia a fare dagli arbitri rimanenti con la nomina di altra persona di loro fiducia (3).

113. *c*) Secondo l'articolo 11 del codice il compromesso deve contenere sotto pena di nullità la determinazione delle controversie sulle quali deve cadere la decisione degli arbitri. Tale determinazione adunque è essenziale ed è ovvio vedere che non sarebbe possibile se le controversie non fossero già sorte. Laonde un carattere che distingue il compromesso dalla clausola compromissoria è appunto questo: che per il compromesso le controversie devono essere già sorte, mentre la clausola compromissoria si pattuisce per controversie non sorte ma che potrebbero sorgere (4).

La legge vuole la determinazione delle controversie: 1° perchè gli arbitri sappiano con tutta precisione di che devono occuparsi e conoscere; 2° perchè, quando i confini della controversia siano designati con certezza, per una parte è scemato il pericolo che gli arbitri oltrepassino i limiti loro assegnati, e per l'altra vi ha un motivo di meno per i compromettenti di impugnare il compromesso e la sentenza.

E siccome il compromesso deve sotto pena di nullità contenere la determinazione delle controversie, non sarebbe ammissibile la prova testimoniale a stabilire che gli arbitri non hanno pronunciato su una questione che era loro stata proposta dalle parti (5).

114. Però non è richiesto che nel compromesso siano specificati tutti quanti i punti di controversia o le pretese proprie di ciascuna parte; basta che l'oggetto del compromesso sia chiaramente indicato e circoscritto per modo che non possa restare incertezza sul tema del giudizio arbitramentale e sull'estensione del potere conferito agli arbitri, e confrontando i termini della sentenza degli arbitri coi termini del compromesso si possa facilmente conoscere e giudicare se gli arbitri hanno deciso tutti i punti controversi e non abbiano oltrepassato i limiti dal compromesso loro imposti. Su tale massima convengono tutti gli scrittori (6), e concorde è la giurisprudenza nell'ammetterla ed applicarla (7). Anzi vogliamo accennare che la Corte di cassazione di Napoli, con la sentenza 2 aprile 1870, in causa *Balestrieri* contro *Corte* (8), ritenne che si verifica una sufficiente indicazione dell'oggetto del litigio, quando siasi data facoltà agli arbitri di decidere tutte le dispute sull'esecuzione di un contratto. E la sentenza della Corte d'appello di Milano, 3 novembre 1885, *Buzzi* contro *Silvestri* (9), dichiarò che sarebbe chiaramente indicato l'oggetto del compromesso nel caso che questo dica essere nominati gli arbitri allo scopo di porre fine alle differenze insorte fra le parti sulla liquidazione dei conti di determinati lavori eseguiti dall'una per commissione dell'altra.

Noteremo infine che la sentenza 29 ottobre 1873 della Corte d'appello di Torino, in causa *Mattè* contro *Bonis* e *Vaccaro* (10), ha dichiarato che, « prescrivendo l'articolo 11 del codice di proc. civ. a pena di nullità che il compromesso debba determinare le controversie, ma nulla disponendo in ordine al modo in cui cotesta determinazione abbia ad essere fatta, nulla vieta, ed è anzi del tutto conforme a ragione, che possa aver luogo, sia direttamente, cioè con dichiarazioni e pattuizioni inserite nell'atto stesso di compromesso, sia indirettamente, cioè con esplicito od implicito riferimento ad altri atti dal medesimo separati e distinti » (11).

(1) Cass. Torino, 12 marzo 1885, *Cavallini* c. *Cavallini* (*Giurispr.*, Torino, XXII, 167); Cass. Napoli, 19 ottobre 1870, *Zammarano* c. *Zammarano* (*Annali*, V, 1, 107).

(2) Cassaz. Torino, 20 giugno 1888, *Società della strada ferrata ligure* c. *Talacchini e Laschi* (*Monit. Trib.*, XXIX, 643).

(3) Cassaz. Firenze, 13 febbraio 1879, *Alberti* c. *Alberti* (*Foro Ital.*, IV, 1, 429); Cassaz. Torino, 16 dicembre 1884, *Scovazzi* c. *Borghi* (*Foro Ital.*, X, 1, 154; *Giurispr.*, Torino, XXII, 67; *Annali*, XIX, 1, 33; *Annuario della proc. civ.* del Cuzzeri, anno III, n. 5, dove in nota il Cuzzeri approva pienamente la massima delle due Corti Supreme, che è accolta anche dal Mattirolo, op. cit., I, in nota al n. 823).

(4) App. Torino, 13 dicembre 1872, *Visconti e Trolli* c. *Scarlatta* (*Annali*, VII, 2, 70), e 30 genn. 1885, *Zazzera* c. *Tarant* (*Giurispr.*, Torino, XXII, 167); Cassaz. Torino, 20 giugno 1888, *Società della strada ferrata ligure* c. *Tallacchini e Laschi*, poc'anzi citata.

(5) App. Genova, 27 gennaio 1888, *Barberis* c. *Spigno* (*Eco giurispr. civ.*, XII, 142).

(6) Pigeau, op. cit., l. I, t. III, ch. V, in nota al n. 18, dove si cita (nell'edizione di Bruxelles) la sentenza della Cassazione di Bruxelles, 3 gennaio 1829 (*Journ. du Palais*, 19ᵉ s., 1829, 3, 215); Mongalvy, op. cit., n. 243; Mattirolo, op. cit., I, n. 744; Cuzzeri, op. cit., nota 5ª agli articoli 11 e 12; Amar, op. cit., n. 108 e segg.; Ricci, *Comm.*, I, n. 5; Manfredini, op. cit., I, n. 304; Borsari, *Comm.* sull'art. 11; Gargiulo, *Comm.*, I, sull'articolo 11.

(7) Delle numerose sentenze citiamo soltanto alcune delle più recenti di Cassazione: Torino, 20 agosto 1886, *Savio* c. *Gropallo* (*Giurispr.*, Torino, XIII, 595); 20 giugno 1888, *Società della strada ferrata ligure* c. *Tallacchini e Laschi* (*Monit. Trib.*, XXIX, 643; *Giurispr.*, Torino, XXV, 405; *Annali*, XXII, 1 336); 18 maggio 1889, *Chiappa* c. *Casanova* (*Monit. Trib.*, XXXI, 78; *Giurispr.*, Torino, XXVI, 780); 8 agosto 1890, *Tedeschi* c. *Ferrero* (*Monit. Trib.*, XXXI, 1032; *Giurispr.*, Torino, XXVII, 628); 30 dicembre 1893, *Camagna* c. *Denari* (*Monit. Trib.*, XXXIV, 182; *Giurispr.*, Torino, XXX, 86; *Legge*, XXXIII, 1, 300); Roma, 19 dicembre 1887, *Carloni* c. *Gerolomini* (*Giurispr. Ital.*, XL, 1, 1, 213; *Legge*, XXVIII, 1, 327; *Annali*, XXII, 1, 51; *Foro Ital.*, XIII, 1, 200); Firenze, 21 maggio 1891, *Della Maggiora* c. *Ristori* (*Monit. Trib.*, XXXII, 618; *Annali*, XXV, 1, 183; *Legge*, XXXI, 2, 187); 5 marzo 1894, *Rudini* c. *Alinari e Pini* (*Monit. Trib.*, XXXV, 563).

(8) *Giurispr. Ital.*, XXII, 1, 1, 374.

(9) *Monit. Trib.*, XXVI, 1147.

(10) *Annali*, VIII, 2, 281.

(11) V. anche la sentenza 28 dicembre 1880 della Cassaz. Torinese, *Tettamanti* c. *Badoni* (*Giurispr.*, Torino, XVIII, 177; *Annali*, XV, 1, 81); e quelle della Corte d'app. di Venezia, 4 dicembre 1885, *Tassari* c. *Ermann* (a pag. 74 dell'*Annuario di proc. civ.* del Cuzzeri, anno III, con nota dell'Amar); della Cassaz. fiorentina, 21 maggio 1891, *Della Maggiora* c. *Ristori* (*Monit. Trib.*, XXXII, 618; *Annali*, XXV, 1, 183; *Legge*, XXXI, 2, 187); e della Corte d'app. di Venezia, 20 dicembre 1892, *Costenaro* c. *Chiminello* (*Temi Ven.*, XVIII, 252).

115. La legge non fa cenno di *data* del compromesso. Ciò non vuol dire che essa ne disconosca la necessità. La data è necessaria sempre per conoscere se le parti al momento del compromesso erano capaci dell'atto, molte volte per il motivo che dalla data del compromesso può decorrere il termine entro il quale gli arbitri devono pronunciare la decisione. Il silenzio della legge vuole soltanto dire che la mancanza della data non infirmerebbe il compromesso (1).

116. Siccome alla validità del compromesso il codice di procedura non richiede che tutte le indicazioni volute dall'articolo 11 si pongano simultaneamente in iscritto, e anche per la considerazione che lo scritto è dalla legge imposto affinchè del concorso di tutti gli elementi essenziali al compromesso possa esser data la prova facile e sicura, così dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che tali elementi essenziali possono risultare da più atti distinti, purchè connessi (2). « Gli elementi, disse la Corte di cassazione di Torino, che per legge devono concorrere per la validità dell'atto di compromesso, cioè la convenzione di compromettere, la nomina degli arbitri e la determinazione delle controversie possono risultare anche da atti separati e distinti eziandio quanto al tempo » (3). Anzi anche gli arbitri potrebbero essere nominati, e le controversie determinate in più atti successivi (4), dovendosi però ritenere, già lo dicemmo, perfetto ed efficace il compromesso solo dal momento in cui tutti gli elementi concorrono (5). La massima è avvalorata anche dalla disposizione dell'art. 13 del codice di procedura, che, richiedendo, per l'accettazione degli arbitri, la loro sottoscrizione, accenna non all'atto di compromesso, ma a quello di nomina.

È inutile aggiungere che per ciascuno degli atti costituenti il compromesso, deve risultare accertato il concorso e il consenso di tutte le parti compromettenti.

117. In generale poi è a dirsi che non sarebbe nullo il compromesso per non essere stato consentito da tutte le parti interessate. Esso vincolerebbe tutti coloro che l'hanno liberamente consentito (6). Quindi fu giudicato che, quando le parti hanno stipulato in proprio nome il compromesso per definire alcune controversie sopra un oggetto, sul quale sapevano che anche altre persone avevano diritto, non possono di poi impugnarlo, col pretesto che non vi presero parte tutte le persone interessate, le quali possono, volendo, ricusare di sottoporvisi (7). Però sarebbe a farsi eccezione alla massima generale e sarebbe a ritenersi nullo il compromesso pel caso che la sentenza arbitramentale non potesse eseguirsi senza il concorso di quegli interessati che non hanno aderito al compromesso. Quindi la Corte Suprema di Napoli pronunciava (8) che, « trattandosi di giudizio di divisione di sua natura universale, il compromesso non è efficace ove non vi concorrano tutti gli interessati », e la Corte d'appello di Roma (9) che « nel giudizio arbitrale, iniziato per determinare le norme della divisione di una eredità, è necessario l'intervento di tutti i coeredi; e la posteriore adesione dell'erede non intervenuto non toglie il diritto agli altri intervenuti di domandare la nullità della sentenza arbitrale, pronunziata in base ad un compromesso nullo ».

118. La legge richiede come essenziali al compromesso soltanto la designazione delle parti e degli arbitri e la determinazione delle controversie; tuttavia è cauto e conveniente che in esso le parti pongano altri patti ed indicazioni. Tali sarebbero, senza dire della data, di cui già dimostrammo la necessità:

a) l'indicazione del tempo, entro il quale gli arbitri dovranno dare la decisione, se no i loro poteri non durano che giorni novanta, come appare dal n. 3 dell'articolo 34 del codice di procedura;

b) il patto che il compromesso non si riterrà cessato per la morte, il rifiuto, la desistenza o la incapacità di alcuno degli arbitri, provvedendo ai diversi casi che possono verificarsi, o col sostituire altri arbitri, o col riservarsi la facoltà di nominarli, o con lo stabilire che in caso di disaccordo nella nomina, l'autorità giudiziaria possa, sul ricorso delle parti, nominarli;

c) la dichiarazione che sarà in facoltà degli arbitri di applicare la disposizione del capoverso dell'articolo 359 del codice di procedura per il caso che la diversità delle opinioni manifestatesi nel collegio arbitrale impedisse di ottenere la maggioranza assoluta di voti, necessaria alla validità della sentenza (10);

(1) Cuzzeri, op. cit., nota 4ª agli articoli 11 e 12; Gargiulo, *Comm.*, I, pag. 69; Amar, op. cit., n. 104; Galdi, *Comm.*, I, n. 119. — Cassazione Torino, 16 giugno 1882, *Parodi* c. *Parodi* (*Monit. Trib.*, XXIII, 990; *Giurispr.*, Torino, XIX, 613; *Annali*, XVI, 1, 407; *Foro Ital.*, VII, 1, 1060; *Legge*, XXII, 2, 657); App. Genova, 5 settembre 1882, *Gariboldi* c. *Fornara* (*Giurispr. Ital.*, XXXV, 2, 149; *Annali*, XVII, 2, 296; *Eco giurispr.*, VI, 362), la quale ha anche pronunciato che per la indicazione della data le parti possono rimettersi a quella che l'arbitro nominato credesse di apporvi); Appello Roma, 28 febbraio 1891, *Martinori* c. *Lenti* (*Temi Rom.*, XI, 300), la quale pronunciò che in materia commerciale la data del compromesso può essere accertata di fronte ai terzi, con tutti i mezzi di prova indicati nell'art. 44 del codice di commercio. La Corte d'appello di Palermo invece, con sentenza 13 ottobre 1883, *Viterbi* c. *Ferrari* (*Annali*, XVIII, II, 15), dichiarò che la mancanza di data nella scrittura di compromesso rende nullo il compromesso e la sentenza degli arbitri.

(2) Mattirolo, op. cit., I, n. 747; Cuzzeri, op. cit., nota 2ª agli articoli 11 e 12; Amar, op. cit., n. 97; Gargiulo, *Comm.*, I, p. 70; Ricci, *Comm.*, I, n. 5. — Cassaz. Torino, 28 dicembre 1883, *Grau e LL. CC.* c. *Mattè* (*Giurispr.*, Torino, XXI, 170); 16 giugno 1882, *Parodi* c. *Parodi*, poc'anzi citata; App. Torino, 18 settembre 1886, *Miniotti* c. *Miniotti* (*Giurispr. Ital.*, XXXVIII, 2; 641; *Giuris.*, Torino, XXIII, 716; *Ann.* XX, 2, 516); Cassaz. Firenze, 15 luglio 1872, *Alinari* c. *Budini* (*Mon. Trib.*, XXXIII, 933).

(3) Sentenza 2 maggio 1874, *Strada ferrata Vigevano-Milano* c. *Fallimento Vismara* (*Giurispr. Ital.*, XXVI, 1, 1, 561; *Monit. Trib.*, XV, 751). È bene ricordare un altro passo di questa sentenza: « Se nell'intervallo fra la stipulazione di rimettere ad arbitri la determinazione di date controversie, e la nomina degli arbitri, uno dei contraenti cade in fallimento, i sindaci (oggi il curatore), hanno facoltà e veste per addivenire essi a questa nomina, e completare così l'atto di compromesso ».

(4) Cassaz. Torino, 12 agosto 1887, *Miniotti* c. *Miniotti*, poc'anzi accennata.

(5) La già citata sentenza 2 maggio 1874 della Cassazione di Torino dice: « Il vero atto di compromesso sorge e sta nel complesso dei diversi atti ».

(6) Appello Catania, 13 aprile 1885, *Verga di Mauro* c. *Bargagallo* (*Giurispr. Ital.*, XXXVII, 2, 523; *Annali*, XIX, 2, 431; *Legge*, XXV, 1, 604; *Foro Ital.*, X, 1, 482).

(7) Cassaz. Firenze, 9 febbraio 1885, *Burzatti* c. *De Martini* (*Annali*, XIX, 1, 189; *Legge*, XXV, 1, 659).

(8) 17 novembre 1882, *Porro* c. *Porro* (*Giurispr. Ital.*, XXXV, 1, 1, 5).

(9) 15 ottobre 1885, *Maneschi* c. *Maneschi* (*Temi Rom.*, V, 688).

(10) V. art. 21 del cod. di proc. civ.

d) la dichiarazione che gli arbitri potranno liquidare a loro favore gli onorari loro dovuti;

e) la dichiarazione che gli arbitri potranno prorogare il termine, quando le parti temessero che il tempo fissato nel compromesso o quello fissato dalla legge non fosse sufficiente; se nell'accordare tale facoltà le parti non avessero determinato il tempo della proroga, si dovrebbe ritenere che non possa essere maggiore di tre mesi, argomentando dal n. 3 dell'articolo 34 del codice di procedura.

119. Non di rado avviene che alcune persone, fra le quali esista qualche controversia, consegnano ad un terza un foglio in bianco perchè lo riempia risolvendo la controversia. Non ostante la contraria opinione sostenuta da parecchi scrittori francesi (1), ma combattuta dai più (2), non pare dubbio che non si può riconoscere in quel bianco-segno delle parti un compromesso e nell'operato del terzo cui fu consegnato, un lodo; perchè e l'uno e l'altro mancano affatto dei requisiti voluti alla loro esistenza e validità, che la legge richiede abbiano a risultare da atto pubblico o da scrittura privata fatti, nello scopo di prevenire ogni equivoco e sorpresa, in presenza delle parti compromettenti (3). Laonde le nostre Autorità giudiziarie hanno più volte pronunciato essere nullo il compromesso firmato in un foglio in bianco dalle parti e nel quale siano stati poi da un terzo inseriti il tenore, i limiti e le condizioni del medesimo (4); essere nulla la sentenza arbitrale pronunciata in base a tale compromesso (5).

120. Però, mentre dalla motivazione di alcune sentenze di Corti si potrebbe argomentare che in qualunque caso, nel quale con bianco-segno le parti rimettono ad un terzo il componimento delle loro vertenze, l'atto debba ritenersi nullo ed inefficace, « perchè, come disse la Corte di Milano colla sentenza 3 settembre 1889, citata alla nota 5, è dell'essenza di ogni contratto che le parti conoscano la natura e la forza dell'atto che sottoscrissero, lo che non è loro possibile, se firmano una carta in bianco, onde, mancando degli elementi che dovrebbero costituirne l'essenza, è annullabile a tenore dell'articolo 56 del codice di proc. civ. », pare a noi accettabile la distinzione, che la Suprema Corte torinese ha fatto colla sentenza 12 ottobre 1893, poc'anzi citata in nota, e a cui aveva preluso con quella 5 maggio 1888 in causa *Pozzi* contro *De Albertis* (6), fra *compromesso* e *mandato a transigere,* governati da forme e criterii diversi, sicchè mentre dovrebbe giudicarsi *a priori nullo* un compromesso risultante da un semplice *bianco-segno,* rimesso dalle parti all'arbitro, non può dirsi altrettanto quando si tratti di un mandato a transigere conferito in tale maniera all'incaricato scelto di comune accordo.

« E per vero, disse la Corte, giova osservare che a riguardo del bianco-segno, il quale in tesi generale costituisce un mandato per sè valido ed efficace, per quanto non scevro di pericoli ed anche fonte di abusi, non può seguirsi una norma unica ed invariabile, nè far capo a principi assoluti quando trattasi di riconoscere e definire la natura e la portata dell'incarico che colla remissione di esso viene affidato ad una terza persona di reciproca fiducia.

« Accadrà talvolta che nei rapporti dei mandanti fra di loro la consegna del bianco-segno possa assumere il carattere del compromesso, e in difetto delle formalità sostanziali richieste dalla legge per la sua validità, non vincolare le parti all'osservanza della scrittura completata dal terzo; ma non sarà il mandato a transigere a confondersi col compromesso; altre forme, altri criterii disciplinando e determinando l'esperimento e l'esercizio dell'uno e dell'altro » (7).

Capo X. — Clausola compromissoria.

121. La clausola compromissoria è ammessa dalla nostra legge. — **122.** È permessa solo per le controversie che fossero per sorgere dall'esecuzione di un contratto. — **123.** La clausola può essere inclusa nel contratto, o pattuita successivamente, ma è sempre un accessorio del contratto, e può essere limitata o illimitata. — **124.** Estensione nei due casi della giurisdizione arbitrale. — **125.** La clausola compromissoria nelle legislazioni. — **126.** È giusto e conveniente che la nostra l'abbia ammessa. — **127.** Prova dell'esistenza della clausola compromissoria. — **128.** Non occorre stipulazione del compromesso al sorgere della controversia. — **129.** Nomina degli arbitri. — **130.** Le norme dell'articolo 12 codice procedura civile riguardano esclusivamente la clausola compromissoria. — **131.** Anche nella clausola compromissoria deve sempre essere rispettata la volontà delle parti. Conseguenza per rispetto alla nomina degli arbitri. — **132.** La volontà delle parti deve essere rispettata, purchè siano salve le norme legislative di ordine pubblico. Conseguenze. — **133.** Limite delle indagini dell'Autorità chiamata a nominare gli arbitri. — **134.** Procedimento per provocare dall'Autorità giudiziaria la nomina dell'arbitro. — **135.** Anche nella clausola compromissoria gli arbitri possono essere autorizzati a pronunciare come amichevoli compositori. — **136.** Effetti

(1) Troplong, *De la transact.*, n. 38; Dénisart, *Collection*, ecc., voce *Transact.*, Paris 1790; Rodière, *Comm. de l'ordre 1673*, tit. 5, Toulouse 1769.

(2) Carré et Chauveau, op. cit., quest. 3268-69; Pigeau, op. cit., tom. I, p. 76; Mongalvy, op. cit., n. 221; Vatimesnil, op. cit., n. 36.

(3) Mattirolo, op. cit., n. 745; Cuzzeri, op. cit., nota 11 agli articoli 11 e 12, che combatte l'Amar, il quale, nel n. 29 dell'opera citata, ritiene che la consegna del *bianco-segno* costituisca un contratto *sui generis*, contenente elementi sì della transazione che del compromesso, che sta in mezzo ad ambedue, ma non è nè l'uno nè l'altro.

(4) App. Catania, 7 novembre 1874, *Montemagno* c. *Cinnitella* (*Giorn. Trib.*, III, 319); App Genova, 8 aprile 1892, *Noli* c. *Noli* (*Monit. Trib.*, XXXIII, 591; *Temi Genov.*, IV, 363); Cassazione Torino, 12 ottobre 1893, *Torcello* c. *Torcello* (*Monitore Trib.*, XXXV, 521).

(5) App. Milano, 3 settembre 1889, *Borroni* c. *Romanò* (*Monit. Trib.*, XXX, 846; *Giurispr. Ital.*, XLI, 2, 673); confermata dalla Corte Suprema di Torino con sentenza 10 settembre 1890 (*Monit. Trib.*, XXXI, 964).

(6) *Monit. Trib.*, XXIX, 669; *Giurispr.*, Torino, XXV, 314. La sentenza 12 maggio 1896 della Corte d'appello di Genova, *Società anonima di esportazione agr. Cirio* c. *Gastaldi* (*Temi Gen.*, 1896, 335), ha pronunciato che se due parti aventi fra esse divergenza, rilasciano a una terza persona un *bianco-segno*, perchè lo riempia nel modo a lui meglio visto, si ha un mandato e non un compromesso; sicchè contro l'operato di questo mandatario non è ammissibile l'appello, ma soltanto l'azione di nullità o di rescissione nei casi in cui è dalla legge ammessa in tema di contratto.

(7) La sentenza più sotto dice che il mandato conferito con *bianco-segno*, per quanto esteso ed illimitato, non è, in senso proprio, nè un mandato espresso, nè un mandato in termini generali, bensì un mandato *sui generis*, ammesso dalla legge civile, considerato, nella possibilità degli abusi, dalla legge penale (articolo 628 del cod. penale abrogato, cui corrisponde il 418 di quello in vigore).

della clausola compromissoria. Rende incompetente l'Autorità giudiziaria a conoscere delle controversie insorte dal contratto. — 137. Se l'incompetenza dell'Autorità giudiziaria sia così assoluta, da impedire la rinuncia tacita all'eccezione di improcedibilità. — 138. Se la rinuncia tacita per rispetto ad una controversia insorta influisca su quelle che fossero per insorgere in seguito. — 139. L'eccezione di improcedibilità della causa avanti l'Autorità giudiziaria deve essere proposta e discussa nella causa di merito. — 140. Deve essere proposta *in limine litis*. — 141. La clausola compromissoria è obbligatoria per i successori. — 142. Differenze fra il compromesso e la clausola compromissoria.

121. La nostra legge, all'articolo 12 del cod. di proc. civ., ha ammesso la clausola compromissoria, cioè ha dato alle parti la facoltà di compromettere non solamente su questioni già insorte, ma sopra questioni non ancora insorte, su questioni che possono sorgere col tempo. Quell'articolo incomincia così: « Quando in un contratto, o dopo, le parti siansi obbligate a compromettere le controversie che ne possono sorgere... ».

122. Non è quindi a credere che la clausola compromissoria sia permessa per qualsiasi controversia futura che potesse sorgere fra due persone, qualunque ne sia la causa generatrice. La legge sconoscerebbe i principî generali di diritto se permettesse ad alcuno di rinunciare in via generale ed indeterminata ad un suo diritto, quando cioè non è neppur possibile prevedere quali questioni potranno fra due persone sorgere col tempo (1). La clausola compromissoria è permessa quando si tratta di sottoporre agli arbitri le controversie che fossero per sorgere in avvenire dalla esecuzione di un contratto (2).

123. Questa clausola, come appare dal citato articolo, può essere inclusa nel contratto dal quale possono sorgere le controversie, o essere pattuita in seguito come appendice del contratto. In ogni caso però essa è essenzialmente un accessorio del contratto principale e può essere *illimitata* o *limitata*, vale a dire estendersi a tutte indistintamente le controversie che fossero per nascere dal contratto principale, oppure restringersi a quelle questioni che fossero per sorgere da diritti ed obbligazioni specialmente indicati nel contratto stesso.

Nel primo caso, dice il Mattirolo (3), pare evidente che, qualunque sia la natura della controversia insorta dal contratto (4), essa debba dirsi compresa nella clausola e perciò soggetta al giudizio di arbitri; fatta solo eccezione per le questioni volgenti sulla capacità delle parti a contrattare e a compromettere, o sulla validità del contratto principale a cui è annessa la clausola; perchè la validità di questa dipende dalla validità del contratto al quale è aggiunta, e presuppone la capacità nelle parti a contrattare e a compromettere; laonde, cadendo il contratto principale, cade anche la clausola accessoria, e contrastandosi la validità del vincolo compromissorio, manca negli arbitri la podestà di giudicare (5). Fu pertanto giudicato che anche la cognizione di tutte le controversie riguardanti l'esecuzione, il mantenimento, la riduzione del contratto e le decadenze per inadempimento degli obblighi di esso, è da ritenersi devoluta agli arbitri e sottratta quindi alla giurisdizione dell'Autorità giudiziaria (6). E persino nel caso in cui il magistrato fosse richiesto di giudicare della validità della clausola compromissoria, non potrebbe esaminare se le insorte controversie siano o no connesse al contratto munito di quella clausola all'oggetto di stabilire se rientrino o no nella competenza degli arbitri, ma dovrebbe lasciare questo esame agli arbitri stessi (7).

Nel secondo caso, per determinare i limiti della giurisdizione degli arbitri, si dovrà indagare quale sia stata la volontà delle parti, desumendola dalle espressioni adoperate nella clausola.

124. In ambedue i casi poi, appunto perchè devesi ritenere che all'Autorità giudiziaria è riservata soltanto la cognizione delle controversie sulla validità del contratto, cui è annessa la clausola compromissoria, e che la giurisdizione arbitrale nella sua ampiezza comprende anche la facoltà per gli arbitri di conoscere e decidere della propria competenza, salvo di accusarne, a titolo di nullità, l'eccesso, anche il conoscere se una controversia sia o no fuori dei limiti del contratto, per il quale la clausola compromissoria è stata sti-

(1) Mattirolo, op. cit., I, nn 729 e 730.

(2) La sua efficacia si estenderebbe anche alle modificazioni e alle aggiunte che fossero state pattuite con una successiva convenzione: App. Roma, 20 luglio 1882, *Società dei tramways* c. *Lombardi* (*Temi Rom.*, II, 425).

(3) Op. cit., I, in nota al n. 748.

(4) « Anche se si riferisca all'essenza del diritto e dell'obbligazione e della loro esecuzione, od anche allo scioglimento del contratto per inadempimento degli obblighi assunti con esso, alla sua caducità, alla decadenza dallo stesso », dice il Gargiulo, nel *Diritto e Giurisprudenza*, 1885, e nell'*Annuario* del Cuzzeri, vol. IV. pag. 70-72. V. anche Amar, monografia nello stesso *Annuario*, pag. 52, anno III.

(5) Cassaz. Roma, 30 marzo 1876, *Viti* c. *Leali* (*Monit. Trib.*, VII, 1056); App. Milano, 20 marzo 1882, *Corti* c. *Gabbi* (*Ann.*, XVII, 2, 297); 30 giugno 1885, *Banca di Torino* c. *Soc. anon. immob. lodigiana e L. C.* (*Monit. Trib.*, XXVI, 981); App. Trani, 25 giugno 1887, *Provincia di Foggia* c. *Makenzie* (*Riv. di giurepr.*, Trani, XII, 654); 24 febbraio 1890, *Comune di Taranto* c. *Soc. per le opere pubbliche nel mezzodì d'Italia* (*Giurispr. Ital.* XLII, 2, 278); App. Milano, 30 agosto 1892, *Riunione Adriat. di sicurtà* c. *Prina* (*Giurispr. Ital.*, XLV, 1, 2, 151). — Vedi anche Scotti, *Studio sulla clausola compromissoria* (*Monit. dei Trib.*, X, 529); Cuzzeri, op. cit., nota 6ª agli art 11-12 e nota 3ª all'art. 20; Amar, op. cit., n. 110 e *Monogr. sugli effetti della clausola compromissoria* nell'*Annuario* del Cuzzeri, anno III, pag. 50; Manfredini, op. cit., n. 428.

(6) Appello Milano, 8 maggio 1875, *Frat. Richiedei* c. *Fortis* (*Giorn. dei Trib.*, VI, 543); Appello Venezia, 15 settembre 1875, *Zacchin* c. *Ceresa* (*Temi Ven.*, I, 47); App. Palermo, 18 luglio 1877, *Borgetti* c. *Sindaco d'Augusta* (*Cir. Giur.*, X, 87); Appello Catania, 6 agosto 1880, *Regia dei Tabacchi* c. *Valora* (*Giurispr. Ital.*, X, 2, 173); Appello Bologna, 29 gennaio 1884, *Prov. di Ferrara* c. *Cremonesi ed altri* (*Riv. giurid.*, Bologna, 1884, 13; *Giurispr. Ital.*, XXXVI, 2, 190; *Annali*, XVIII, 2, 452; *Foro Ital.*, IX, 1, 600); Appello Milano, 26 ottobre 1885, *Fabbrica Lomb. di prodotti oleosi* c. *Torelli* (*Monit. Trib.*, XXVII, 100); Appello Venezia, 13 settembre 1887, *Corti frat.* c. *Pantaleoni* (*Monitore Trib.*, XXVIII, 894; *Giurispr. Ital.*, XXXIX, 2, 691); App. Bologna, 19 luglio 1888, *Mannati e Navarra* c. *Borghi* (*Monitore Trib.*, XXIX, 995); App. Torino, 2 novembre 1888, *Com. di Aosta* c. *Borgetto* (*Giurispr.*, Torino, XXVI, 110); App. Casale, 17 febbraio 1893, *Balducci* c. *Savarro* (*Giurispr. Cas.*, XIII, 263). — Contra: App. Firenze, 28 novembre 1883, *Nardi Bersacchi* c. *Ferrovie Romane* (*Annali*, XVIII, II, 117).

(7) Appello Genova, 1° settembre 1893, *Ministero della Marina* c. *Ditta Narducci e figli, Banca Nazionale* e *Banca Toscana* (*Temi Genov.*, V, 569).

pulata, entra nella sfera d'azione degli arbitri (1). Quindi fu anche giudicato che non possono le parti, in caso di disaccordo sulle questioni da proporsi, ricorrere alla Autorità giudiziaria perchè le formoli, ma devono restringersi a far conoscere agli arbitri i punti sui quali cade la controversia (2).

125. Non tutte le legislazioni hanno ammesso la clausola compromissoria, anche ristretta ai limiti delle controversie sorgenti dal contratto. È dubbio se l'abbia riconosciuta la legislazione romana, e i pochi passi del titolo *De receptis* del Digesto non valgono certo a schiarirlo (3). Il codice di procedura civile francese non fa cenno della clausola compromissoria, ma, come appare da Carré et Chauveau (4), ne riconoscono l'efficacia tanto la dottrina quanto la giurisprudenza. Il disegno di riforma del codice per il Belgio espressamente la vieterebbe. Il codice sardo del 1853, sempre seguendo le orme del francese, non ne fa cenno, come non ne fanno cenno il codice parmense e il regolamento generale del processo civile austriaco, già in vigore nella Lombardia e nel Veneto. Invece il codice civile ginevrino la ammette (5), come la ammettono il codice di procedura civile per la Germania (6), e il nuovo regolamento del processo civile austriaco (7).

126. Tuttochè l'Allard, nel suo esame critico del codice di procedura civile italiano, rimpianga l'accettazione in esso fatta della clausola compromissoria, noi crediamo che il legislatore patrio, ammettendola, contro le sinistre prevenzioni di cui essa fu spesso segno, fece cosa conveniente e giusta.

Diciamo *conveniente*, perchè, quando la controversia è già sorta, le parti, essendo i loro animi già divisi, difficilmente si avvicinano per pattuire il compromesso, mentre nell'atto e nel momento di conchiudere un contratto le parti sono già disposte all'accordo e il patto di compromesso deve necessariamente riuscire più facile. Anzi, osserva a proposito il Triani (8), vi sono contratti che quasi naturalmente lo richieggono, come le società, le convenzioni di famiglia ed altre di simil fatta.

Dicemmo *giusto*, perchè, come giustamente osserva la Relazione Pisanelli (9), e lo ripete la Corte di cassazione di Napoli nella sentenza 10 aprile 1869, in causa *Cassitto* c. *Notargiacomo* (10), « la clausola compromissoria nulla racchiude di contrario ai principî generali, inquantochè riguarda determinatamente diritti ed obbligazioni già esistenti in forza del contratto principale; l'eventualità non concerne il diritto o l'obbligazione considerati in sè stessi, ma soltanto le controversie che possono sorgere dall'esercizio dell'uno o nell'adempimento dell'altro » (11). Quindi non sarebbe necessaria nella clausola compromissoria, anche quando fosse stipulata con atto posteriore al contratto cui si riferisce, alcuna indicazione o determinazione delle controversie e degli oggetti in lite, che potranno essere tema del giudizio avanti gli arbitri.

127. Abbiamo veduto che non esiste compromesso se non è fatto per iscritto. Quanto invece alla clausola compromissoria, siccome essa, lo dicemmo poc'anzi, è l'accessorio del contratto principale, così quando alla esistenza e validità di questo contratto principale non sia necessario l'atto scritto, anche la prova dell'esistenza della clausola compromissoria potrà essere fornita con tutti i mezzi, coi quali è lecito provare il contratto di cui costituisce l'accessorio. È questa la massima accolta pressochè concordemente tanto dalla giurisprudenza (12), quanto dalla dottrina (13).

Abbiamo detto quasi concordemente, perchè qualche sentenza (14) e qualche scrittore (15), hanno abbracciato contraria opinione; si sono cioè pronunciati nel senso che in ogni caso alla validità della clausola è necessario lo scritto, il solo che valga a provarne l'esistenza. Le ragioni addotte a sostegno di questa opinione, si riducono sostanzialmente a queste due:

1° L'atto scritto richiesto dalla legge per il compromesso come garanzia di ordine pubblico in giudizio eccezionale, quale è quello degli arbitri, non può mancare nella clausola compromissoria, che si riduce ad un compromesso condizionato all'eventuale sorgere della controversia.

---

(1) Appello Milano, 20 marzo 1882, *Corti* c. *Gabbi* (*Annali*, XVII, 2, 297); Cass. Torino, 29 aprile 1886, *Lertora* c. *Ferrando* (*Giurispr. Ital.*, XXXVIII, 1, 1, 268; *Giurispr.*, Torino, XXIII, 306; *Legge*, XXVI, I, 231); Cass. Torino, 26 maggio 1887 (*Monit. Trib.*, XXVIII, 992; *Giurispr. Ital.*, XXXIX, 1, 1, 780; *Giurispr.*, Torino, XXIV, 359; *Annali*, XXII, 1, 26; *Legge*, XXVII, 2, 184); App. Genova, 5 giugno 1888, *Casanova* c. *Chiappe* (*Eco Giurispr. civ.*, XII, 271). — Contra: Cassazione Roma, 6 aprile 1887, *Levi* c. *Caltro* (*Legge*, XXVII, 2, 506; *Monit. delle Leggi*, VI, 339). — Cuzzeri, op. cit., note 3ª e 4ª all'art. 20; Gargiulo, *Comm.*, I, pag. 82; Galdi, *Comm.*, I, n. 153; Amar, op. cit., nn. 166 e 177, e monogr. nell'*Annuario* del Cuzzeri, pag. 64 dell'anno IV.

(2) Cassaz. Torino, 30 giugno 1885, *Sardini* c. *Panetti* (*Giurispr.*, Torino, XXII, 442; *Annali*, XIX, 1, 437; *Foro Ital.*, X, 1, 878).

(3) § 6, fr. 6.

(4) Op. cit., quest. 2373.

(5) Art. 336.

(6) § 852.

(7) § 577, primo capoverso.

(8) Op. cit., pag. 298.

(9) Pag. 13 dell'ediz. uffic.

(10) *Annali*, III, 244.

(11) È il concetto che è espresso anche nell'art. 852 del codice di procedura civile della Germania: « Ein Schiedsvertrag über künftige Rechtsstreitigkeiten hat keine rechtliche Wirkung, wenn er nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältniss und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht ». Ed anche il nuovo regolamento del processo civile austriaco dice: « In einem Schiedsvertrage kann auch wirksam vereinbart werden, dass aus bestimmten Rechtsverhältnissen künftig entstehende Streitigkeiten durch einen oder mehrere Schiedsrichter entschieden werden sollen » (§ 572, capoverso primo).

(12) Cassaz. Napoli, 10 aprile 1869, *Cassitto* c. *Notargiacomo* (*Giurispr. Ital.*, XX, I, 1, 219), e 21 maggio 1875, *Compagn. d'assicur. gener.* c. *Maresca* (*Giorn. dei Trib.*, IV, 697; *Legge*, XV, 1, 642); Appello Torino, 13 dicembre 1872, *Visconti-Trolli* c. *Scarlatta* (*Giurispr. Ital.*, XXIV, II, 84), e 16 ottobre 1873, *Cantone e Perona* c. *Levis e Mosca* (*Giurispr. Ital.*, XXV, II, 699). Questa sentenza, dichiarando che non è necessario l'atto scritto per rinunciare alla clausola compromissoria, implicitamente ammette non essere necessario che la clausola risulti da atto scritto. V. anche App. Genova, 12 marzo 1869, *Comune di Busalla* c. *Traverso* (*Ann.*, IV, 2, 236; *Gazz. dei Trib.*, Genova, 1869, 500).

(13) Mattirolo, op. cit., I, n. 749; Amar, op. cit., n. 99; Manfredini, op. cit., I, n. 426; Cuzzeri, op. cit., nota 4ª agli art. 11 e 12; Triani, op. cit., pag. 298.

(14) V., fra le altre, quella della Corte d'app. di Genova, 25 giugno 1880, *Raggio* c. *Sciaccaluga* (*Gazz. legale*, 1881, p. 135).

(15) L'avvocato Antonio Scotti nella sua monografia: *Studio sulla clausola compromissoria*, inserta nel *Monitore Tribunali*, 1879, 529; il prof. Mortara nel *Manuale della procedura civile*, n. 1045; l'avvocato Orefici, nella *Nota* alla sentenza n. 24, dell'*Annuario della procedura civile* del Cuzzeri, vol. IV, pag. 72, e nella comparsa conclusionale, pubblicata a pag. 91 del volume VI.

2° Mancando l'atto scritto da cui risulti la clausola compromissoria, riesce impossibile l'adempire all'obbligazione imposta dall'articolo 24 del codice di proc. civ., sotto pena di nullità, di depositare nella cancelleria della pretura l'atto di compromesso insieme alla sentenza pronunciata dagli arbitri.

128. Hanno combattuto queste ragioni, per le quali si vorrebbe nel caso di clausola compromissoria, che al verificarsi della controversia si stipulasse un vero compromesso (1), l'Amar (2), il Manfredini (3), il Cuzzeri (4) e il Mattirolo (5). Essi fanno opportunamente osservare: che una disposizione di diritto singolare, come quella che vuole lo scritto per il compromesso, non può estendersi ad un istituto diverso quale è la clausola compromissoria; che, dovendosi specificare agli arbitri la controversia, perchè essi possano conoscere il vero punto di questione e quindi anche i limiti entro i quali pronunciare, questa determinazione o specificazione della controversia che sarà fatta o dalle parti se si mettono d'accordo, od, in mancanza d'accordo delle parti, dall'Autorità giudiziaria, dovrà necessariamente risultare da scritto, col deposito del quale insieme alla sentenza, si soddisfarà alla disposizione dell'articolo 24 del codice di procedura; ma l'atto scritto, che contiene la determinazione della controversia, è cosa affatto distinta dalla clausola compromissoria, che ha vita ed è perfetta da sè colla sola stipulazione contemporanea o successiva al contratto principale; per modo che il vincolo compromissorio già esiste in essa indipendentemente da qualunque atto posteriore, nè ha bisogno di alcuna successiva conferma. Giustamente quindi le due sentenze della Cassazione di Napoli 10 aprile 1869 e 21 maggio 1875, citate a nota 12 della pag. precedente, ebbero a stabilire che, quando nello stipulare un contratto siasi pattuito che tutte le controversie nascenti da esso debbansi far decidere da arbitri, si ha un pieno compromesso valido, nè altro rimane a fare se non procedere alla nomina degli arbitri, se questi non furono nominati al momento della clausola compromissoria, o vennero a mancare tutti od alcuni. La determinazione delle speciali questioni a risolvere attiene non alla sostanza del compromesso, ma alla regolarità del procedimento.

E nello stesso senso pronunciarono la Corte d'appello di Genova colla sentenza 30 novembre 1888, in causa *Levi* c. *Ministero della Marina*, indicata come inedita nell' *Annuario* del Cuzzeri (6), con lunga nota; e la Corte Suprema di Torino, con sentenza 18 maggio 1889, in causa *Chiappa* c. *Casanova* (7). Anzi alcune Corti si spinsero molto più innanzi, non richiedendo neppure l'atto scritto di determinazione delle controversie.

Così la Corte di cassazione di Roma con sentenza 11 febbraio 1889, in causa *Carloni* c. *Carloni* (8), dichiarò che nel caso di clausola compromissoria, a differenza del compromesso, la determinazione preventiva delle controversie sottoposte al giudizio degli arbitri non è imposta a pena di nullità, potendo risultare nel corso del giudizio arbitrale dalle memorie presentate dalle parti a sensi dell'articolo 14 del codice di procedura. Così la Cassazione di Napoli colla già citata sentenza 21 maggio 1875, in causa *Compagnia generale di assicurazioni di Venezia* c. *Maresca*, dichiarò che nel caso di clausola compromissoria la disposizione dell'articolo 24 del codice di procedura è adempiuta mercè il deposito del contratto in cui si contiene, senza che sia necessario unire anche gli atti del giudizio arbitrale.

129. Trattando del compromesso, abbiamo veduto che alla sua validità ed efficacia è necessaria l'indicazione del nome e cognome degli arbitri, il che implica anche l'indicazione del numero dispari di essi. Questa norma non trova applicazione al caso della clausola compromissaria (9). Infatti l'articolo 12 del codice di procedura dice: « Quando in un contratto, o dopo, le parti siansi obbligate a compromettere le controversie che ne possono nascere, se gli arbitri non siano stati nominati, la nomina dei mancanti è fatta dall'Autorità giudiziaria che sarebbe competente a conoscere della controversia, semprechè le parti non abbiano stabilito diversamente ».

Lo stesso avverrebbe quando le parti avessero bensì fatta, nel contratto o successivamente, la nomina degli arbitri, ma nel tempo decorso dalla nomina al sorgere della controversia « fossero mancati per qualunque causa tutti od alcuni degli arbitri nominati dalle parti ».

130. Una prima importante osservazione a fare intorno a queste disposizioni dell'articolo 12 è che esse riguardano solamente la clausola compromissoria; in nessuna maniera potrebbero essere applicate al compromesso. E se ciò appare indubbiamente dalla legge, che nell'articolo 11 ha posta la massima assoluta della nullità del compromesso quando non contiene la nomina degli arbitri, e nell'articolo 12 s'è occupata esclusivamente della clausola compromissoria, è anche giusto, perchè la clausola compromissoria riflette questioni future od eventuali, quindi riesce indifferente che gli arbitri siano scelti dalle parti o dal magistrato; invece, quando la controversia è già sorta, come avviene nel compromesso, e le parti abbiano riposto la loro fiducia in determinate persone per poterla risolvere, il magistrato, salvo, si intende, ogni patto in contrario, non ha autorità di nominarne altre, e il compromesso si avrebbe a ritenere come non avvenuto. E perciò giustamente la sentenza 19 ottobre 1870 della Cassazione di Napoli, in causa *Zammarano* c. *Zammarano* (10), disse nullo il compromesso, se nulla fosse la nomina fatta dagli arbitri, e non avere l'Autorità giudiziaria la facoltà di fare la nomina degli arbitri in sostituzione di quelli invano eletti dalle parti.

Del resto una ragione che meglio giustifica la esclusiva applicazione della disposizione alla clausola compromissoria,

(1) La lettera dell'art. 11 del codice di procedura pare giovi alla dottrina combattuta, perchè in esso è detto: « quando in un contratto, o dopo, le parti *siansi obbligate a compromettere..* ».

(2) Op. cit., n. 99.

(3) Op. cit., n. 427.

(4) Op. cit., nota 4ª agli art. 11 e 12.

(5) Op. cit., I, n. 750.

(6) Pag. 74 del vol. VIII.

(7) *Monit. Trib.*, XXXI, 78; *Giurispr.*, Torino, XXVI, 780.

(8) *Monit. Trib.*, XXX, 657; *Giurispr. Ital.*, XLI, 1, 1, 614; *Annali*, XXIII, 1, 169; *Foro Ital.*, XIV, 1, 992.

(9) Valida la clausola anche senza designazione del numero degli arbitri disse la Corte d'appello di Genova, 10 marzo 1890, *Gariglio e Parodi* c. *Comune di Sestri Ponente* (*Giurisp. Ital.*, XLII, 2, 469; *Monit. Trib.*, XXXI, 868; *Annali*, XXIV, 2, 216). E più recentemente lo ha confermato la Corte d'appello di Cagliari, con sentenza del 6 marzo 1897, *Bacchiddu* c. *Squinto* (*Giur. Sarda*, 1897, 172).

(10) *Annali*, V, 1, 107. V. anche Cassaz. Torino, 3 marzo 1893, *Rossi* c. *Zenoni* (*Monit. Trib.*, XXXIV, 425; *Giurisp. Ital.*, XLV, 1, 1, 538; *Giurispr.*, Torino, XXX, 257; *Foro Ital.*, XVIII, 1, 660).

è che essa per la clausola si presentava al legislatore come una necessità a fine di evitare che il patto compromissorio sia facilmente deluso da qualcuna delle parti, e ridotto a lettera morta, per il rifiuto di essa a nominare gli arbitri mancanti.

131. Una seconda osservazione suggeriscono queste ultime parole dell'articolo: « semprechè le parti non abbiano stabilito diversamente ». Esse danno a divedere che anche nella clausola compromissoria è sempre la volontà delle parti che la legge vuol rispettata, salve però le norme ritenute di ordine pubblico; e che solo nel caso di mancanza di speciale convenzione o d'accordo delle parti, l'Autorità giudiziaria, competente a conoscere della controversia ossia della causa che si vuol sottoporre al giudizio arbitrale, dovrà procedere alla nomina (1).

È in applicazione di quella massima fondamentale, non lesiva di alcun principio, anzi pienamente conseguente ai principî sui quali il compromesso è costituito, che devonsi risolvere tutte le questioni che nella pratica possono sorgere quando si voglia rendere operativa la clausola compromissoria, sia colla nomina, sia colla sostituzione degli arbitri mancanti.

Quindi è che, anche quando l'Autorità giudiziaria avesse, sull'istanza di una o di ambedue le parti, nominato gli arbitri mancanti le parti compromettenti possono non aver riguardo a tale nomina, e finchè gli arbitri nominati dalla Autorità giudiziaria non abbiano accettato, procedere d'accordo all'elezione, in surrogazione di essi, di altre persone che godano la particolare loro fiducia (2). Anzi la Corte di appello di Genova, con sentenza del 26 febbraio 1897 (3), ebbe a pronunziare che il magistrato chiamato a nominare gli arbitri deve dichiarare che gli arbitri da esso nominati s'intenderanno eletti qualora entro un determinato termine, le parti non si accordino sulla scelta di altri.

Quindi le parti potranno designare come arbitro non una determinata persona, ma quella che al tempo in cui le controversie insorgessero, rivestisse una carica determinata (4).

Quindi potranno deferire la nomina degli arbitri mancanti ad Autorità giudiziaria diversa da quella che sarebbe competente a conoscere della causa (5).

Quindi l'ufficio di nominare gli arbitri in numero dispari potrebbe dai compromettenti essere deferito a terze persone di loro fiducia (6); e le parti compromettenti potrebbero anche nominare arbitri in numero pari, delegando nello stesso tempo ai nominati di eleggere il terzo arbitro, e, per il caso che questi non si mettessero d'accordo nella nomina, riportarsi all'autorità giudiziaria, oppure rimettere direttamente la scelta all'Autorità giudiziaria (7).

Che se le parti avessero dato agli arbitri nominati in numero pari l'ufficio di nominare il terzo arbitro, senza rimettere, per il caso di loro disaccordo nella nomina, la scelta di questo terzo all'Autorità giudiziaria, la nomina, che questa autorità facesse sulla istanza di una parte sola, dovrebbe ritenersi nulla ed inefficace, come dichiarò la Corte di cassazione di Torino, con sentenza 5 marzo 1870, *Gatti c. Gatti*, poc'anzi citata in nota. Anzi in questa sentenza è detta inefficace la nomina « anche nel caso che non uno, ma due arbitri fossero mancati, perchè, se le parti non vollero che, mancando un arbitro, fosse egli supplito colla nomina giudiziaria di un altro, tanto meno si presume aver esse voluto che, mancandone due, fossero entrambi per nomina giudiziale rispettivamente nominati e surrogati ». E il pronunciato della Corte Suprema ci pare evidentemente giusto, dacchè per la diversa volontà delle parti l'Autorità giudiziaria sarebbe stata spogliata della facoltà di procedere alla nomina (8).

Dobbiamo invece ritenere che sarebbe come non conchiusa e perciò inefficace la clausola compromissoria, se le parti avessero rimesso la nomina a dopochè la controversia fosse sorta, e pattuito che in caso di disaccordo nella nomina, si riterrà caduta la clausola. Infatti la clausola così stabilita non produrrebbe alcun vincolo, essendo sempre in facoltà di ciascuna delle parti di sottrarsi ad essa col discordare nella nomina; mentre, se l'accordo avviene, si darebbe vita ad un vero compromesso, poichè il vincolo sorgerebbe dopo che la controversia è già sorta. Ed è per la stessa ragione che fu giudicato essere radicalmente nulla la clausola compromissoria se in essa la nomina dell'arbitro è demandata ad una sola parte; che è quanto dire, che ad una parte sola è rimessa la facoltà di adire in caso di controversia la giurisdizione arbitrale anzichè l'ordinaria (9).

---

(1) Appello Genova, 12 marzo 1869, *Busalla c. Traverso* (*Annali*, IV, 2, 236); Cassaz. Torino, 23 maggio 1888, *Siccardi c. Geisser* (*Giurispr.*, Torino, XXV, 544); Appello Venezia, 19 gennaio 1887, *Consorzio Tesina c. Consorzio Astico* (*Giurispr. Ital.*, XXXIX, 2, 554; *Annali*, XXI, 2, 107-369; *Legge*, XXVII, 424; *Temi Veneta*, XII, 443); Appello Brescia, 21 dicembre 1887, *Società anonima per la strada ferrata Suzzara-Ferrara c. Provincia di Mantova* (*Monit. Trib.*, XXIX, 185; *Filangieri*, XIII, 282; *Annuario* del Cuzzeri, anno VI, al n. 18, sotto *Arbitri*).

(2) Mattirolo, op. cit., I, in nota al n. 751; Amar, op. cit., n. 113; Cuzzeri, op. cit., nota 8ª agli art. 11 e 12; Gargiulo, op. cit., n. III all'art. 12; Mattei, *Annotaz.* all'art. 12; Ricci, op. cit., I, n. 21; Borsari, op. cit., pag. 61, *Comm.* all'art 12.

(3) *Fioroni c. Flecchia* (*Temi Genov.*, 1897, 152).

(4) Cassaz. Torino, 7 febbraio 1890, *Comune di Aosta c. Gedda e Borgetto* (*Monit. Trib.*, XXXI, 738; *Annali*, XXIV, 1, 315; *Giurispr.*, Torino, XXVII, 433; *Giurispr. Ital.*, XLII, 1, 1, 370); Appello Genova, 1° settembre 1893, *Ministero della marina c. Ditta Barducci e figli, Banca Nazionale e Banca Toscana* (*Temi Gen.*, V, 569).

(5) Appello Brescia, 21 dicembre 1887, cit.; Appello Bologna, 2 ottobre 1886, *Banca di Torino c. Tarra* (*Giurispr. Ital.*, XXXIX, 2, 31).

(6) Cassazione Torino, 5 marzo 1870, *Gatti c. Gatti* (*Giurispr. Ital.*, XXII, 1, 1, 255); Appello Cagliari, 6 marzo 1897, *Baochiddu c. Squinto* (*Giurispr. Sarda*, 1897, 172).

(7) Appello Torino, 13 dicembre 1872, *Visconti e Frolli c. Scarlatta* (*Annali*, VII, 2, 70); App. Brescia, 21 dicembre 1887, *Società anonima per la strada ferrata Suzzara-Ferrara c. Provincia di Mantova* (*Mon. Trib.*, XXIX, 185; *Filangieri*, XIII, 282; *Annuario* del Cuzzeri, anno VI, pag. 89, n. 18); App. Bologna, 19 luglio 1888, *Mannati e Navarra c. Borghi* (*Monit. Trib.*, XXIX, 995); App. Genova, 10 marzo 1890, *Gariglio e Parodi c. Comune di Sestri Ponente* (*Giurispr. Ital.*, 1890, 2, 469). « È valida, disse questa sentenza, la clausola compromissoria quando i contraenti affidano ai due arbitri da loro nominati come condizione iniziale del collegio la nomina di un terzo arbitro ». Conf. pure Appello Milano, 28 marzo 1892, *Bettarelli c. « La Nation »* (*Monit. Trib.*, XXXIII, 573). — V. anche la sentenza 31 maggio 1897 della Corte d'appello di Bologna, *Ancona c. Ferriani* (*Circ. Giur.*, 1897, 259).

(8) V. anche Ricci, op. cit., I, n 23.

(9) App. Brescia, 1° luglio 1879, *De-Giuli c. Di Bagno* (*Monit. Trib.*, XX, 751); Appello Milano, 28 marzo 1892, *Bettarelli c. « La Nation »* (*Monit. Trib.*, XXXIII, 573), sentenza cassata dalla Corte Suprema di Torino con sentenza 17 marzo 1893 (*Monit. Trib.*, XXXIV, 307); Appello Milano, 20 marzo 1893,

132. Abbiamo detto che la volontà delle parti vuol essere rispettata, purchè siano salve quelle norme che la legge ha posto per ragione di ordine pubblico. Ora, poichè tale si deve ritenere quella che richiede siano gli arbitri eletti in numero dispari, non si potrebbe considerare valida la clausola colla quale gli arbitri fossero stati nominati in numero pari, nè alla nullità potrebbe supplire l'Autorità giudiziaria (1).

Nulla del pari sarebbe la clausola anche nel caso che agli arbitri nominati in numero pari fosse stata accordata la facoltà di nominare il terzo quando non riuscissero ad accordarsi nella soluzione della controversia (2). Si badi però che altro è il caso, da noi già considerato, che le parti nominano gli arbitri colla delegazione a questi di nominare il terzo, come condizione iniziale della formazione del collegio in numero dispari, altro quello di cui ci occupiamo, col quale le parti costituiscono il collegio in numero pari investendolo della facoltà di pronunciare in numero pari, salvo verificandosi disaccordo nella soluzione della controversia, di nominare il terzo. Nel primo caso, come vedemmo, la clausola è valida, nel secondo è nulla. Parecchie delle sentenze citate nella nota pongono chiaramente la distinzione.

Però, analogamente a quanto dicemmo parlando del compromesso, se sorta la controversia, le parti avessero nominato due arbitri, il collegio arbitrale non potrà ritenersi validamente costituito, ma con ulteriore accordo le parti potranno addivenire alla nomina del terzo arbitro, e in mancanza d'accordo dall'Autorità giudiziaria si provvederà a norma dell'articolo 12 del codice di procedura (3).

133. Un'ultima ricerca circa la nomina degli arbitri nel caso di clausola compromissoria. L'Autorità giudiziaria chiamata a provvedere per la nomina può e deve investigare se realmente la controversia che si vorrebbe risolvere coll'arbitramento entri nel novero di quelle a considerarsi siccome previste nel contratto? In altre parole: quali limiti sono imposti alle indagini dell'Autorità giudiziaria?

Due sentenze della Corte di cassazione di Torino, in causa *Ditta Fratelli Lertora e Sturla* c. *Ferrando ing. Giuseppe*, la prima del 29 aprile 1886 (4), la seconda, pronunciata a Sezioni riunite, del 26 maggio 1887 (5), hanno accolto il principio, che l'Autorità giudiziaria può unicamente considerare la domanda proposta dagli attori nella sua forma estrinseca e vedere se nelle sue apparenze presenti qualche nesso o rapporto di dipendenza col contratto, almeno come di causa ad effetto; che pertanto eccederebbe i limiti della competenza giudiziaria ogni ulteriore indagine sulle origini del contratto, sull'estensione delle stipulazioni in esso contenute ed in particolare sulle questioni da sottoporsi agli arbitri. Quindi pronunciò la Suprema Corte che il contraente citato innanzi alla giurisdizione ordinaria per la nomina degli arbitri, non può, senza violare il contratto che ha stabilito la giurisdizione convenzionale, opporre innanzi al giudice ordinario l'incompetenza del giudice arbitrale, ma deve riservarla al giudizio arbitrale, le cui decisioni sono sempre soggette all'azione di nullità giusta l'articolo 32 del codice di procedura, anche per titolo d'eccesso dei limiti del compromesso. « E per vero, soggiunge la Corte Suprema, se l'Autorità giudiziaria si rifiutasse di nominare gli arbitri per criteri desunti dal merito della controversia, invaderebbe la giurisdizione arbitrale, che nella sua pienezza comprende anche la facoltà negli arbitri di conoscere e decidere essi stessi della propria competenza (6) ».

134. Quale sarà il procedimento per provocare dall'Autorità giudiziaria la nomina degli arbitri mancanti? Una sentenza della Corte di Messina, 9 giugno 1880, in causa *Compagnia d'assicurazioni generali di Venezia* c. *Polimeni e Franco* (7), dichiarò che si procede colle regole ordinarie. Quindi se le parti si accordano, presentano ricorso all'Autorità, da loro sottoscritto; se non si accordano, quella cui preme farà citare l'altra innanzi l'Autorità competente, che è quella del domicilio o della residenza di uno qualunque di essi (8), perchè in contraddittorio o in contumacia di questa, sia fatta la nomina (9). Aggiungeremo che colla stessa sentenza fu giudicato che il magistrato, in previsione che l'arbitro nominato da una delle parti non accetti la commissione, e la parte non provveda alla surrogazione, può validamente nominare un altro arbitro condizionatamente all'avverarsi di detto caso.

135. Infine è a ricordare che fu giustamente ritenuta valida la clausola compromissoria nella quale gli arbitri,

---

« *La Nation* » c. *Quaglia* (*Monitore Tribunali*, XXXIV, 553); e 5 aprile 1895, *Kluzer Cairati* c. *Saporiti* (*Monit. Tribunali*, XXXVI, 545), sentenza questa che fu confermata da quella 19 novembre 1895 della Corte Suprema di Torino (*Monit. Tribunali*, XXXVII, 472).

(1) Cassazione Torino, 24 ottobre 1885, *Fenoglio* c. *Ferrero* (*Giurispr.*, Torino, XXII, 760; *Legge*, XXVI, I, 51).

(2) Mattirolo, op. cit., I, n. 752; Manfredini, op. cit., n. 430; — Appello Torino, 2 dicembre 1889, *Pinto* c. *Canelli* (*Monit. Trib.*, XXXI, 54; *Giurispr.*, Torino, XXVII, 120; *Foro Italiano*, XV, 11, 128); App. Milano, 11 aprile 1890, *Vitale* c. *Genazzini* (*Monit. Trib.*, XXXI, 496; *Giurispr.*, Torino, XXVI, 323; *Annali*, XXIV, 2, 223): App. Genova, 10 marzo 1890, *Gariglio e Parodi* c. *Comune di Sestri Ponente*, più volte citata; Appello Milano, 5 maggio 1894, *Van der Elst* c. *Società delle ferrovie economiche* (*Monit. Trib.*, XXXV, 467). — Contra: Appello Bologna, 19 aprile 1885, *Reali* c. *Turri* (*Rivista Giuridica*, XIII, 122); Appello Brescia, 17 maggio 1882, *Valotti* c. *Pio Luogo delle Convertite* (*Monit. Trib.*, XXIII, 625; *Giurispr. Ital.*, XXXIV, 2, 475; *Foro Ital.*, VII, 732); App. Bologna, 13 giugno 1887, *Banca di Torino* c. *Ambrosini* (*Rivista Giuridica*, XXV, 221); Cassazione Torino, 17 marzo 1893, *Fiorentino* c. *Betarelli* (*Giurispr.*, Torino, XXX, 345; *Annali*, XXVII, 1, 258)

(3) Mattirolo, op. cit., I, n. 751; Amar, op. cit., n. 112.

(4) *Giurispr. Ital.*, XXXVIII, 1, 1, 268; *Giurispr.*, Torino, XXIII, 306; *Legge*, XXVI, II, 231.

(5) *Monit. Trib.*, XXVIII, 992; *Giurispr. Ital.*, XXXIX, 1, 1, 780; *Giurispr.*, Torino, XXIV, 359; *Annali*, XXII, 1, 26; *Legge*, XXVII, 2, 184.

(6) V. retro, n. 124. — V. anche Appello Torino, 12 aprile 1886, *Ditta Baschiera* c. *Falco* (*Giurispr.*, Torino, XXIII, 521); Cassaz. Torino, 29 aprile 1886, *Comune di Giaveno* c. *Corti* (*Giurisp.*, Torino, XXIII, 426); Appello Torino, 2 febbraio 1891, *Società di risanamento di Torino* c. *Bella* (*Monit. Trib.*, XXXII, 432; *Giurispr. Ital.*, XLIII, 2, 435; *Giurispr.*, Torino, XXVIII, 227); Appello Milano, 21 luglio 1893, *Ditta G. Ricordi* c. *Strazza ved. Lucca* (*Monit. Trib.*, XXXIV, 966); Appello Genova, 8 aprile 1895, *Ministero della Guerra* c. *Pegazzano* (*Temi Gen.*, 1896, 219).

(7) *Monit. Trib.*, XXI, 1120.

(8) Art. 98 del cod. di proc. civ. — V. Cassazione Torino, 29 aprile 1886, *Comune di Giaveno* c. *Corti* (*Giurispr.*, Torino, XXIII, 426).

(9) V. anche Appello Bologna, 8 ottobre 1886, *Banca di Torino* c. *Tarra* (*Giurispr. Ital.*, XXXIV, 2, 31; *Riv. Giur.*, Bologna, XV, 51).

anche da eleggersi successivamente, siano stati autorizzati a pronunciare come amichevoli compositori. Così pronunciava la Corte d'appello di Milano, con sentenza 28 maggio 1889, in cauca *Gaslini* contro *Belloni* ed altri (1), che l'avv. F. Ricci approvava pienamente in una nota ad essa, posta nella *Giurisprudenza Italiana*. « Vi ha una ragione sufficiente, domanda l'egregio scrittore, per ritenere, che colla clausola compromissoria non sia lecito accordare agli arbitri quello stesso potere che può essere loro conferito col compromesso? Noi non la sappiamo scorgere; imperocchè, se può convenire alle parti che una loro questione attuale sia risoluta *pro bono et aequo*, può pur convenire ad esse che nello stesso modo siano risolute le controversie che in futuro possono sorgere dall'esecuzione di un determinato contratto » (2).

136. Come il compromesso obbliga le parti a stare alla decisione che sulla controversia sarà pronunciata dagli arbitri, così la clausola compromissoria, che si risolve in una rinuncia espressa alla giurisdizione dei giudici stabiliti dalla legge, impone alle parti contraenti l'obbligo di sottoporre al giudizio degli arbitri le contestazioni nascenti dal contratto (3). In altre parole, la clausola compromissoria, come già avvertimmo, rende l'Autorità giudiziaria incompetente a conoscere e decidere di tutte le controversie che insorgano circa l'esecuzione del contratto e dipendenti dal totale adempimento di esso, e che devono formar materia esclusivamente di giudizio arbitrale. Perciò una sola delle parti non potrebbe rinunciare alla giurisdizione convenzionale stabilita colla clausola compromissoria e portare avanti la Autorità giudiziaria contestazioni comprese fra quelle per cui fosse stata stipulata (4); e la legge ha anche voluto prevedere, come già dicemmo, il caso in cui, esistendo la clausola, una delle parti tentasse di impedire che seguisse il giudizio arbitrale, col rifiuto di prestarsi alla nomina degli arbitri o alla determinazione delle controversie (5). Del resto sulla verità della accennata massima, e cioè sull'obbligo di osservare la clausola compromissoria, che si manifesta dalla natura sua di atto sinallagmatico, non è il caso di insistere, anche per la ragione che la legge ha con speciale disposizione esteso tale obbligo ai successori dei compromettenti.

137. Però anche in questo argomento si è sollevato un dubbio, se cioè l'incompetenza dell'Autorità giudiziaria, naturale e logica conseguenza della clausola compromissoria, debba aversi per così assoluta, che impedisca all'Autorità giudiziaria di conoscere della controversia anche quando fosse portata innanzi ad essa da una delle parti e il convenuto non avesse sollevato la questione di incompetenza (o, come esattamente dice il Cuzzeri, di *improcedibilità*) e avesse direttamente ed esclusivamente provveduto alla difesa nel merito. L'opinione accolta, e che crediamo da accogliersi, è che, non potendosi ritenere tale questione di ordine pubblico, l'Autorità giudiziaria, come dovrebbe senza altro dichiararsi incompetente se il convenuto sollevasse la questione, così dovrebbe ritenersi competente per effetto della tacita rinuncia della parte alla eccezione. « Alla competenza arbitrale, disse la Corte di cassazione di Torino, derivante da clausola compromissoria, si può rinunciare espressamente o tacitamente. La rinuncia tacita si induce dall'accettazione del giudizio introdotto avanti il magistrato ordinario, non opponendo *in limine litis* l'incompetenza (6).

138. A proposito della quale rinuncia tacita opportunamente osserva il Mattirolo che « dal contratto cui è annessa la clausola compromissoria possono sorgere più controversie in diverse circostanze e in tempi diversi. Ora la rinuncia tacita non ha valore che per la controversia presente; quindi gli effetti della clausola compromissoria, cui si sia rinunciato per una controversia, potranno validamente invocarsi *in limine litis* per altra successivamente insorta » (7).

(1) *Monit. Trib.*, XXX, 594; *Giurispr. Ital.*, XLI, 2, 660; *Annuario* del Cuzzeri, anno VIII, pag. 67, n. 2. — V. anche la sentenza della stessa Corte, 4 marzo 1890, *Gaslini* c. *Società oleificio pavese* (*Monit. Trib.*, XXXI, 371).

(2) Mattirolo, op. cit., I, n. 759, che tratta a fondo la questione risolvendola in conformità alla giurisprudenza.

(3) Appello Milano, 8 maggio 1875, *Fratelli Richiedei* c. *Fortis* (*Giorn. dei Trib.*, IV, 543).

(4) Cassazione Torino, 31 marzo 1883, *Impresa Guastalla* c. *Ferrovia del Monferrato* (*Monit. Trib.*, XXIV, 360; *Giurispr.*, Torino, XX, 562).

(5) App. Napoli, 23 maggio 1883, *Imperatrice* c. *De Simone e Cocca* (*Gazz. del Proc.*, XVIII, 90).

(6) 12 luglio 1884, *Melzi* c. *Morosini* (*Giurispr.*, Torino, XXI, 580); stessa Cassaz. Torino, 13 agosto 1884, *Campero* c. *Camagin* (*Id.*, XXI, 618); 22 novembre 1884, *Martinengo* c. *Vallotti* (*Id.*, XXI, 816); 13 ottobre 1885, *De Quarti* c. *Consorzio di Robbio* (*Id.*, XXII, 749; *Monit. delle leggi*, I, 222); Appello Torino, 13 dicembre 1872, *Visconti e Trolli* c. *Scarlatta* (*Annali*, VII, 2, 70); 16 ottobre 1873, *Cantone e Perona* c. *Levis e Mosca* (*Giurispr. Ital.*, XXV, 2, 669); App. Bologna, 6 giugno 1881, *Partecipanza di Medicina* c. *Plata* (*Riv. Giuridica*, Bologna, XI, 162); 11 febbraio 1887, *Banca di Torino* c. *Mongini* (*Id.*, XV, 107); App. Milano, 29 gennaio 1886, *Banca di Torino* c. *Cingia* (*Monit. Trib.*, XXII, 261); 4 maggio 1888, *Compagnia d'assic. « La Nation »* c. *Carriero* (*Monit. Trib.*, XXIV, 431); Cassaz. Torino, 30 gennaio 1894, *Crivelli* c. *Angioletti* (*Monit. Trib.*, XXXV, 222). — Nella sentenza 28 febbraio 1896 della Corte d'appello di Bologna, *Boschi* c. *Flamigni* (*Monit. giur.*, 1896, 107) è detto che la controversia deve decidersi dagli arbitri, se non è proposta *in limine litis*, prima di ogni altra, è da rigettarsi. Anche la Cass. di Palermo, con sentenza 19 novembre 1896, *Reichenecher* c. *Comune di Messina* (*Circ. giur.*, 1896, 335), pronunciò che, quando uno dei contraenti, non avvalendosi della clausola compromissoria, conviene l'altro innanzi i tribunali, e questo si difende nel merito senza invocare il patto, si ha la rinunzia alla clausola compromissoria, e si forma il contratto giudiziale. Quindi non si può invocare, molto meno in appello, la clausola compromissoria. — Vedi infine la sentenza 10 dicembre 1897 della Corte d'appello di Milano, *Mazza* c. *Ditta Carlo Erba e Ditta Giovanni Rusconi* (*Monit. Trib.*, XXXIX, 253). Mattirolo, op. cit., I, 753; Cuzzeri, op. cit., nota 9ª agli articoli 11 e 12; Amar, op. cit., n. 129, e monografia nell'*Annuario* del Cuzzeri, pag. 163 del vol. IV; Scotti, *Della clausola compromissoria* (*Monit. Trib.*, XX, 529). La sentenza 8 maggio 1875 della Corte d'appello di Milano, *Ditta Fratelli Richiedei* c. *Fortis* (*Giorn. dei Trib.*, IV, 544), pronunciava invece che « non è lecito presumere la rinuncia al diritto di invocare il giudizio degli arbitri per ciò che siensi fatte dinanzi i giudici ordinari deduzioni di merito e siasi proposta la declinatoria del fôro solo in via subordinata » Anzi, con recente sentenza del 17 marzo 1897 in causa *Compagnia di assicurazione « La Paterna »* c. *Fallimento di Berti Giovanni* (*Monit. dei Trib.*, XXXVIII, pag. 571) la Corte di Milano si spingeva più innanzi, pronunciando che l'eccezione « essere il giudicare sulla proposta azione, di competenza di arbitri », si risolve in un'eccezione d'incompetenza *per materia* (art. 187 cod. proc., civ.), è proponibile in qualunque stato e grado della causa, e può anche essere rilevata d'ufficio ».

(7) Op. e l. cit. In sentenza 30 giugno 1885 della Corte d'appello di Genova, *Ferrovie liguri* c. *Talacchini e Laschi* (*Giurispr. Ital.*

È lo stesso principio applicato dalla Corte di cassazione di Torino al caso in cui fosse dichiarata la nullità del lodo pronunciato in base a clausola compromissoria. Le controversie decise dal lodo annullato, disse la Corte, ricadono nelle ordinarie competenze dell'Autorità giudiziaria, ma la clausola compromissoria conserva tutta la sua efficacia in ordine alle future possibili controversie, che potessero originare dal contratto, nel quale la clausola fu stipulata (1).

139. Giacchè abbiamo dovuto accennare alla questione di incompetenza sollevata avanti l'Autorità giudiziaria, quando, per effetto della clausola compromissoria, le parti sono rimesse al giudizio di arbitri, vogliamo aggiungere, a maggiore chiarezza e a compimento, alcune osservazioni:

1° Siccome la giurisdizione e quindi anche la competenza sono demandate soltanto al potere legislativo e non può per questo parlarsi di conflitto di giurisdizione e di competenza che tra Autorità giudiziarie fra di loro, o tra le stesse ed altre Autorità, non mai tra Autorità e giudici arbitri nominati dalle parti, così non può opporsi quale eccezione di incompetenza, nè colle forme degli incidenti, la eccezione desunta dal fatto, che la controversia per cui una parte adì l'Autorità giudiziaria sia stata rimessa alla decisione dei giudici compromissori. Ma tale eccezione va proposta e discussa nella causa di merito (2). E per questa ragione che poc'anzi dicevamo che esattamente il Cuzzeri la dice questione di improcedibilità (3).

140. 2° Siccome l'incompetenza dell'Autorità giudiziaria adita, per il motivo che la causa doveva essere deferita ad un giudizio arbitrale, deve, secondo la solita norma riflettente la declinatoria di fôro per incompetenza relativa (4), essere proposta prima di ogni altra istanza od eccezione, vale a dire prima di qualunque deliberazione, che sia incompatibile coll'intenzione di declinare il fôro adito dall'attore (5), così fu giudicato che non si può sollevare in sede d'appello l'eccezione di incompetenza, ossia la questione di improcedibilità, dopo essersi accettata la competenza dell'Autorità giudiziaria, non ostante la clausola compromissoria, durante il corso del primo giudizio (6).

141. Come abbiamo poco sopra avvertito, il codice di procedura civile, spingendosi nella via delle innovazioni, non solo ha ammesso la clausola compromissoria, ma la rese obbligatoria anche agli eredi dei compromettenti. Infatti il capoverso dell'articolo 12 aggiunge che, se nel tempo decorso dal contratto a quello in cui è sorta la controversia, per la risoluzione della quale le parti si fossero obbligate a compromettere, fossero succedute ad alcuna delle parti vincolate persone sottoposte a tutela, la facoltà di nominare gli arbitri mancanti è esercitata dal tutore con l'approvazione del consiglio di famiglia o di tutela. La massima è del resto pienamente conforme ai principî generali di diritto. Laonde, se avanti il matrimonio si fosse stipulata una clausola compromissoria intorno ai beni divenuti successivamente dotali, la clausola compromissoria sarà obbligatoria anche dopo il contratto di matrimonio, ossia anche per il marito (7). Invece fu deciso che il creditore, il quale, surrogandosi, in forza dell'articolo 1234 del codice civile, al suo debitore, fa valere le ragioni a questo competenti per effetto di un contratto, non è obbligato a tale oggetto di rispettare la clausola compromissoria stata nel contratto stipulata (8). « La parificazione del creditore, disse la Corte milanese, alla persona debitrice, in di cui vece egli agisce, non può spingersi fino al punto da rendere per lui obbligatoria una clausola compromissoria, la quale non concerne punto la essenza del diritto che si vuol esercitare. Se per l'esercizio delle sue azioni può ogni cittadino ricorrere all'Autorità giudiziaria, presentasi eccessiva la pretesa che possa rimanere spogliato di un tale diritto per fatto del suo debitore ». A noi però sembra giusta la osservazione che alla sentenza della Corte milanese fa la Redazione del *Monitore dei Tribunali*, cioè che, « quando si tratta di azione surrogatoria, non si può consentire che il creditore eserciti diritti maggiori di quelli competenti al debitore, altrimenti l'esercizio di tale azione si tradurrebbe in una violazione ingiustificabile dei diritti del debitore del proprio debitore » (9).

142. Tenendo ora presenti le cose fin qui esposte, è facile di porre, riassumendo, le differenze che corrono fra il compromesso e la clausola compromissoria.

1° Il compromesso è un contratto che ha vita a sè e che da sè basta a dar vita al giudizio che segue avanti gli arbitri; anzi esso, mentre deferisce a determinate persone la giurisdizione di giudici privati, costituisce anche il primo atto del giudizio, sostituisce cioè la citazione dei giudizi ordinari, e pone le controversie su cui il giudizio deve svolgersi. La clausola compromissoria, invece, non è che un patto accessorio di un contratto; non ha quindi vita a sè; da sè non dà vita al giudizio degli arbitri, giudizio che potrebbe anche per tutta la durata del contratto, e fino a pieno suo compimento, non occorrere, perchè, come al momento della pattuizione della clausola non sonvi controversie, così potrebbe nessuna controversia sorgere in seguito.

2° Quindi una seconda differenza. Il compromesso si stipula per decidere questioni certe e determinate già sorte fra le parti. La clausola compromissoria non è che un patto di compromettere in arbitri la risoluzione delle possibili

xxxvii, 2, 478), leggesi: « Nel caso di clausola compromissoria ogni volta che si adiscono gli arbitri, si dà vita ad un arbitramento che sta a sè ed è distinto dagli altri che possono o no aver luogo ».

(1) 16 febbraio 1891, *Locatelli* c. *Comune di Bergamo* (*Monit. Trib.*, xxxii, 617; *Giurispr. Ital.*, xliii, 1, 1, 500; *Giurispr.*, Torino, xxviii, 351; *Annali*, xxv, 1, 344; *Legge*, xxxi, ii, 87).

(2) Appello Venezia, 21 ottobre 1878, *Tomicich* c. *Olivo* (*Giurispr. Ital.*, xxv, 2, 711).

(3) Op. cit., nota 9ª agli articoli 11 e 12. — Appello Milano, 28 luglio 1866, *Radice-Castiglioni* c. *Ditta Piantanida-Antonini* (*Monit. Trib.*, vii, 892); Appello Venezia, 22 giugno 1893, *Bonati-Camerini* c. *Jutificio di Piazzola sul Brenta* (*Temi Ven.*, xix, 53).

(4) Art. 127 cod. di proc. civ.

(5) Vedi, oltre le sentenze citate in nota al n. 137 anche le seguenti: Appello Brescia, 17 maggio 1882, *Valotti* c. *Luogo Pio delle Convertite* (*Monit. Trib.*, xxiii, 625; *Giurispr. Ital.*, xxxiv, 2, 475; *Foro Ital.*, vii, 1, 732; *Gazz. leg.*, vi, 299); Appello Milano, 20 gennaio 1886, *Banca di Torino* c. *Cingia* (*Monit. Trib.*, xxvii, 261; *Giurispr. Ital.*, xxxviii, 2, 225; *Annali*, xxi, 2, 38; *Legge*, xxvi, ii, 91); Appello Casale, 20 marzo 1886, *Nicola* c. *Consorzio di S. Giorgio* (*Giurispr. Casalese*, vi, p. 133); Appello Brescia, 20 ottobre 1890, *Vertua* c. *Maffezzoni* (*Monit. Trib.*, xxxii, 606).

(6) Cassazione Torino, 31 marzo 1883, *Impresa Guastalla* c. *Ferrovia del Monferrato* (*Monit. Trib.*, xxiv, 360).

(7) Cuzzeri, op. cit., nota 1ª, lett. *d*) all'articolo 9; Amar, op. cit., n. 38; Gargiulo, op. cit., nota x all'art. 9.

(8) Appello Milano, 6 marzo 1895, *Virginia e Genzana Baroffio* c. *Croci* (*Monit. Trib.*, xxxv, 387).

(9) Loc. cit.

questioni, che siano per sorgere in seguito da un contratto (1).

3° Stipulandosi il compromesso solo in caso di controversie già sorte, devono in esso essere specificatamente determinate. La clausola compromissoria, riflettendo questioni future ed incerte, che dal contratto possono sorgere, non può contenere la determinazione delle controversie.

4° Il compromesso deve contenere, perchè sia efficace, la nomina degli arbitri, perciò l'Autorità giudiziaria non ha la facoltà di fare tale nomina, essendo essa esclusivamente riservata alle parti. La clausola compromissoria può anche non contenere la nomina degli arbitri e neppure il cenno del numero di essi (2). E la nomina, nell'ipotesi che gli arbitri non fossero stati eletti dalle parti, oppure tutti od alcuni fossero mancati, può essere fatta dall'Autorità giudiziaria, quando le parti non si mettono altrimenti d'accordo per provvedervi.

5° Nel compromesso gli arbitri devono esser nominati in numero dispari; invece nel caso della clausola compromissoria le parti possono nominarli in numero pari, deferendo la nomina dell'arbitro mancante o all'Autorità giudiziaria o a persone di fiducia o agli stessi arbitri già eletti.

6° Il compromesso deve essere fatto per iscritto; la clausola compromissoria, partecipando della natura del contratto principale ed essendone l'accessorio, può anche essere fatta verbalmente, quando il contratto principale possa essere validamente conchiuso senza l'atto scritto; la prova quindi dell'esistenza della clausola può essere data anche con prove non precostituite (3).

7° Infine, in base all'articolo 12 del codice di procedura, abbiamo veduto che la clausola compromissoria mantiene tutta la sua efficacia anche quando per qualunque causa siano mancati tutti od alcuni degli arbitri nominati, perchè possono surrogarsi dalle parti o dall'Autorità giudiziaria; invece in base all'articolo 34 vedremo che il compromesso cessa per la morte, la ricusazione, la desistenza o l'incapacità di uno degli arbitri, salvochè le parti avessero pattuito contrariamente (4), come cadrebbe per la mancata accettazione degli arbitri nominati (5).

Capo XI. — Accettazione degli arbitri, e ricusazione di essi.

143. Forma dell'accettazione degli arbitri. — **144.** In generale le legislazioni non hanno dato norme in proposito. — **145.** Atti inducenti accettazione. — **146.** *Quid* se gli arbitri avessero esercitato l'ufficio senza accettazione per iscritto. — **147.** Responsabilità di chi accetta l'ufficio di arbitro. — **148.** Ricusazione degli arbitri. — **149.** Cause di ricusazione. — **150.** Cause anteriori o posteriori alla nomina. — **151.** Chi conosce delle cause di ricusazione. — **152.** Termine per proporre la ricusazione. — **153.** Forma del procedimento. — **154.** Inapplicabilità degli art. 124 e 127 cod. proc. civ. relativi all'effetto sospensivo ed alla multa.

143. Perchè il compromesso e la clausola compromissoria sortano il loro effetto, in altre parole perchè sorga il giudizio arbitrale, è necessaria l'accettazione degli arbitri.

L'ufficio di arbitro non è obbligatorio. A nessuno la legge potrebbe imporre di accettare tale ufficio, perchè l'obbligo di accettare importerebbe una irragionevole limitazione alla libertà dei cittadini.

Siccome però l'accettazione deve necessariamente recare con sè l'obbligo di adempiere all'incarico sotto pena del risarcimento dei danni, è conveniente, a scanso di dubbi, di difficoltà o di possibili contestazioni, che l'accettazione degli arbitri abbia a risultare in modo certo e non semplicemente da fatti che possano soltanto farla presumere ed essere oggetto di questione.

144. Poche sono le legislazioni e solo le più recenti che hanno provveduto con apposite regole intorno al modo col quale far apparire l'accettazione. Non aveva norme la legislazione romana (6), non ne ha il codice francese (7), nè il sardo, calcato su quello (8), non il regolamento generale del processo civile austriaco (9), nè quello del 1895, e neppure il nuovo regolamento del processo civile per l'impero germanico (10). Invece il legislatore ginevrino (11), il parmense (12) e l'italiano hanno avuto la lodevole cura di dare queste norme. L'articolo 13 del nostro codice di procedura stabilisce che « l'accettazione degli arbitri deve essere fatta per iscritto » e che « basta a questo effetto la sottoscrizione dei medesimi all'atto di nomina » (13).

145. La sottoscrizione all'atto di compromesso, se contiene la nomina degli arbitri, e all'atto di nomina, se quello di compromesso non la contiene, è per il nostro codice la manifestazione affermativa della volontà di essere arbitro. E se del compromesso si fossero fatti più atti originali, basterebbe che gli arbitri ne avessero sottoscritto uno solo (14).

Una sentenza 26 aprile 1884 della Corte di cassazione romana, in causa *Bellucci* contro *Bertinelli* (15), pronunciò non potersi indurre accettazione degli arbitri dalla semplice apposizione della loro firma sulla copia autentica dell'atto di compromesso, perchè questa forma d'accettazione non è equipollente a nessuno dei due modi d'accet-

---

(1) La clausola compromissoria, regolata dall'art. 12 cod. di proc. civ., considera controversie che possono nascere, ed esclusivamente poi le derivabili da un contratto, a differenza del compromesso che riguarda controversie già sorte, e, non solo per la interpretazione od esecuzione di un contratto, ma per qualsiasi altra causa: Appello Bologna, 31 maggio 1897, *Ancona* c. *Ferriani* (*Circ. giur.*, 1897, 259).

(2) Appello Genova, 10 marzo 1890, *Gariglio e Parodi* c. *Comune di Sestri Ponente* (*Annali*, XXIV, 2, 216; *Monit. Trib.*, XXXI, 868; *Giurispr. Ital.*, XLII, 2, 469).

(3) App. Torino, 13 dicembre 1872, *Visconti e Trolli* c. *Scarlatta* (*Annali*, VII, 2, 70).

(4) Cassazione Torino, 12 marzo 1885, *Cavallini* c. *Cavallini* (*Giurispr.*, Torino, XXII, 207).

(5) Cassazione Torino, 13 marzo 1878, *S.* c. *V.* (*Giurispr.*, Torino, XV, 360).

(6) Ecco tutto quanto troviamo nel Digesto: *Recepisse arbitrium videtur qui judicis partes suscepit, finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur. Quod si hactenus intervenit, ut experiretur, an consilio suo, vel auctoritate discuti litem paterentur, non videtur arbitrium recepisse.* L. 13, § 2, *De receptis*.

(7) Libro III, titolo unico.

(8) Libro III, titolo XIV del codice del 1859.

(9) V. capitolo XXVII.

(10) Civilprozessordnung, zehntes Buch, §§ 851 e segg.

(11) Articolo 342.

(12) Articolo 25.

(13) L'art 13 del codice italiano è la traduzione dell'art. 342 del ginevrino. V. sentenza della Corte d'appello di Genova, 28 febbr. 1893, *Negrotto* c. *Ghiliazza* (*Temi Gen.*, V, 206).

(14) Appello Modena, 1° marzo 1880, *Zanichelli* c. *Braidi* (*Gazz. leg.*, IV, 309).

(15) *Ann.*, XVIII, 1, 279; *Legge*, XXIV, II, 292; *Foro It.*, IX, 1, 833.

tazione indicati dall'articolo 13 del codice di procedura, e quindi, se avvenuta, fa mancare affatto il termine del compromesso che avesse a decorrere dall'accettazione degli arbitri. Giustamente l'Amar dice questa interpretazione eccessivamente rigorosa e da respingersi, perchè altra è la questione della data, altra quella di vedere se vi sia o no accettazione degli arbitri (1).

146. È importante notare che, se gli arbitri nominati avessero esercitato il loro ufficio senza l'accettazione per iscritto, il compromesso non sarebbe nullo, perchè, come disse la Corte di cassazione di Torino colla sentenza 5 marzo 1880, *Fogliato* contro *Fogliato* (2), la disposizione dell'articolo 13, con cui si dichiara dovere l'accettazione dell'arbitro essere fatta per iscritto, non è sancita sotto pena di nullità; e d'altra parte nessuna miglior prova dell'accettazione può esservi di quella che appare dal fatto di avere l'arbitro assunto e compiuto l'ufficio affidatogli, pronunciando la sentenza nel termine prefisso (3).

Quella sentenza ha poi stabilito un'altra massima, cioè: « che la legge non prescrive che l'accettazione degli arbitri debba essere per atto formale notificata alle parti ».

Ci rimane a ricordare che la disposizione dell'articolo 13 non è argomento per ritenere che gli analfabeti siano esclusi dall'ufficio di arbitro, perchè il codice, col precetto che « l'accettazione deve essere fatta per iscritto », ha mostrato che non è necessaria *la* scrittura dell'arbitro, potendo l'accettazione farsi per atto pubblico (4).

147. Se chi fu eletto arbitro acconsente ad accettare l'ufficio, apponendo la sottoscrizione al compromesso o meglio all'atto di nomina, è in obbligo di adempiere all'ufficio affidatogli, e cioè di non desistere dall'adempimento della commissione avuta e di pronunciare la sua sentenza nei termini stabiliti, sotto pena del risarcimento dei danni, giusta la norma generale dell'articolo 1151 del codice civile, salvo le legittime scuse, come a suo tempo vedremo (5).

Quanto poi alla responsabilità rispetto al modo col quale l'ufficio è stato esercitato, non vi ha dubbio che, al pari di quanto stabilisce in generale la legge per rispetto al magistrato giudiziario (6), l'arbitro dovrebbe essere ritenuto responsabile soltanto per il dolo, perchè, se avesse errato per ignoranza, o per inavvertenza, o per incapacità, e il lodo fosse stato perciò dichiarato nullo, le conseguenze ricadrebbero sulle parti, che ebbero a fare la cattiva scelta (7).

Queste considerazioni sono la logica conseguenza della massima da noi accettata, in base anche all'opinione del maggior numero degli scrittori e alla prevalente giurisprudenza, che l'ufficio dell'arbitro non si risolve nella esecuzione di un mandato e quindi in un contratto (8). Laonde giustamente pronunciava la Corte di cassazione di Torino, colla sentenza 11 giugno 1886, in causa *Ravano* contro *Cravero* (9), che gli arbitri non sono responsabili dei danni per le nullità del lodo stato da essi depositato presso una pretura incompetente, ove non sia provato l'intento in loro di far frode alla legge che impone agli arbitri di pronunciare il lodo nel termine stabilito sotto pena dei danni.

E ci pare che giustamente l'Amar (10) condanni la sentenza della Corte Suprema torinese, 10 aprile 1885, in causa *Manassero* contro *Martinotti* (11), che condannò gli arbitri al risarcimento del danno patito dalle parti, perchè pronunciata una sentenza interlocutoria, e depositatala, in difetto di designazione di sede arbitrale, nella cancelleria della pretura, nel cui territorio era stata emanata, senza darne notizia alle parti, queste, ignorandola, non avevano proseguito il giudizio, sicchè il compromesso si era reso caduco.

148. Dall'articolo 34, n. 2, del codice di procedura appare manifestamente che la legge accorda alle parti la facoltà di ricusare gli arbitri nominati. Laonde nel caso della clausola compromissoria non è lecito ad una parte di chiedere la surrogazione di altro arbitro ad uno di quelli nominati, se contro di questi non esistono giusti motivi di ricusazione (12).

Però nessuna disposizione del codice ci dice per quali cause gli arbitri si possono ricusare, in qual modo e in qual termine la ricusazione può proporsi, da chi deve essere pronunciato sulla ricusazione, quale forma sarà a seguire pel procedimento.

149. Quanto alle cause di ricusazione, per la ragione della evidente analogia che corre fra l'ufficio del magistrato giudiziario e quello di arbitro, il codice ginevrino (art. 345), il germanico (§ 858) e l'austriaco del 1895 (§ 586), dichiarano espressamente che le cause di ricusazione degli arbitri sono quelle stabilite per i giudici; e lo stesso dichiaravano il codice sardo nell'articolo 1110 e il parmense nell'articolo 12. Il codice francese e l'italiano invece nulla dicono, e nel silenzio della legge si ritenne generalmente, e da noi specialmente in applicazione dell'articolo 3 delle disposizioni preliminari al codice civile, lo stesso principio, cioè che sono applicabili agli arbitri le cause stabilite per la ricusazione dei giudici, indicate per noi nell'articolo 116 del codice di procedura civile (13).

In base a tale massima fu quindi giudicato che può es-

(1) V. pag. 75, vol. IV, dell'*Annuario* del Cuzzeri.

(2) *Giorn. delle leggi*, 1880, pag. 286, n. 99; *Gazz. leg.*, IV, 195; *Monit. Trib.*, XXI, 282.

(3) Appello Venezia, 4 dic. 1885, *Tessari* c. *Ermann* (*Legge*, XXVI, II, 487; *Temi Ven.*, XI, 43); Cassazione Torino, 30 dicembre 1892, *Camagni* c. *Denari* (*Monit. Trib.*, XXXIV, 182; *Giurisprudenza*, Torino, XXX, 86; *Legge*, XXIII, 1, 300). — Mattirolo, op. cit., I, n. 754; Mattei, *Annot.* al cod. di proc. civ.; Cuzzeri, op. cit., comm. all'art. 13; *Annuario*, anno XI, pag. 59, n. 4, con commento dell'avv. Francesco Lanza, tolto dalla *Giurisprudenza Casalese*; Amar, op. cit., n. 120; Gatti, *Forieri della giustizia gratuita in Italia*, pag. 134, Genova 1886. — Contra: Cassazione Torino, 1° settembre 1870, *Muttoni* c. *Moretto* (*Giurispr.*, Torino, VIII, 655); Tribunale di Varese, 12 maggio 1888, *Giandana* c. *Talacchini* (*Monit. Trib.*, XXIX, 962).

(4) V. precedente n. 97.

(5) Art. 34 del codice di proc. civ.

(6) Art. 783 del codice di proc civ.

(7) Appello Napoli, 5 aprile 1873, *Incurabili* c. *Gusman e Guerra* (*Giurispr. Ital.*, XXV, 2, 226); App. Milano, 20 aprile 1874, *Clough, Cusani ed altri* c. *Ditta Cremonesi, Varesi e Comp.* (*Giorn. dei Trib.*, III, 481); App. Torino, 22 maggio 1874, *Bechis* c. *Peirani* (*Giurispr.*, Torino, XI, 692). — Triani, op. cit., pag. 294; Amar, monografia nel volume VI, pagina 76, dell'*Annuario* del Cuzzeri.

(8) V. retro n. 22.

(9) *Giurispr.*, Torino, XXIII, 503; *Legge*, XXVI, II, 712.

(10) Monografia citata.

(11) *Giurispr.*, Torino, XXII, 465.

(12) Appello Torino, 13 dicembre 1872, *Visconti e Trolli* c. *Scarlatta* (*Annali*, VII, 70).

(13) Pigeau, op. cit., § X, n. 23; Berriat-Saint-Prix, op. cit., nota 20; Carré, op. cit., quest. 3316; Mattirolo, op. cit., I, n. 817; Cuzzeri, op. cit., nota 6ª, lett. *b*) del commento all'art. 34;

sere ricusato l'arbitro stato assunto come testimonio nella causa in cui furono determinati i punti di questione da sottoporsi al suo giudizio (nº 9 dell'articolo 116 codice di procedura civile) (1). Fu giudicato che è ammissibile la prova diretta a stabilire che l'arbitro ha dato consigli e ha prestato il suo patrocinio nella causa in cui egli era chiamato a pronunciare come arbitro (stesso numero dell'articolo 116) (2). Fu giudicato che, perchè si possa ammettere la ricusazione di un arbitro per aver dato consiglio o prestato il patrocinio nella causa, è necessario che si tratti di causa o già iniziata o della quale almeno si prevedesse la possibilità (stesso numero dell'articolo 116) (3). E siccome la Corte d'appello di Torino, con sentenza 2 febbraio 1891, in causa *Società di risanamento di Torino* contro *Bellia* (4), ebbe a pronunciare che la qualità di agente di una delle parti compromettenti costituisce titolo alla ricusazione *solo in quanto* presupponga un rapporto di generale dipendenza o di legale rappresentanza della parte stessa, l'Amar in un cenno al n. III, pag. 95 del volume IX dell'*Annuario della procedura civile* del Cuzzeri, critica la sentenza come quella che con un'interpretazione restrittiva della disposizione posta nel n. 8 dell'articolo 116 del codice di procedura, sconosce la ragione della legge e ne viola il testuale disposto.

Del resto, siccome le cause di ricusazione indicate nell'articolo 116 del codice di procedura civile debbono essere e sono ritenute tassative per il caso si tratti di ricusare il magistrato giudiziario, così lo debbono essere anche per il caso che si tratti di ricusare l'arbitro (5).

150. Le cause di ricusazione possono essere anteriori o posteriori alla nomina degli arbitri. È concorde opinione dei nostri scrittori, suffragata anche da qualche sentenza, che, se la nomina non è stata fatta direttamente dalle parti, gli arbitri possono essere ricusati tanto per cause posteriori alla nomina, quanto per cause anteriori; ma, se invece gli arbitri fossero stati scelti dalle parti, possono essere ricusati soltanto per cause posteriori alla loro nomina, perchè si presume che le anteriori fossero note alle parti e queste abbiano rinunciato preventivamente ad esse. Ed è per questa ragione che parecchi codici, fra cui il francese, vietano senz'altro alle parti la ricusazione del giudice per cause anteriori al compromesso. Però, siccome si tratta di una semplice presunzione, alla parte deve essere riconosciuta la facoltà di ricusare gli arbitri anche per cause anteriori quando fosse da essa data la prova che non conosceva i motivi di ricusazione al momento della nomina (6). E qui vogliamo ricordare l'articolo 12 del codice di procedura civile parmense, che in brevi parole toglieva intorno alle cause di ricusazione dell'arbitro ogni ragione di dubbio: « Non si possono ricusare gli arbitri se non per cause sopravvenute al compromesso, o preesistenti ma ignote alle parti, purchè siano di quelle, per cui si ricusano i giudici ».

151. Quanto al giudizio sulle cause di ricusazione, sempre pel principio dell'ossequio dovuto alla volontà delle parti, non sembra dubbio essere lecito alle parti di pattuire che delle cause di ricusazione abbiano a giudicare gli altri membri del collegio arbitrale, od anche arbitri diversi, nominati *ad hoc*. E così opinano tutti i nostri scrittori, se se ne eccettua lo Zavateri, il quale crede che indipendentemente da patto speciale delle parti, debbano gli stessi arbitri nominati per il compromesso decidere delle cause di ricusazione (7).

Il Cuzzeri poi è di avviso che il patto non potrebbe aver effetto qualora gli arbitri non ricusati siano in numero pari poichè ogni decisione deve essere pronunziata da giudici in numero dispari (8).

Quando invece non esistesse il patto speciale, è opinione generalmente accolta che il giudizio delle cause di ricusazione spetti all'autorità giudiziaria che sarebbe competente per

Borsari, op. cit., pag. 79; Manfredini, op. cit., n. 414; Amar, op. cit., n. 143, e nota a sentenza, pag. 76 del vol. V dell'*Annuario di proc. civ.* del Cuzzeri; Ricci, op. cit., I, n. 30; Gargiulo, *Comm.*, I, nota VI, all'art. 34; Galdi, *Comm.*, I, n. 254. — Appello Venezia. 24 maggio 1886, *De Asarta* c. *Biroli* (*Giurisprud. Ital.*, XXXVIII, 1, 2, 635; *Annali*, XX, 1, 505; *Foro Ital.*, XI, 1, 1014 — e le altre sentenze successivamente qui richiamate).

(1) Appello Milano, 29 gennaio 1892, *Casiraghi* c. *Mazzola* (*Monit. Trib*, XXXIII, 227).

(2) Appello Casale, 31 dicembre 1875, *Rava* c. *Rava* (*Legge*, XVII, II, 352).

(3) Appello Venezia, 24 maggio 1886, *De Asarta* c. *Biroli*, già citata.

(4) *Monit. Trib.*, XXXII, 432; *Giurispr. Ital.*, XLIII, 2, 435; *Giurispr.*, Torino, XXVIII, 227.

(5) Sentenza 1° dicembre 1896 della Corte d'app. di Genova, *Cesaroni* c. *Municipio di Genova* (*La Procedura*, anno I, pagina 38). In questa sentenza si dice:

« È indubitato che tanto l'arbitro quanto il giudice non può essere ricusato quand'anche a voce o per iscritto avesse manifestato preventivamente la sua opinione sulla decisione della controversia. Infatti nel capo II del titolo preliminare al codice di procedura civile non vi è alcun accenno alla ricusazione degli arbitri, ma per concorde giurisprudenza è stato sempre applicato anche ai giudizi arbitrali il disposto dell'art. 3 delle disposizioni generali premesse al codice civile, ove è detto che, quando una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; ed una materia perfettamente analoga la incontra nell'art. 116 del codice di procedura civile, il quale concerne la ricusazione dei giudici.

« In nessuno però degli undici casi previsti in detto articolo si ammette la ricusazione di un giudice per aver dichiarato anticipatamente il proprio voto, e a torto si invoca dal Cesaroni il numero nono, ove è detto che il giudice può essere ricusato se abbia dato consiglio o prestato il suo patrocinio alla causa, se abbia fatto somministrazioni per le spese, se ne abbia conosciuto come giudice di prima istanza o come arbitro, se abbia concluso come ufficiale del Pubblico Ministero, o deposto in causa come testimonio o come perito, ecc. ».

La sentenza 20 luglio 1897 della Corte di cassazione di Torino (*Monit. Trib.*, XXXVIII, 864), mentre dichiarava, richiamando la disposizione dell'art. 3 del titolo preliminare al codice civile, che gli arbitri possono essere ricusati per gli stessi motivi pei quali possono esserlo i giudici, confermava pienamente la ora citata sentenza della Corte di Genova per rispetto al motivo di ricusazione da questa respinto.

(6) Mattirolo, op. cit., I, numeri 818, 819 e 820, e Cuzzeri op. cit., nota 6ª, lett. *a*) del comm.° all'art. 34, i quali ricordano gli scrittori italiani tutti concordi nell'esposta dottrina, e gli scrittori francesi in prevalenza sostenitori di essa, nonostante la letterale contraria disposizione dell'art. 1014 del codice francese. V. anche la già citata sentenza 24 maggio 1886 della Corte di appello di Venezia, *De Asarta* c. *Biroli*.

(7) *Ord. giud. e giudizio civile*, pag. 51, Pistoia 1867. Corte d'app. di Genova, 20 gennaio 1889, in causa *Grandis* c. *Minetto*, avrebbe pronunciato: « essere certo in diritto che la cognizione dei motivi per cui si fa luogo alla ricusazione degli arbitri, è sempre devoluta alla competenza dei tribunali civili » (*Monit. Trib.*, XXXI, 257; *Giur. Ital.*, XLII, 2, 232; *Annali*, XXIV, 2, 165; *Foro Ital.*, XV, 1, 257).

(8) Op. cit., nota 6ª, lett. *a*) del comm. all'art. 34.

ragione di materia, di grado e di territorio a conoscere della causa, oggetto del compromesso, esclusi però il conciliatore e il pretore, come dimostra il Mattirolo; il quale combatte la contraria dottrina del Cuzzeri e dell'Amar. Vogliono costoro riconoscere nella domanda di ricusazione un incidente di causa, da risolversi appunto da quell'Autorità che sarebbe chiamata a conoscere della causa, se non fosse stata compromessa (1). Giustamente osserva il Mattirolo che la questione di ricusazione non può essere un incidente ordinario della causa, che l'incidente sorto dalla ricusazione del conciliatore o del pretore in causa istituita davanti a questo o a quello non è di competenza dello stesso conciliatore e pretore per la chiara disposizione del capoverso dell'art. 120 del cod. di proc. civ., e che la norma dello stesso capoverso, che accorda al pretore di conoscere dei motivi di ricusazione del conciliatore, è norma di diritto singolare, perchè deroga a quella generale, secondo cui il pretore non è competente a conoscere delle cause di valore indeterminato, sicchè non può essere per analogia estesa alle domande di ricusazione degli arbitri (2).

152. Quanto al termine per proporre la ricusazione, pare sia a fare una distinzione. Se le parti compromettenti hanno pattuito che nel giudizio arbitrale siano seguite le forme stabilite per i giudizi ordinari, la domanda di ricusazione deve farsi a norma dell'art. 121 del cod. di proc., cioè tre giorni prima dell'udienza (3).

Quando invece gli arbitri non siano tenuti all'osservanza delle forme dei giudizi ordinari, la causa di ricusazione potrà farsi valere fino a che gli arbitri non abbiano pronunciato, salvo che la parte dopo che le fu nota la causa di ricusazione avesse dimostrato di rinunciare tacitamente ad essa col prendere parte agli atti dell'istruttoria senza prima farla valere (4).

153. Quanto infine alla forma del procedimento da seguirsi, ci pare che la più volte ricordata sentenza della Corte d'appello di Genova, del 20 gennaio 1890, in causa *Grandis* c. *Minetto*, abbia felicemente accolto il principio da applicarsi, principio concordemente suggerito dagli scrittori pel caso di mancanza di patti speciali. Essa ha pronunciato che le forme, le quali regolano il giudizio sulla domanda di ricusazione, sono quelle stabilite nel codice di procedura per la ricusazione dei giudici ordinari, in quanto però tali forme non riescano incompatibili colle forme speciali del giudizio arbitrale (5). Laonde, aggiunse la Corte, l'appello dalla sentenza che pronuncia sopra la ricusazione di un arbitro deve proporsi colle forme e nel termine di cui all'articolo 129 del cod. di proc. civ.

154 Si è fatta la questione se la semplice domanda di ricusazione dell'arbitro valga a sospendere il giudizio arbitrale. Rispondeva negativamente la Corte di cassazione di Torino colla sentenza 20 luglio 1897 (6), ritenendo però giustamente che, se la ricusa fosse accolta, la sentenza arbitrale pronunciata nel frattempo sarebbe nulla. « Per riguardo alla disposizione dell'art. 34 cod. di proc. civ., disse la Corte Suprema, la ricusazione dell'arbitro non importa la sospensione del giudizio, ma la cessazione del compromesso, e non cessazione temporanea, ma assoluta, quando quella ricusazione sia stata riconosciuta legale, e poggiata a giusta causa. Vero che per l'art. 82 stesso cod. di procedura civile è ammessa l'azione per la nullità della sentenza arbitrale non ostante qualunque rinunzia; ma allora solo che si verifichino quelle cause di nullità nello stesso articolo tassativamente enumerate, e fra queste non vi è appunto quella di non aver sospeso il giudizio, dopo la notifica della ricusazione e aver pronunciato definitivamente sul medesimo. Ma si dice, come per le cause di ricusazione non designate specificatamente dalla legge in materia di arbitrato, per la disposizione dell'articolo 3 cod. civ. si deve ricorrere alle disposizioni comuni del cod. di proc. civ., così a queste disposizioni si deve aver riguardo per gli effetti della dedotta ricusa, e l'art. 124 di questo codice prescrive che dal giorno della comunicazione della ricusazione rimane sospeso il corso della causa. Però se è riconosciuto che i motivi di ricusazione dei giudici siano comuni agli arbitri, non segue da ciò che sia comune la relativa procedura. Questa è prescritta per la ricusa dei giudici ordinari per ragione tutta speciale alla loro qualità e veste, alla natura dell'istituto cui sono preposti, specialità che non concorre nell'arbitrato. In questo la legge previde determinati casi di sospensione, e li enumerò nel-l'art. 19 stesso codice e fra questi non vi è quello della ricusazione. Quindi, ancorchè questa ricusazione fosse dedotta sulla base di causa legittima, non può produrre l'effetto della sospensione prescritta dall'articolo 124 cod. proc. civ.; perchè gli arbitri, per l'art. 10 stesso codice e per le clausole del compromesso, non erano tenuti alla osservanza delle regole di procedura designate per i giudici ordinari.

« Inoltre questi non hanno termine fisso per la pronuncia del loro giudizio, mentre gli arbitri hanno un termine determinato e stabilito dalle parti, o in difetto quello di 90 giorni fissato dall'art. 34, n. 3, scorso il quale inutilmente non solo vien meno il compromesso, ma gli arbitri sarebbero tenuti al risarcimento dei danni verso le parti compromittenti a termine dello stesso articolo 34. E se questa è la condizione degli arbitri, se in presenza di questa condizione la stessa legge sospese i termini alla pronuncia del lodo per i soli casi tassativamente considerati nell'art. 19 su ricordato, e fra questi non vi fu quello della ricusazione, ne segue di legittima conseguenza che la sospensione ordinata dal ricordato art. 124 cod. proc. civ. non può essere applicata al giudizio arbitrale, e possono gli arbitri, nonostante la notizia della ricusazione, validamente definire il giudizio ».

Ricorderemo per ultima cosa mostrarsi concordi gli scrittori nel ritenere che nel caso di reiezione della domanda di ricusazione, non sarebbe ad applicarsi l'art. 127 del codice di procedura, che commina la nullità a chi la propose, sia perchè è cosa molto meno grave la ricusazione di un arbitro che non quella di un giudice magistrato, e perchè le disposizioni di natura penale non possono essere estese per analogia (7).

(1) Cuzzeri, op. cit., nota 6ª lett. *c*) all'art. 34; Amar, op. cit., n. 144.

(2) Mattirolo, op. cit, I, in nota al n. 821.

(3) La poc'anzi citata sentenza della Corte di Genova. 20 gennaio 1890, dichiarò che la disposizione dell'art. 121 cod. proc. civ., secondo cui la domanda di ricusazione deve essere fatta tre giorni prima dell'udienza, è assolutamente inapplicabile al giudizio arbitrale.

(4) Mattirolo, op. cit., I, in nota al n. 822; Cuzzeri, op. e l. c.; Ricci, op. cit., I, n. 32; Amar, op. cit., n. 145.

(5) Mattirolo, op. cit., I, in nota al n. 822; Ricci, op. cit., I, n. 32; Amar, op. cit., n. 146; Cuzzeri, op. cit., nota 6ª, lett. *e*) all'art. 34; Manfredini, op. cit., n. 416.

(6) *Cesaroni* c. *Com. di Genova* (*Monit. Trib.*, XXXVIII, 864).

(7) Mattirolo, op. cit., I, in nota al n. 821; Cuzzeri, op. cit., nota 6ª lett. *e*) all'art. 34; Amar, op. cit., n. 147.

Capo XII. — Effetti del compromesso validamente conchiuso.

155. Effetti circa i rapporti delle parti fra di loro. — 156. 1° Nessuna delle parti può recedere senza l'adesione dell'altra. Conseguenze. — 157. 2° Il compromesso interrompe la prescrizione. — 158. 3° Il compromesso reca un'implicita rinunzia agli atti del giudizio ordinario già pendente. — 159. Effetti circa i rapporti fra le parti e gli arbitri. Questi sono tenuti a pronunziare nel termine. — 160. Le parti debbono ricompensare gli arbitri della loro opera. — 161. La ricompensa è dovuta anche agli arbitri magistrati. — 162. Solidarietà dell'obbligo delle parti di ricompensare gli arbitri — 163. Misura degli onorari. — 164. Gli arbitri non possono trattenere i documenti e le carte avute dalle parti.

155. Gli effetti del compromesso validamente conchiuso si riferiscono ai rapporti delle parti fra di loro, e ai rapporti delle parti cogli arbitri.

Quanto ai rapporti delle parti fra di loro, un valido compromesso produce i seguenti effetti:

156. 1° Nessuna delle parti può recedere dal compromesso senza l'espressa adesione dell'altra. Il compromesso è un contratto, nel quale concorre la volontà di tutte le parti e che le vincola finchè non sopraggiunga una contraria volontà di tutte. Da questa massima derivano alcune importanti conseguenze. Eccole:

a) Il compromesso è obbligatorio non solamente per coloro che lo hanno pattuito, ma anche pei [illegible] ed aventi causa (1). Laonde osserva il Cuzzeri, seguendo la dottrina di Dalloz (2), che, se dopo il compromesso avvenisse la cessione dei diritti di uno dei litiganti, il cessionario sarebbe obbligato a rispettare la sentenza arbitrale, salvo a lui il diritto di intervenire nel giudizio arbitrale se, quando fu notificata la cessione, l'istruzione era ancora aperta. E il Cuzzeri respinge l'opinione dell'Amar, il quale non vuole siano estesi al cessionario gli effetti del compromesso se al tempo della cessione non era stato pronunciato il lodo, o se, quando la cessione fu notificata, l'istruzione del giudizio non era compiuta; e crede perciò che dal giorno della notificazione della cessione la parte a cui fu fatta, debba provvedersi per avere il contradditorio del cessionario (3);

b) L'Autorità giudiziaria cessa di essere competente a conoscere della controversia sulla quale è seguito il compromesso. Laonde, se la lite, non ostante il seguito compromesso fosse spiegata da una delle parti avanti l'Autorità giudiziaria, l'altra avrebbe la facoltà di opporre l'eccezione di incompetenza, sulla quale l'Autorità giudiziaria, senza occuparsi di altro, dovrebbe decidere (4);

c) Se per effetto del compromesso la lite fosse pendente avanti gli arbitri, e una delle parti, ciò nonostante, la proponesse avanti l'Autorità giudiziaria, l'altra potrebbe in questa sede sollevare l'eccezione di litispendenza (5).

157. 2° Iniziando l'atto valido di compromesso il giudizio arbitrale e tenendo quindi il posto e l'ufficio di citazione, il compromesso interrompe la prescrizione, che non riprenderà il suo corso fino a che quello dura; in altre parole il compromesso impedisce che la prescrizione si compia per tutto il tempo pel quale durano i poteri degli arbitri; e ciò perchè gli arbitri rappresentano in riguardo alle parti i giudizi ordinari. Spirato quindi il potere degli arbitri, è giusto e la prescrizione riprenda il suo corso (6). Del pari il compromesso interrompe la decorrenza del termine per la perenzione dell'istanza, se la questione fosse già stata portata avanti l'Autorità giudiziaria (7).

158. 3° Se il compromesso fosse stato conchiuso mentre la controversia già pendeva in giudizio ordinario, il compromesso porta con sè un'implicita rinuncia agli atti del giudizio. Però questa rinuncia non è definitiva, nè assoluta, ma soggetta alla condizione che il compromesso ponga termine alla lite vertente. Se quindi si rendesse inefficace un atto di compromesso stipulato per porre termine ad una lite pendente avanti l'Autorità giudiziaria, rimane inefficace anche il recesso dalla lite, onde può una delle parti riassumere la causa già pendente avanti l'Autorità giudiziaria nello stato in cui era al momento della stipulazione del compromesso o dell'esecuzione di precedente clausola compromissoria (8).

159. Quanto agli effetti del compromesso nei rapporti delle parti cogli arbitri, questi, accettato l'ufficio, sono tenuti, come più volte dicemmo, a pronunciare nel termine stabilito sotto pena del risarcimento dei danni, salvo le legittime scuse (9).

160. Dal canto loro però le parti sono obbligate a retribuire gli arbitri dell'opera a favore di esse prestata. Come è retribuita l'opera del giudice magistrato, così, sebbene in diversa maniera, è giusto sia retribuita quella dell'arbitro che ne tiene le veci. Si può dire che tanto in Francia quanto in Italia questo diritto degli arbitri ad essere compensati non è più controverso nè nella dottrina, nè nella giurisprudenza, sempre pel principio che il compromesso è a distinguersi dal mandato (10). Fu anzi giudicato che i compromettenti hanno l'obbligo di pagare agli arbitri gli onorari anche

(1) Art. 1127 del codice civile.

(2) *Répert.*, voce *Arbitr.*, n. 571.

(3) Cuzzeri, op. cit., nota 9ª agli art. 11 e 12; Amar, op. cit., n. 126.

(4) Cuzzeri, op. e l. cit.; Amar, op. cit., n. 12; Manfredini, n. 400; Dalloz, op. e voce cit., n. 573.

(5) Idem, ivi.

(6) Cuzzeri, op. cit., nota 6ª agli art. 11 e 12; Amar, op. cit., nn. 130 e 132; Manfredini, op. cit., n. 400; Dalloz, op. cit., n. 575.

(7) Idem, ivi.

(8) Cassaz. Torino, 1° settembre 1870, *Muttoni* c. *Moretto* (*Giurispr.*, Torino, VII, 655; *Giurispr. Ital.*, XXII, 1, 1, 619); 13 marzo 1878, *S.* c. *V.* (*Giurispr.*, Torino, XV, 360); Appello Torino, 19 marzo 1872, *Depreto e Vanin* c. *Ambrogio* (*Giur.*, Torino, IX, 293); Cassazione Firenze, 8 febbraio 1887, *Masi* c. *Busin* (*Giurispr. Ital.*, XXXIX, 1, 1, 236; *Annali*, XXI, 1, 349. *Foro Ital.*, XII, 1, 343). È bene vedere la nota a questa sentenza inserta alla pagina 86 del volume VI dell'*Annuario di procedura civile*, del Cuzzeri, colla quale giustamente l'Amar censura la distinzione che la Corte Suprema fiorentina fa fra il caso del compromesso e quello della clausola compromissoria.

(9) V. capov. dell'art. 34 del cod. pr. civ., e retro il n. 147.

(10) V. retro al n. 22. — Conf. Carré et Chauveau, op. cit., quest. 3331 *bis;* Dalloz, *Rép.*, voce *Arbitr.*, n. 1318; Mongalvy, op. cit., n 454; Rauter, *Cours de proc. civ.*, pag. 431; Mattirolo, op. cit., I, n. 767; Amar, op. cit., n. 184; Cuzzeri, op. cit., nota 15. all'art. 21; Appello Messina, 5 gennaio 1880, *Assicurazioni generali di Venezia* c. *Polimeni* (*Gazz. leg.*, 1880, pag. 88, colla nota 5); Cassazione Torino, 10 aprile 1885, *Manassero* c. *Martinotti* (*Giurispr.*, Torino, XXII, 405); e 7 giugno 1887, *Salina e Massa* c. *Frescot* (*Giurispr.*, Torino, XXIV, 612); Appello Torino, 20 dicembre 1886, *Ferreri* c. *Camossi* (*Giurispr.*, Torino, XXIV, 105); Appello Casale, 20 marzo 1891, *Balzarini* c. *Balzarini* (*Giurisprudenza Casal.*, XI, 193); Cassazione Firenze, 10 giugno 1897, *Prina nei Braganze* c. *Rastopulo*, che decise « doversi l'ufficio di arbitro, piuttosto che a quello di mandatario, assimilarsi a quello di conduttore d'opera, e quindi presumere rimunerato », e della quale abbiamo riportato

quando non avessero adempiuto al loro incarico, se ciò è avvenuto senza loro fatto e colpa. Così, se uno degli arbitri eletti, dopo aver accettato l'incarico, rinunciasse, e rendesse per tal modo impossibile agli altri di pronunciare il lodo, spetta ciò nondimeno a costoro il diritto al pagamento degli onorari per l'opera già prestata (1).

161. È dubbio invece se l'onorario sia dovuto anche ai giudici magistrati che fossero eletti all'ufficio di arbitro. Carré e Dalloz (2), e con loro la giurisprudenza francese, considerando che sono già retribuiti per rendere giustizia, credono non sia dovuto. Da noi, invece, nell'assoluta mancanza di ogni disposizione legislativa in proposito, gli scrittori propendono per l'opinione opposta, perchè, come scrive il Gargiulo (3) nell'arbitramento il magistrato non spiega il suo ufficio di magistrato, ma quello di ogni altro privato cittadino nominato arbitro; e d'altra parte la sua dignità non può reputarsi offesa dall'onesto compenso per un'opera che presta legalmente (4). E anche il Mattirolo, che nella terza edizione del suo Trattato (5) aveva accolto la massima della giurisprudenza francese, nella quarta edizione si restringe ad accennarla (6).

162. L'obbligo delle parti di soddisfare gli arbitri per gli onorari loro dovuti ed anche di rifondere le spese che avessero sostenuto in causa del giudizio arbitrale, deve ritenersi fra loro solidale. Motivi di convenienza e motivi di diritto giustificano pienamente la massima.

E per vero l'arbitro eletto sarebbe meno proclive ad accettare la commissione che si vuol affidargli, quando potesse credersi esposto al pericolo di doversi inutilmente rivolgere ad alcuna delle parti compromettenti che fosse o si rendesse insolvente, per ottenere la sua quota di onorari e la rifusione delle spese a cui fosse stata in tutto od in parte condannata. Anche il legislatore, in quello stesso intento, ha stabilito che le istanze per pagamento delle spese del deposito, delle tasse di registro e simili, delle sentenze degli arbitri, possono essere dirette soltanto contro le parti, non mai contro gli arbitri (7).

Ma anche per motivi giuridici devesi ritenere solidale l'obbligo delle parti di soddisfare gli arbitri degli onorari e delle spese fatte. Intanto non è senza importanza il considerare che il servizio degli arbitri è reso per intero a ciascuna delle parti che hanno compromesso, perchè si tratta di affare comune a tutte; quindi ammesso in esse l'obbligo del pagamento degli onorari e della rifusione delle spese, devesi logicamente ammettere che ciascuna è tenuta per l'intero. Per lo stesso motivo il legislatore ha stabilito la solidarietà delle parti in causa per il pagamento delle tasse di registro sugli originali delle sentenze, dei decreti, provvedimenti ed anche degli atti e processi verbali di causa, ecc. senza distinguere fra la parte vincente e la soccombente (8).

Entrando poi nella cerchia dello stretto diritto, se si dovesse riconoscere che il compromesso equivale al mandato, non resterebbe dubbio sull'obbligo solidale delle parti verso gli arbitri, perchè l'art. 1756 del cod. civ. dispone che se il mandato è stato conferito da più persone per un affare comune, ciascuna di esse è tenuta in solido verso il mandatario per tutti gli effetti del mandato. Infatti alcune sentenze delle nostre Autorità giudiziarie hanno riconosciuto la solidarietà dell'obbligo, riconoscendo nel compromesso la natura del mandato (9).

Noi però abbiamo già veduto che il compromesso non equivale al mandato. Tuttavia, non potendosi negare la molta analogia fra i due istituti e meglio fra l'ufficio del mandatario che presta l'opera sua a favore del mandante e quello dell'arbitro che la presta a favore delle parti compromettenti, così in relazione alla disposizione del capoverso dell'articolo 3 del titolo preliminare del cod. civ., riesce per analogia applicabile il ricordato art. 1756 del detto codice, e quindi stabilita la solidarietà dell'obbligo delle parti verso gli arbitri (10).

Del resto la massima può dirsi pacifica nella dottrina e nella giurisprudenza (11).

163. Circa la misura degli onorari non vi è disposizione di legge che ne dica. Ci pare però meritevole di ricordo la sentenza della Corte d'appello di Napoli 14 luglio 1886, in

sotto il n. 22 la motivazione. E nello stesso senso decise la Cass. di Palermo, con sentenza 29 gennaio 1897, *Pignatelli* c. *Travaglia* (*Circ. giur.*, 1897, 123). — Contra: Bellot des Minières, *Comm. sur l'arbitr*, tomo III, p. 116, e Mortara, il quale in nota al n. 1051 del suo *Manuale della procedura civile*, dichiara che, « essendo libero l'arbitro di ricusare la nomina, l'uffizio dell'arbitro deve essere esclusivamente (forse assolutamente) gratuito »; ed aggiunge che « la legge col suo silenzio a questo proposito suffraga la tesi della gratuità, essendo essa conforme alla regola dominante in tutte le altre parti del diritto giudiziario ». Per noi sono ragioni di poco valore, tuttochè l'egregio scrittore dichiari che l'ammettere il diritto degli arbitri ad una mercede offenda la logica dei principii non meno che la morale! La sentenza della Corte d'appello di Milano, 20 aprile 1874, *Clough* c. *Ditta Cremonesi, Varesi e Comp.* (*Giurispr. Ital.*, XXVI, 2, 385, e *Giornale dei Trib.*, III, 481), decise che « non si può dubitare che agli arbitri compete compenso per l'opera da essi prestata, se il compenso è stato pattuito nel compromesso. Ma se non lo fu, pare non sia dovuto, tanto se la commissione data agli arbitri si volesse equiparare al mandato, perchè il mandato è di indole gratuita, quanto se non sia ad equipararsi al mandato, perchè il pronunciare su una controversia non entra nell'ambito dell'esercizio di una professione, pel quale la semplice accettazione della commissione sottointende l'obbligo di un giusto compenso ».

(1) Cassaz. Torino, 28 luglio 1882, *Ceretti* c. *Testori* (*Giurisprudenza*, Torino, XIX, 636).

(2) Op. e l. cit.

(3) Monografia a pag. 71 del volume V dell'*Annuario di procedura civile*, del Cuzzeri.

(4) V. anche Cuzzeri, op. cit., nota 15ª all'art. 21.

(5) In nota al n. 673.

(6) In nota al n. 767.

(7) Art. 26 del cod. di proc. civ.

(8) Art. 86, n. 2 del regio decreto 20 maggio 1897, n. 217, che approva il testo unico della legge sulle tasse di registro.

(9) Appello Torino, 6 dicembre 1869, *Segre e Norzi* c. *Ara ed altri*, che confermò la sentenza 2 luglio 1869 del Tribunale di commercio di Torino (*Giurispr.*, Torino, VII, 86); Appello Genova, 9 giugno 1893, *Giacopello* c. *Giacopello* (*Temi Gen.*, V, 448).

(10) Amar, op. cit., n. 184.

(11) V., oltre l'Amar, anche Cuzzeri, op. cit., nota 15ª all'articolo 21; Mattirolo, op. cit., I, n. 768; Mongalvy, op. cit., n. 456; e le sentenze (oltre quella da ultimo citata della Corte d'appello di Torino, 6 dicembre 1869), della Corte d'appello di Napoli, 14 luglio 1886, *Spennati* c. *Lettieri* (*Annali*, XXI, 2, 36; *Gazzetta Proc.*, XXI, 285); della Corte d'app. di Torino, 20 dicembre 1886, *Ferreri* c. *Camossi* (*Giurispr.*, Torino, XXIV, 105); della Cassaz. di Torino, 7 giugno 1887, *Salina e Massa* c. *Frescot* (*Giurispr.*, Torino, XXIV, 612); della Corte d'appello di Casale, 20 marzo 1891, *Balzarini* c. *Balzarini* (*Giurispr. Casal.*, XI, 193); della Cassazione di Palermo, 29 gennaio 1897, *Pignatelli* c. *Travaglia*, già citata in nota al n. 160.

causa *Spennati* c. *Lettieri*, citata nella precedente nota, la quale pronunciò che, « l'attuale tariffa non occupandosi del compenso degli arbitri a differenza del decreto 18 ottobre 1827 (per le provincie del reame di Napoli), non perciò deve questo ritenersi abrogato, ed anche volesse consultarsi come semplice precedente legislativo nell'applicazione delle regole relative agli avvocati o di quelle ordinarie del mandato che sia espressamente non gratuito, elementi a determinarlo sono le questioni trattate, il valore controverso o caduto in esame, il tempo e il lavoro occupato, il merito della persona dell'arbitro, le ricompense fissate dall'arbitro stesso agli avvocati ».

164. Accenneremo da ultimo che gli arbitri non possono trattenere i documenti e le carte ricevute dalle parti, neppure col pretesto di garantirsi del pagamento degli onorari o del rimborso delle spese da essi fatte, salvo il caso di speciale stipulazione (1); che le carte comuni a tutte le parti non possono essere restituite dagli arbitri se queste non intervenissero tutte all'atto della restituzione (2); che la domanda di restituzione dev'essere diretta contro tutti gli arbitri, sebbene la consegna fosse stata fatta ad un solo di essi perchè la sottoponesse al collegio arbitrale (3); e che le azioni riguardanti tali questioni devono essere spiegate innanzi alle ordinarie Autorità giudiziarie secondo le ordinarie norme di competenza assoluta e relativa.

Capo XIII. — Estensione dei poteri degli arbitri.

165. Gli arbitri non hanno altre facoltà all'infuori di quelle loro espressamente conferite dalle parti. — 166. Norme regolatrici dei poteri degli arbitri. — 167. Conoscono delle eccezioni. — 168. Non delle azioni riconvenzionali. — 169. Per connessione può essere sottratta una causa alla cognizione degli arbitri. — 170. Non può ammettersi nel giudizio arbitrale la chiamata in garanzia e l'intervento. — 171. Domande per provvedimenti interinali.

165. Avendo il giudizio arbitrale per unico criterio determinante il privato interesse, e l'esclusivo suo giuridico fondamento nella volontà delle parti, la massima regolatrice della estensione dei poteri degli arbitri è che questi non hanno podestà alcuna per rispetto ai terzi estranei al compromesso (4), nè altre facoltà all'infuori di quelle che sono loro espressamente conferite dalla volontà delle parti (5); cosicchè, se oltrepassassero in qualunque modo queste facoltà e il loro pronunciato uscisse dai limiti del compromesso, questo pronunciato, di regola, sarebbe colpito di nullità (6).

Non intendiamo di qui ripetere intorno alla competenza propriamente detta degli arbitri, ossia alle controversie in generale di cui possono conoscere, quanto già largamente dicemmo, specialmente a proposito della clausola compromissoria, nè intorno alla facoltà loro riconosciuta di pronunciare sulla propria competenza, quando fosse contestata da alcuna delle parti compromettenti e sui poteri ad essi conferiti, facoltà che è conseguenza naturale del carattere di giudici, di cui gli arbitri sono investiti dalle parti, e che non toglie alle parti di accusarne a titolo di nullità l'eccesso (7). Importa però ricordare che, per quanto lati i poteri concessi agli arbitri, non potrebbe mai la loro competenza estendersi a giudicare le questioni sulla esistenza o sulla validità del compromesso, sia rispetto alle forme dell'atto, sia per la natura delle controversie in relazione all'art. 8 del cod. di proc., sia infine per la validità dell'atto di nomina degli arbitri, perchè le questioni, che a tali punti si riferiscono, mirano ad intaccare la base del giudizio degli arbitri e i loro poteri (8).

166. Ci faremo invece ad accennare quelle norme regolatrici dei poteri degli arbitri, che nell'ambito delle controversie ad essi deferite possono trovare la loro applicazione al giudizio arbitrale, e a quelle questioni che per ragione e in dipendenza della controversia principale possono nei giudizi arbitrali presentarsi.

167. Intanto, per la nota ragione dell'essere l'eccezione virtualmente compresa nell'azione, non può dubitarsi sull'applicabilità anche ai giudizi arbitrali della norma che il giudice dell'azione è giudice della eccezione (9); è quindi nella facoltà degli arbitri di conoscere della compensazione proposta.

168. Quanto alle azioni riconvenzionali, è opinione più comunemente accolta che gli arbitri non ne possano conoscere, perchè i loro poteri si arrestano alle controversie particolarmente accennate nel compromesso e dal silenzio delle parti intorno alla azione riconvenzionale dovrebbesi desumere la volontà loro che fosse rinviata alla cognizione delle Autorità giudiziarie ordinarie (10). Ci pare però che sarebbe a far eccezione quando la domanda riconvenzionale fosse una derivazione immediata e una dipendenza necessaria della domanda principale, e per la stretta connessione delle due cause si potesse dubitare che la trattazione separata fosse per condurre a sentenze contraddittorie (11). In questo caso si potrebbe fondatamente presumere che le parti avessero inteso di ritenere la causa compresa nella competenza arbitrale (12).

(1) Confr. Carré et Chauveau, op. cit., quest. 3331-*bis;* Dalloz, *Rép.*, voce *Arbitr.*, n. 1357; Mattirolo, op. cit., I, nota 4ª al n. 673 della 3ª edizione; Amar, op. cit., n. 184.

(2) Amar, op. e l. cit.; e App. Torino, 6 dicembre 1869, già citata (*Giurispr.*, Torino, VII, 86).

(3) Amar, op. e l. cit.; Appello Torino, 4 maggio 1869, *Battaglio* c. *Lanza* (*Giurispr.*, Torino, VI, 433; *Gazz. dei Trib.*, XXI, 457).

(4) V. Carré et Chauveau, op. cit., quest. 3367, e in generale tutti gli scrittori francesi ivi citati. V. anche la monografia del Beltrano nel *Filangieri*, 1888, e a pag. 53 del vol. III dell'*Annuario di proc. civ.* del Cuzzeri.

(5) *Arbiter nihil extra compromissum facere potest.* L. 32, §§ 15 e 21; l. 43, D., *De receptis*.

(6) Se il compromesso avesse dato agli arbitri il solo incarico di decidere una controversia sorta fra le parti, essi non eccederebbero la loro facoltà, pronunciando quelle condanne che fossero la naturale conseguenza della loro decisione. Così la Corte d'app. di Torino, con sentenza 24 maggio 1870, *Soc. Adriat. di sicurtà* c. *Gilardino* (*Giurispr.*, Torino, VII, 407).

(7) V. n. 124.

(8) Vedi quanto dicemmo a proposito della clausola compromissoria sotto il n. 123, e il Cuzzeri, op. cit., nota 3ª all'art. 19; il Gargiulo, *Comm.*, pag. 82, e il Galdi, *Comm.*, I, n. 153.

(9) Appello Milano, 8 maggio 1875, *Ditta F.lli Richiedei* c. *Fortis* (*Giorn. dei Trib.*, IV, 543). La sentenza ebbe ad aggiungere che in tema di spettanza del giudizio circa l'azione non si deve prendere norma dalle eccezioni che si possono opporre dal convenuto.

(10) Carré et Chauveau, op. cit., quest. 3191; Dalloz, *Rép.*, voce *Arbitr.*, n. 995; Cuzzeri, op. cit., nota 10ª agli art. 11-12.

(11) Galdi, *Comm.*, I, n. 127.

(12) Appello Venezia, 15 dicembre 1893, *Ditta Neville* c. *Ditta Volpe-Malignani* (*Temi Ven.*, XIX, 192). La Corte di

169. La connessione invece potrebbe essere ragione per sottrarre alla cognizione degli arbitri una causa dal volere delle parti assegnata al giudizio arbitrale, quando il vincolo sussistesse fra questa causa e un'altra proposta avanti l'Autorità giudiziaria ordinaria. Così, se tra garante e garantito si fosse compromesso, ma al compromesso fosse estraneo l'attore principale, l'Autorità giudiziaria da questi adita sarebbe competente anche per l'azione di garanzia (1).

170. Non potrebbesi ammettere nel giudizio arbitrale la chiamata in garanzia e l'intervento, sia perchè le questioni che le riflettono eccederebbero manifestamente i limiti del compromesso, sia perchè si estenderebbe il valore del compromesso e il potere degli arbitri ai terzi, cioè a persone che non hanno partecipato alla stipulazione del compromesso (2).

171. Quanto alle domande per provvedimenti interinali, ossia misure conservatorie, pare che in quanto siano connesse e dipendenti dalla controversia deferita al giudizio degli arbitri, questi ne possano conoscere (3). Rispetto però alle domande di sequestri noi crediamo col Cuzzeri che sebbene la cognizione di tali domande sia dalla legge attribuita all'Autorità rivestita del merito, pure « razionalmente la norma si deve intendere dettata con riguardo alla competenza ordinaria dei magistrati pubblici. Nessuna o ben poche delle disposizioni processuali della materia potrebbero applicarsi al giudizio degli arbitri, i quali se hanno il potere giurisdizionale, consistente *in notione et in judicio*, mancano però dell'*imperium* ». Laonde, conchiude il Cuzzeri, « in pendenza del giudizio arbitrale i sequestri si dovranno chiedere all'Autorità giudiziaria competente, come se il detto giudizio non esistesse » (4).

Capo XIV. — Giudizio avanti gli arbitri.

172. Definizione del giudizio avanti gli arbitri. — 173. Procedimento nel giudizio avanti gli arbitri. — 174. Sistema del codice francese. — 175. Sistema del codice ginevrino. — 176. Principio generale a cui s'informa l'istruttoria nei giudizi arbitrali. — 177. Norme speciali stabilite dalla legge (art. 17 cod. proc. civ.). — 178. 1° Trasmissione dei documenti e delle memorie agli arbitri. — 179. Per le memorie delle parti non sono richieste forme speciali. — 180. Gli arbitri possono con sentenza interlocutoria richiedere alle parti ulteriori elementi per la decisione. — 181. 2° Gli atti d'istruzione e i verbali possono delegarsi ad uno degli arbitri. — 182. Se possano delegarsi atti d'istruzione ad un magistrato di luogo lontano. — 183. 3° Questioni incidentali riguardanti controversie che non possono compromettersi. — 184. Quale atto può far sospendere l'istruttoria nel caso di tali incidenti. — 185. La legge non accenna ai mezzi d'istruzione. Norme a cui gli arbitri debbono attenersi. — 186. In qual luogo la istruttoria deve seguire. — 187. *Quid* degli atti dell'istruttoria arbitrale quando il compromesso svanisse prima della sentenza degli arbitri?

172. Il compromesso è l'atto corrispondente alla citazione dei giudizi ordinarî (5), col quale s'inizia il giudizio degli arbitri, ossia quel giudizio per cui una controversia, non devoluta dalla legge esclusivamente alla cognizione delle ordinarie Autorità giudiziarie, è sottoposta alla cognizione e decisione di privati eletti o immediatamente o mediatamente dalla libera volontà delle parti.

Abbiamo detta una controversia non devoluta esclusivamente alla cognizione delle ordinarie Autorità giudiziarie, per accennare a quelle che, secondo l'art. 8 del codice di procedura, non si possono compromettere. Abbiamo detto « privati eletti immediatamente o mediatamente dalle parti » per indicare i casi ne'quali la nomina fosse fatta dall'Autorità giudiziaria o da terzi in sostituzione delle parti.

173. All'atto del compromesso ed alla sua accettazione succede una serie di operazioni dirette a chiarire la controversia ed a mettere gli arbitri in grado di pronunciare con cognizione di causa la loro decisione. La serie di questi atti, a cui si procede e dalle parti compromettenti e dagli arbitri, all'intento di mettere la controversia in condizione di essere decisa, dicesi « procedimento arbitramentale o istruzione della causa avanti gli arbitri ».

Compreso della vera natura del compromesso, degli scopi a cui mira e dei vantaggi che ne possono ritrarre le parti divise dalla controversia, e desideroso di renderne con tutte le possibili agevolezze sempre più accetta l'istituzione e frequente l'uso, il legislatore italiano, colle disposizioni degli articoli 14 e seguenti del codice di procedura, riflettenti il procedimento nel giudizio d'arbitri, ha fatto tesoro degli insegnamenti del Bellot e dei progressi segnati dai codici più recenti, cominciando dal ginevrino, per abbandonare i principî del francese, seguiti dalle leggi di procedura civile delle Due Sicilie (6).

174. Il codice francese all'art. 1009 (7) stabilisce che le parti e gli arbitri osserveranno nel procedimento i termini e le forme stabilite per i tribunali, se le parti non avranno convenuto diversamente (8). E il Carré, commentando l'ar-

app. di Torino con sentenza 14 giugno 1879, *Visconti* c. *Visconti* giudicò che se gli arbitri furono nominati quali amichevoli compositori, possono pronunciare su questioni non specificate nell'atto di compromesso, ma che dipendono necessariamente da quelle ivi tenorizzate e sorte dalle discussioni fatte dalle parti. (*Gazz. dei Trib.*, XXI, 676). — Vedi anche stessa Corte d'appello di Torino, 28 maggio 1870, *Piceni* c. *Piceni* (*Legge*, X, 827).

(1) Cassaz. Torino, 31 marzo 1883, *Impresa Guastalla* c. *Strada ferrata del Monferrato* (*Monit. Trib.*, XXIV, 360; *Giurispr.*, Torino, XX, 562).

(2) Dalloz, *Rép.*, voce *Arbitr.*, n. 995; Cuzzeri, nota 10ª agli art. 11 e 12; Galdi, op. cit., I, n. 127. — Cassaz. Napoli, 15 gennaio 1879, *Aicardi* c. *Calderazzo* (*Legge*, XIX, 392), la quale pronunciò anche che non potrebbe ritenersi terzo il cessionario della parte compromettente, perché quegli ha lo stesso interesse di questa nel giudizio arbitrale, e quindi potrebbe intervenire.

(3) Amar, op. cit., n. 129. — Appello Venezia, 10 settembre 1875, *Zacchin* c. *Ceresa* (*Temi Ven.*, I, 47; *Legge*, XV, I, 872; *Giorn. dei Trib.*, IV, 435); la quale così pronunziava a proposito della domanda fatta di nomina di un amministratore con incarico di redigere un bilancio, controllare le spedizioni e la corrispondenza, ecc., e quindi si trattava propriamente di una modificazione od estensione di poteri conferiti ad un procuratore.

(4) Cuzzeri, op., cit., n. 10ª agli art. 11 e 12. — V. la sentenza della Corte d'app. di Venezia, 10 settembre 1875, *Zacchin* c. *Ceresa*, citata nella nota precedente, la quale ammetteva negli arbitri la facoltà di pronunciare sulla domanda ivi accennata, appunto perchè riconosceva che *tale domanda in tali precisi termini spiegata, non si identificava con quella di sequestro giudiziario;* il che vuol dire che, se realmente si fosse trattato di domanda di sequèstro, la Corte non avrebbe negli arbitri ammesso il potere di conoscerne.

(5) V. retro, n. 1, 142, 1°, 157

(6) V. la Relazione Pisanelli sul disegno del codice di procedura civile, pag. 13 dell'edizione ufficiale.

(7) Art. 1085 del codice delle Due Sicilie.

(8) È la massima anche del regolamento generale del processo civile austriaco già in vigore nel Lombardo-Veneto, perchè nel § 351 è detto: « L'arbitro dovrà nella cognizione attenersi a quell'ordine per cui saranno convenute le parti compro-

ticolo, scrive: « Dunque le parti possono regolare le forme e i termini secondo i quali gli arbitri dovranno procedere; ma se esse non si sono pronunciate, è naturale e giusto di interpretare il loro silenzio piuttosto come una sottomissione che come una deroga al diritto comune, giusta la massima che il rimettersi al diritto comune è sempre favorevole e deve sempre presumersi » (1).

175. Il prof. Bellot invece ha giustamente censurato la norma del codice francese siccome distruggitrice di uno dei vantaggi dell'arbitramento, che è « di sostituire una procedura più semplice e più accelerata alle forme, certo più regolari, ma più lunghe e costose che si osservano avanti le Autorità giudiziarie » (2). E pertanto il codice ginevrino ha in argomento così disposto nell'art. 348: « Gli atti d'istruzione si faranno colle forme e nei termini fissati nell'atto di nomina, e nel caso di silenzio delle parti, dagli arbitri » (3).

Alla massima del codice ginevrino s'informarono il codice sardo (4) e il codice parmense (5), le disposizioni dei quali furono tradotte negli articoli dell'italiano, di cui dovremo ora occuparci (6).

176. Il principio generale, a cui l'istruttoria nel giudizio arbitrale s'informa secondo la nostra legge, è che gli arbitri non sono tenuti ad osservare le forme e i termini stabiliti per l'istruttoria delle cause avanti le Autorità giudiziarie; gli stessi arbitri stabiliscono i termini e le forme del procedimento, eccettuato il caso in cui le parti compromettenti abbiano nel compromesso convenuto altrimenti, prescrivendo agli arbitri le forme e i termini del codice di procedura civile, oppure altre forme ed altri termini. Ecco come più particolarmente possono essere formolate le due regole ad osservarsi: 1° gli arbitri devono seguire le forme e i termini che in modo specifico le parti abbiano stabilito nell'atto di compromesso; 2° nel silenzio delle parti, o quando le parti abbiano dichiarato che gli arbitri si attengano alle regole della procedura, senza averle specificate, gli arbitri stessi stabiliscono i termini e le forme del procedimento (7).

Questa seconda regola non deve lasciar credere che, quando nel compromesso sia accordata facoltà agli arbitri di procedere nei termini e nelle forme che loro piacerà di stabilire, sia necessaria per iniziare l'istruttoria la previa determinazione delle forme e dei termini. Ciò ripugnerebbe all'indole del giudizio arbitramentale (8). Anzi fu giudicato che, « quando i termini e il metodo del procedimento sono rimessi al prudente arbitrio degli arbitri, non può impugnarsi di nullità il lodo per inosservanza di qualsiasi forma procedurale » (9), e che, « se agli arbitri sia attribuito l'ufficio di amichevoli compositori, restano perciò solo dispensati dall'osservanza di qualsiasi rituale formalità » (10).

177. Nonostante le due accennate regole generali, desunte dall'art. 17 del codice, il legislatore, a garanzia del pubblico e del privato interesse, e nello scopo di mantenere tutta l'efficacia del compromesso e di impedire ogni possibile arbitrio, stabilì alcune norme particolari, tolte nella massima parte al codice sardo del 1859 (11), e che qui riportiamo (12).

---

mettenti; ma quando esse non abbiano determinato nulla per il modo di procedere, dovrà osservare quello che è prescritto col presente regolamento ». Invece il nuovo regolamento del processo civile austriaco, § 587, dice che il procedimento, se nel compromesso o in una posteriore convenzione scritta delle parti, non è diversamente stabilito, è liberamente determinato dagli arbitri.

(1) *Lois de la proc. civ.*, DCII.

(2) Op. cit., *Exposé des motifs du titre XXIV*.

(3) La stessa norma ha seguito il nuovo codice germanico, che nel capoverso del § 860 dispone che, « in mancanza di un accordo delle parti sul procedimento, questo è determinato dagli arbitri secondo il loro prudente arbitrio ». L'art. 5 del titolo II, libro preliminare del progetto di codice per il Belgio, pone la massima ancora più semplice che gli arbitri non sono vincolati da alcuna formalità di procedura.

(4) Art. 1116.

(5) Art. 14.

(6) È non soltanto imitato, come dice la Relazione Pisanelli sul disegno del nostro codice di procedura (l. c.), perchè l'art. 17 del nostro codice non è che la riproduzione degli art. 1116 del codice sardo e 14 del parmense, salva qualche leggiera modificazione di forma.

(7) Art. 17 del cod. di proc. civ.; App. Torino, 27 marzo 1877, *Imbert* c. *Guastalla* (*Giurispr.*, Torino, XIV, 350).

(8) Appello Venezia, 21 luglio 1876, *Morassuti* c. *Cases* (*Temi Ven.*, I, 300); Cassaz. Firenze, 5 marzo 1877, stesse parti (*Temi Ven.*, II, 138). Invece il codice parmense nell'art. 16 dichiarava che gli arbitri incominciano l'istruzione con lo stabilire i termini e le formalità che vogliono osservare, ove le parti non abbiano convenuto diversamente.

(9) Cass. Roma, 6 giugno 1885, *Frontali* c. *Riunione Adriatica* (*Temi Rom.*, V, 271).

(10) Appello di Genova, 4 maggio 1889, *Ferraro* c. *Ditta Tedeschi* (*Temi Genov.*, I, 340).

(11) Art. 1113, 1114, 1115 e 1116.

(12) Anche il codice di proc. civ. per la Germania, non ostante la massima generale che « in mancanza di accordo fra le parti il procedimento è determinato dagli arbitri secondo il loro prudente arbitrio », massima accolta anche dal nuovo regolamento del processo civile austriaco (§ 587), ha dato alcune norme particolari. Intanto nel § 860 è detto « che gli arbitri, prima di pronunziare il lodo, devono udire le parti e assumere, intorno alle circostanze da cui il litigio è sorto, le informazioni che credono necessarie ». E nel § 861 si dice « che gli arbitri possono assumere testimoni e periti che spontaneamente comparissero avanti a loro. Gli arbitri non sono autorizzati a far prestare il giuramento ad un testimonio o ad un perito, e a ricevere quello delle parti ». « § 862. Un atto giudiziale creduto necessario dagli arbitri e che essi non sono autorizzati a fare, è, sulla proposta di una delle parti, fatto dal giudice competente, quando però la proposta sia ammissibile. All'Autorità giudiziaria che ha ordinato l'esame o la prestazione del giuramento di un testimonio o di un perito, appartiene anche il dare i provvedimenti necessarii pel caso di rifiuto del testimonio a deporre e del perito a dare il suo parere ». « § 863. Gli arbitri possono continuare il procedimento e pronunziare il lodo, anche quando si sostenesse l'inammissibilità della procedura arbitrale, e specialmente se si facesse valere che non esiste compromesso valido, che il compromesso non si riferisce alla controversia da decidere, o che un arbitro non ha la capacità all'ufficio di arbitro ».

Anche il codice ginevrino, a proposito del giuramento, prescrive nell'art. 349 che quando una delle parti, un testimonio od un perito dovesse prestare giuramento, questo giuramento deve essere ricevuto da un uditore in presenza degli arbitri, con le formalità stabilite per le Autorità giudiziarie (art. 174, 194, 221 e 222). E così il nuovo regolamento del processo civile austriaco permette agli arbitri di sentire le parti, come anche i testimoni e periti, che si presentassero volontariamente, ma senza giuramento; nè accorda loro alcun mezzo coattivo o facoltà di applicare pene (§ 588). Gli atti giudiziali, reputati necessari dagli arbitri, ma a cui non sono autorizzati, si eseguiscono, su richiesta degi arblitri stessi, dal giudice competente (§ 589).

178. 1° « Le parti trasmettono i loro documenti e le loro memorie agli arbitri senz'alcuna formalità giudiziale. Alla parte che ritardi la trasmissione s'intima di farla nel termine di giorni dieci, o in quello che sarà stabilito dagli arbitri, i quali possono anche accordar proroghe. Di tutto deve farsi menzione nel verbale (1). Scaduto il termine indicato, gli arbitri giudicano sui documenti e sulle memorie stati loro trasmessi (2). Però nel caso di morte di una delle parti, il termine per istruire e giudicare è prorogato di giorni trenta » (3).

Colle disposizioni ora accennate il legislatore si è, come lo dimostra il Cuzzeri, citando anche il Pothier (4), riferito al caso in cui l'istruttoria si faccia col mezzo di prove precostituite; e, siccome le memorie, che le parti coi documenti devono trasmettere agli arbitri, riescono a costituire una specie di discussione fra di esse, non a torto il Cuzzeri crede che le memorie devono essere prodotte in due esemplari, uno de' quali da consegnarsi all'altra parte (5).

179. Per queste memorie non sono richieste forme speciali (6), perchè dalla legge non specificatamente indicate; anzi l'inosservanza di quelle forme che le parti avessero fissate nel compromesso, non produrrebbe nullità (7); ed è quasi inutile osservare che per esse e in generale per le rispettive difese e per la discussione, le parti possono valersi dell'opera di avvocati o di procuratori, senza tuttavia essere a ciò tenute, perchè non è a vedersi un obbligo là dove la legge tace, e perchè nell'articolo 156 del codice di procedura civile ha con precisione designato i casi in cui è necessario il ministero di procuratori legalmente esercenti. Se le parti si valessero di rappresentanti nel giudizio arbitrale, questi dovrebbero essere muniti di mandato; però fu anche giudicato che non è richiesto che il procuratore sia munito di mandato autentico, bastando che esso sia intervenuto per tutto il corso del giudizio e vi abbia senza contraddizione sostenuto la difesa del suo rappresentato (8).

Del resto le memorie scritte non sono a ritenersi necessarie (9); anzi le disposizioni dell'art. 14 non vanno considerate siccome stabilite sotto pena di nullità (10). Ed è per questa ragione pure a ritenere che le parti possono, anche dopo scaduto il termine, presentare validamente le loro memorie, purchè questo avvenga prima che gli arbitri abbiano deliberato (11).

180. Se poi gli arbitri, per deficienza di documenti e di memorie, non si sentissero in grado di pronunciare il lodo, potrebbero emanare sentenza interlocutoria (12), per richiedere alle parti gli ulteriori elementi necessari alla decisione; come sarebbe in loro facoltà, tanto in questo caso come in quello che nessuna delle parti avesse prodotto documenti o memorie, di astenersi dal pronunciare senza per questo incontrare responsabilità, giacchè è per fatto delle parti che gli elementi al giudicare sono mancati agli arbitri, e perchè, come osservano gli scrittori, non sarebbe possibile pronunciare *l'assoluzione dall'osservanza del giudizio o la reiezione allo stato degli atti* per il motivo che il giudizio fu iniziato per consenso di tutte le parti invece che per fatto di una sola come accade nei giudizii avanti le autorità giudiziarie (13).

181. 2° « Gli atti di istruzione e i processi verbali possono delegarsi dagli arbitri ad uno di essi, se ciò non sia vietato dal compromesso » (14). È questa una disposizione del nostro codice che non trovasi in alcuno di quelli che lo hanno preceduto e neppure nel francese e nel ginevrino. Il codice sardo all'art. 1111, traducendo quasi *ad literam* l'art. 1011 del francese (15), disponeva: « Gli atti di istruttoria e i processi verbali sono fatti da tutti gli arbitri se il compromesso non li autorizza a delegare uno di essi per tale oggetto ». E una norma pressochè identica era accolta dal codice parmense (16).

Il codice italiano ha segnato col nuovo articolo un vero progresso, un miglioramento, perchè, come è scritto nella Relazione Pisanelli (17), « richiedere nel silenzio delle parti l'intervento di tutti gli arbitri ad ogni atto d'istruzione della causa è un voler complicare e rendere difficile il corso di un procedimento, che per indole sua propria deve presentare i vantaggi della semplicità e della celerità. D'altronde, ritenendo come regola che gli arbitri possono delegare gli atti suddetti ad alcuno di essi, altro non si fece che applicare la norma generale che regge l'istruzione giudiziaria, secondo la quale gli atti di istruttoria vengono demandati al presidente o ad un giudice delegato » (18).

È superfluo aggiungere che anche l'arbitro delegato agli atti di istruzione non è tenuto ad osservare le norme stabilite per le cause ordinarie, salvo sempre il caso che nel compromesso le parti avessero stabilito diversamente (19).

182. Fu posto il quesito, se, occorrendo atti di istruzione

(1) Art. 14 del codice di proc. civ.

(2) Art. 15 id. Le disposizioni di questo articolo e quelle del precedente sono informate alle norme dell'art. 346 del codice ginevrino, così concepito: « Les parties remettront aux arbitres leurs pièces et mémoires dans le délai dont elles se sont convenues, et à défaut de convention sur ce point, dans le délai qui sera déterminé par les arbitres eux-mêmes. Ce délai expiré, les arbitres jugeront sur les seuls mémoires et pièces qui leur auront été remis ».

(3) Art. 16 del codice di proc. civ.

(4) Cuzzeri, op. cit., nota 3ª all'art. 18; Pothier, *Traité de proc. civ.*, 2ª partie, ch. 2, art. 2.

(5) Cuzzeri, op. e l. cit.

(6) Cassaz. Napoli, 15 gennaio 1879, *Aicardi* c. *Castellazzo* (*Legge*, XIX, 1, 392).

(7) App. Torino, 29 ottobre 1873, *Matti* c. *Bonis e Vaccaro* (*Annali*, VIII, 2, 281).

(8) Cassaz. Torino, 3 marzo 1876, *Caretto* c. *Mosca* (*Giornale dei trib.*, VI, 349).

(9) Appello Milano, 20 aprile 1874, *Clough* c. *Ditta Cremonesi, Varesi e Comp.* (*Giorn. dei trib.*, III, 481).

(10) App. Torino, 15 dicembre 1885, *Cerimedo* c. *Delvecchio* (*Annali*, XX, 141; *Giurispr.*, Torino, XXIII, 48); App. Genova, 9 luglio 1891, *Giacopini ed altri* c. *Perogallo ed altri* (*Eco giurispr.*, V, 316).

(11) Amar, op. cit., n. 161; Cuzzeri, op. cit., nota 3ª all'articolo 18; Gargiulo, *Comm.*, I, p. 76; Carré et Chauveau, op. cit., quest. 3325.

(12) Capov. 1° dell'art. 34 del cod. di proc. civ.

(13) Amar, op. e l. cit.; Cuzzeri, op. cit., nota 4ª all'art. 18; Borsari, *Comm.*, I, p. 62; Carré et Chauveau, quest. 3225 *bis* e 3226.

(14) Art. 18 del cod. di proc. civ.

(15) Ecco il testo dell'articolo francese: « Les actes de l'instruction et les procès-verbaux du ministère des arbitres seront faits par tous les arbitres, si le compromis ne les autorise à commettre l'un d'eux ».

(16) Art. 16 del codice di proc. civ.

(17) Pag. 14 dell'edizione ufficiale.

(18) V. anche Mattirolo, op. cit., I, n. 756.

(19) Mattirolo, op. cit., I, n. 757.

da eseguirsi in luoghi lontani dalla sede degli arbitri, siano costoro autorizzati, conformemente alla facoltà data ai giudici magistrati dall'art. 208 del codice di procedura civile, a delegare per procedere ad essi uno dei giudici del luogo. Possono dirsi pienamente d'accordo gli scrittori nel rispondere affermativamente, e la dottrina ci pare non possa essere in alcun modo contradetta: 1° perchè gli arbitri, ai quali l'articolo 18 del codice di procedura ha già riconosciuta la facoltà di delegare gli atti d'istruzione ed i processi verbali ad uno di essi, sostituiscono per legge il giudice magistrato; 2° perchè, come osserva il Carré, non si tratta nel caso considerato di delegazione di giurisdizione, ma di una semplice rogatoria per l'esecuzione di atti d'istruzione, ammessa dalla legge per i giudici magistrati nello scopo di procurare un risparmio nelle spese, scopo specialmente propostosi dal legislatore nello ammettere e favorire il compromesso (1).

183. « 3° Quando sorga alcuna delle questioni che per legge non si possono compromettere o qualche altro incidente relativo ad un fatto che possa dar luogo all'azione penale, gli arbitri devono rimettere le parti davanti l'Autorità giudiziaria competente, e i termini per l'arbitramento sono sospesi sino al giorno in cui la sentenza pronunziata sull'incidente e passata in giudicato è notificata agli arbitri » (2). Quali siano le questioni che non possono compromettersi, e come con quelle parole « incidente relativo a fatto che possa dar luogo all'azione penale » il legislatore evidentemente alluda all'azione civile derivante da reato, ch'esso vuol sottratto alla cognizione degli arbitri finchè non sia pronunciato sull'azione penale, già vedemmo (3).

184. L'applicazione dell'accennata regola non può in generale presentare difficoltà; solo due cose sono a chiarire, e cioè: 1° quale atto avrà valore di far sospendere l'istruttoria arbitrale nel caso che sia impugnato di falso un documento prodotto da una parte e nel caso di incidente relativo a reato; 2° se la regola dell'art. 19 si abbia a considerare così rigorosa che in qualunque caso debbano gli arbitri sospendere il procedimento.

Quanto al primo punto e al caso di documento impugnato come falso, gli scrittori italiani, scostandosi dalla dottrina francese, e attenendosi alla generalità delle espressioni usate nell'articolo in esame, ritengono che l'accusa di falso sollevata da una parte contro il documento prodotto dall'altra, basta per sè a far sospendere l'istruttoria, salvo che, per analogia a quanto dispone il codice di procedura civile nell'art. 300, la parte che produsse il documento, per effetto della impugnazione dell'altra, dichiarasse di non volersi servire del documento (4). E nel caso di reato, sempre in base alla letterale disposizione dell'articolo, la quale accenna ad un fatto *che possa* dar luogo all'azione penale, ritengono non essere necessario per produrre la sospensione che l'azione penale sia già stata promossa (5).

Quanto al secondo punto, la disposizione non può credersi così rigorosa da togliere agli arbitri la facoltà di proseguire nell'istruttoria quando il fatto che può suscitare l'azione penale, o il documento impugnato può essere valutato di nessuna importanza nella controversia (6). Anzi fu giudicato che, se fu impugnato come falso un documento esibito da uno dei compromettenti, gli arbitri, nel rimettere le parti avanti l'Autorità competente per giudicare della falsità, e nel sospendere di provvedere quanto agli effetti del documento medesimo, possono nondimeno pronunciare sentenze su tutte le altre questioni rimesse al loro giudizio le quali non abbiano alcuna relazione col documento impugnato (7).

185. La legge nè per il caso in cui le parti abbiano specialmente indicato agli arbitri le norme e i termini di procedere, nè per quello in cui nulla abbiano disposto e siansi o tacitamente o espressamente rimessi agli arbitri, non accenna ai mezzi di istruzione, di cui valersi nel giudizio arbitrale.

Ora pare che, quando il compromesso rimette alla discrezione degli arbitri l'istruzione del processo e tanto più quando gli arbitri siano stati nominati amichevoli compositori, essi possano allontanarsi dalle norme di legge e valersi di tutti quei mezzi ed attingere comunque gli elementi, che reputano meglio atti alla scoperta della verità, alla dilucidazione della questione e ad un retto giudizio (8). Quindi fu giudicato che possono ammettere un esame di testimoni anche senza una sentenza interlocutoria, e assumerne lo esame senza l'*exequatur* accordato dall'Autorità giudiziaria (9); che possono, senza interrogare le parti, nominare liquidatori, i quali ne accertino le rispettive contabilità (10); che possono ammettere anche il giuramento suppletivo (11); che possono, dopo aver dichiarata chiusa l'istruttoria, far ricorso al parere di persone tecniche, senza emettere analoga sentenza interlocutoria, e senza avvertire le parti (12).

Quando invece nel compromesso fosse stato imposto agli arbitri di seguire le regole del procedimento normale indicato dal codice di procedura per l'Autorità giudiziaria, gli arbitri hanno l'obbligo di osservare e far osservare le forme e i termini in esso stabiliti, e la facoltà di ammettere tutte le prove nel detto codice considerate; cosicchè fu persino giudicato che, se le parti compromettenti non compaiono personalmente, è necessaria anche dinanzi al collegio arbitrale la regolare e formale costituzione di procuratore, e se durante il giudizio si verifichi cambiamento di stato in

(1) Op. cit., quest. 3298; Mongalvy, op. cit., n. 121; Dalloz, *Rép.*, voce *Arbitr.*, n. 920; Pardessus, op. cit., n. 1375; Mattirolo, op. cit., I, n. 757; Amar, op. cit., n. 165; Cuzzeri, op. cit., nota 6ª all'art. 18; Borsari, *Comm.*, I, p. 64; Gargiulo, *Comm.*, I, p. 80.

(2) Art. 19 del codice di proc. civ.

(3) V. retro nn. 67, 69, 75.

(4) Amar, op. cit., n. 166; Cuzzeri, op. cit., nota 1ª all'articolo 19; Gargiulo, *Comm.*, I, p. 82; Borsari, *Comm.*, I, p. 65; Galdi, *Comm.*, I, p. 150.

(5) V. gli accennati scrittori ai luoghi citati.

(6) Cuzzeri e Galdi, op. e l. cit.

(7) App. Trani, 9 dicembre 1875, *De Blasi* c. *Torselli* (*Riv. di giurspr.*, Trani, 1876, 218).

(8) Amar, op. cit., n. 162; Cuzzeri, op. cit., nota 5ª all'articolo 18. — App. Venezia, 19 aprile 1894, *Soravito* c. *Soravito* (*Temi Ven.*, 1894, 549).

(9) Cassaz. Firenze, 5 marzo 1877, *Morassuti* c. *Cases* (*Temi Ven.*, II, 138).

(10) App. Genova, 31 dicembre 1878, *Bonavera* c. *Semino* (*Eco Giurispr.*, III, 48).

(11) Cassaz. Torino, 18 maggio 1889, *Chiappa* c. *Casanova* (*Monit. Trib.*, XXXI, 78; *Giurispr.*, Torino, XXVI, 780), e App. Venezia, 19 aprile 1894, *Soravito* c. *Soravito*, citata.

(12) App. Milano, 29 aprile 1889, *Com. di Milano* c. *Bocconi* (*Monit. Trib.*, XXX, 467; *Giurispr. It.*, XLI, 2, 653); App. Genova, 28 febbraio 1893, *Negrotto* c. *Ghiliazza* (*Temi Gen.*, V, 206).

una delle parti, è necessaria altra ed analoga costituzione di procuratore (1).

Così è ammesso dalla dottrina che le sentenze pronunziate dagli arbitri, riguardanti i mezzi di istruzione, quando siano rese esecutive, sono parificate, per riguardo ai loro effetti, alle sentenze pronunziate dalle Autorità giudiziarie, quindi, come possono essere messe in esecuzione in confronto alle parti, lo possono anche in confronto ai testimoni, i quali, se regolarmente citati, non comparissero avanti gli arbitri, sarebbero esposti alle comminatorie e alle pene stabilite pei testimoni chiamati avanti le ordinarie Autorità giudiziarie. Però, siccome, per usare le parole del Mongalvy (2), gli arbitri nominati dalle parti non sono rivestiti di autorità pubblica, e sono giudici soltanto per le controversie sottoposte alla loro decisione, l'applicazione delle pene dovrebbe essere fatta dall'Autorità giudiziaria (3), che il Cuzzeri crede debba essere quella, che sarebbe stata competente a conoscere della controversia rimessa agli arbitri.

186. Due quesiti ci restano ancora a porre:

1° In qual luogo l'istruttoria del giudizio arbitrale dovrà seguire? La legge nulla dice; però la risposta è facilmente suggerita dalle norme generali riguardanti l'estensione dei poteri degli arbitri. Se le parti ebbero cura di determinare nel compromesso il luogo per l'istruzione, gli arbitri devono stare al compromesso. Nel caso invece di silenzio dei compromettenti, il luogo sarà determinato dagli arbitri e potrà essere quello della dimora di uno di essi, o anche quello della situazione della cosa, della sede della società, del negozio, intorno cui la controversia è sorta, e che potrebbe anche durante l'istruttoria essere per accordo degli arbitri mutato (4).

187. 2° Nel caso che il compromesso non avesse il suo fine naturale e svanisse prima della decisione, oppure che la sentenza arbitrale fosse dichiarata nulla, perdono ogni valore gli atti dell'istruttoria seguita nel giudizio arbitrale?

Non può dubitarsi che la scadenza del termine, senza che la sentenza arbitrale sia pronunziata, debba produrre gli effetti che la perenzione produce nei giudizi ordinari. Essa rende nulla tutta la procedura e quindi tutto il giudizio. Nè rimarrebbero, giusta l'art. 341 del codice di procedura, gli effetti delle sentenze o le prove risultanti dagli atti dell'istruttoria, perchè, collo svanire del compromesso, è svanito ogni potere giurisdizionale degli arbitri, come non ne fossero mai stati investiti.

Però, per rispetto alle prove, appunto in vista dell'ora accennata considerazione, la dottrina e la giurisprudenza, giustamente fanno eccezione per quelle, nella cui ammissione ed assunzione concorse la volontà delle parti e non sono quindi soltanto il risultato dell'esercizio dei poteri degli arbitri. Restano dunque, come dice il Borsari, « quegli atti di istruttoria dai quali si possono cavare prove valevoli in altri giudizi, quelle cioè che furono assunte per concorde volontà delle parti » (5).

Di conformità a tale massima fu giudicato che, « mancando ogni espressa disposizione di legge che pronunzi la nullità degli atti d'istruttoria fatti durante il compromesso, tostochè lo stesso venga a cessare per spirazione di termine, ragion vuole che si mantengano quelli almeno che hanno origine da un quasi-contratto giudiziale delle parti. Una perizia quindi, ordinata con sentenza arbitrale da periti nominati ed assistiti nelle loro operazioni dalle parti, non può esser intaccata di nullità per ciò solo che fu presentata dopo spirati i termini del compromesso. Il mandato, in questo caso, i periti lo ricevono dalle parti e non dagli arbitri che ordinano la perizia. Non sono nulli gli atti di istruttoria fatti durante il compromesso, tostochè lo stesso venga a cessare per spirazione del termine. Tali atti si ritengono come acquisiti al processo, la cui efficacia deve valutarsi dal merito intrinseco, anzichè dall'adempimento di estrinseche formalità » (6).

Fu del pari giudicato che « la nullità del compromesso porta la nullità delle prove raccolte dagli arbitri, le quali non possono considerarsi come giudiziali. La parte però che ottenne quelle prove ed assistè al loro esaurimento, non può utilmente dedurne la nullità quante volte non impugna la verità dei fatti da esse risultanti » (7).

Quanto abbiamo detto per il caso che il compromesso sia svanito per la scadenza del termine, deve applicarsi anche al caso in cui la sentenza degli arbitri fosse stata dichiarata nulla.

Capo XV. — Del termine per la pronunciazione della sentenza degli arbitri.

188. Termine *convenzionale* e termine *legale*. — 189. Le parti possono autorizzare gli arbitri a fissare il termine o anche rimettersi alla loro discrezione. — 190. Da quando decorra il termine. — 191. Da quando decorra se nulla hanno stabilito le parti. — 192. Da quando nel caso di clausola compromissoria. — 193. È erronea l'opinione che il termine debba decorrere dalla notificazione agli arbitri della sentenza dell'Autorità giudiziaria che li ha nominati. — 194. Le parti possono prorogare il termine. — 195. La proroga deve stabilirsi prima della scadenza del termine. — 196. Se la proroga deve risultare da atto scritto. — 197. Alcune massime stabilite dalla giurisprudenza delle Corti in ordine alla proroga del termine. — 198. Come si calcoli il mese nel caso di termine convenzionale a mesi.

188. Compiuta l'istruttoria, è obbligo degli arbitri di pronunziare la sentenza. La pronunziazione deve seguire nel termine *convenzionale*, ossia in quello fissato dalle parti nel compromesso, e in difetto di determinazione, nel termine *legale*, che è di giorni novanta decorribile da quello del compromesso, ossia dal giorno in cui il compromesso è

(1) App. Torino, 27 marzo 1877, *Imbert* c. *Guastalla* (*Giurispr.*, Torino, XIV, 350).

(2) Op. cit., n. 385.

(3) Amar, op. cit., nella nota al n. 161; Cuzzeri, op. cit., nota 8ª all'art. 18; Galdi, *Comm.*, I, n. 146; Dalloz, *Rép.*, voce *Arbitr.*, n. 916.

(4) Dell'argomento si sono occupati Carré et Chauveau, op. cit., quest. 3331; Dalloz, *Rép.*, voce *Arbitr.*, n. 964; Amar, op. cit., n. 167; Cuzzeri, op. cit., nota 7ª all'art. 18; Galdi, *Comm.*, I, n. 148.

(5) *Comm.*, nota all'art. 34. V. anche Amar, op. cit., n. 134; Ricci, *Comm.*, I, n. 56.

(6) App. Genova, 8 aprile 1865, *Mosca e Peraldo* c. *Strade ferrate Liguri* (*Giurispr. It.*, XVII, 2, 195).

(7) Appello Firenze, 13 aprile 1872, *Cironi* c. *Martini* (*Annali*, VI, 2, 185). V. anche appello Milano, 5 aprile 1895, *Klusez* c. *Saporiti*, che giudicando nulli una clausola compromissoria e il lodo su di essa fondato, dichiarò che tale lodo può valere come perizia stragiudiziale consensuale, quando emerga che entrambe le parti espressamente consentirono alle operazioni relative (*Monit. Trib.*, XXXVI, 545).

perfetto ed efficace; e se si tratta di clausola compromissoria da quello in cui sono nominati tutti gli arbitri. Tale norma si desume dal n. 3° dell'art. 34 del codice di procedura; ed il legislatore l'ha stabilita perchè è dell'interesse privato e del pubblico che la risoluzione della controversia non sia protratta di troppo.

189. Tuttavia, sempre per il principio che la volontà dei compromettenti deve valere fin là dove non urti colla legge, è dagli scrittori, può dirsi concordemente, ritenuto che le parti possono autorizzare gli arbitri a fissare essi stessi il termine per la pronunziazione della loro sentenza, od anche dichiarare di rimettersi interamente alla loro discrezione (1). In quest'ultimo caso però, dato che gli arbitri ritardassero eccessivamente la pronunziazione del lodo, è necessità riconoscere nella parte la facoltà di rivolgersi all'Autorità giudiziaria perchè stabilisca agli arbitri un termine (2).

190. Premesso che la sentenza arbitrale sarebbe nulla se tutte le controversie non fossero state decise nel termine (3), è ad accennare che l'applicazione della norma desunta dal n. 3° dell'art. 34 ha suscitato qualche dubbio circa il momento in cui il termine comincia a decorrere e per conseguenza va a compiersi.

Non vi sarebbe certamente dubbio se le parti avessero nel compromesso stabilito tale momento, come se avessero fissato che gli arbitri debbano pronunciare in dato termine dalla notizia del compromesso, oppure in dato termine dall'accettazione dell'arbitro, nel qual ultimo caso sarebbe a ritenersi che i compromettenti si fossero riferiti alla regolare accettazione per iscritto (4).

191. Ma che sarà se nulla avranno stabilito i compromettenti?

Trattandosi di compromesso, e per il motivo che la legge dichiara semplicemente che i novanta giorni decorrono dal compromesso, è opinione pressochè generale che il termine decorre dalla data del compromesso perfetto, data la quale o risulterà dallo stesso atto di compromesso, o potrà essere stabilita con tutti gli ordinarî mezzi di prova (5).

Dicendo che il termine decorre dalla data del compromesso, ossia dalla sua stipulazione, si rigetta l'opinione che vorrebbe invece il termine decorresse dalla data dell'accettazione degli arbitri, la quale si fonda specialmente sulla considerazione che il giudizio arbitrale incomincia soltanto da tale accettazione. Ma, come osserva il Mattirolo, « l'accettazione non è necessaria a costituire il contratto di compromesso; essa è un atto che è e può essere posteriore al contratto, e che è solo richiesto perchè il compromesso, validamente costituito, possa sortire il suo effetto suscitando il giudizio arbitrale » (6). E tale è il ragionamento delle Corti (7).

Abbiamo detto che il termine decorre dalla data del compromesso *perfetto*, poichè devono i compromettenti aver stabilito tutto quanto è richiesto dall'articolo 12 del codice di procedura, e quindi avere già fatta la nomina degli arbitri, e nel caso in cui il compromesso fosse stato pattuito nell'interesse di un minorenne o di persona per la quale il compromesso deve essere approvato, il termine non decorrerebbe che dal giorno in cui la necessaria omologazione od approvazione fosse accordata (8).

192. Passando alla clausola compromissoria (ed è appunto con essa che i dubbî sono sorti più gravi), come vedemmo, l'articolo 34 del codice dispone che il termine decorre dal giorno in cui sono nominati tutti gli arbitri. Ora tre casi possono presentarsi:

1° Può darsi che gli arbitri siano stati nominati nel pattuire la clausola compromissoria, e nessuno di essi manchi al momento del sorgere della controversia. Da qual giorno decorrerà il termine? Non sono d'accordo gli scrittori nella risposta. Infatti il Cuzzeri (9), a cui si è avvicinato nell'ultima edizione del suo Trattato il Mattirolo (10), ritenendo necessario l'atto di determinazione delle controversie da sottoporre al giudizio degli arbitri, vuole che il termine decorra dalla data di questo atto. Invece l'Amar e il Borsari vogliono decorra dal giorno in cui gli arbitri sono avvertiti con un atto qualunque della controversia sorta fra le parti (11). Crediamo sia da adottarsi l'opinione del Mattirolo e del Cuzzeri, perchè è quella che meno si discosta dalla regola dell'articolo 34, e perchè in nessun caso la legge accenna ad atto di notificazione agli arbitri.

2° Se invece le parti dovessero nominare tutti o alcuni degli arbitri, tornerebbe applicabile la norma dell'art. 34, cioè il termine decorrerà dal giorno in cui tutti gli arbitri siano nominati, essendo del resto difficile che le parti abbiano proceduto alla nomina senz'avere determinato le controversie da deferirsi alla cognizione degli arbitri.

3° Può darsi infine che gli arbitri debbano tutti o in parte essere nominati dall'Autorità giudiziaria. In questo caso, attenendosi rigorosamente alla disposizione dell'art. 34, si dovrebbe ritenere che il termine decorra dal giorno in

(1) Mattirolo, op. cit., I, n. 827; Cuzzeri, op. cit., nota 10ª all'art. 34; Amar, op. cit., n. 154; Ricci, *Comm.*, I, n. 26; Borsari, *Comm.*, I, p. 80; Manfredini, op. cit., n. 405. — Contra: Dalloz, *Rép.*, voce *Arbitr.*, n. 708; Mongalvy, op. cit., nota al n. 252; Galdi, *Comm.*, I, n. 270.

(2) Mattirolo, Cuzzeri, Ricci, Borsari, Manfredini, op. e l. cit.

(3) Appello Genova, 26 maggio 1883, *Barabino* c. *Siri* (*Eco giurispr.*, VII, 375).

(4) Appello Brescia, 21 febbraio 1884, *Campostrini* c. *Lombardi* (*Monit. Trib.*, XXV, 252; *Legge*, XXIV, II, [illegible]; *Foro It.*, IX, 1, 701); App. Venezia, 4 dicembre 1885, *Tessari* c. *Ermann* (*Legge*, XXVI, 1, 487; *Temi Ven.*, XI, 43).

(5) Mattirolo, op. cit., I, n. 829 e nota; Amar, op. cit., n. 153; Cuzzeri, op. cit., nota 9ª all'art. 34; Gargiulo, *Comm.*, all'art. 34; Carré et Chauveau, op. cit., Quest. 3281 *bis*; Dalloz, *Rép.*, voce *Arbitr.*, n. 712; Rodière, op. cit., 2, 3, pag. 15.

(6) Op. e l. cit. — V. la sentenza 5 agosto 1872 della Corte d'app. di Napoli, *Galdieri* c. *Galdieri* (*Giurispr. It.*, XXIV, 2, 576), che pronunciò decorrere il termine dall'accettazione degli arbitri.

(7) Cass. Roma, 19 dicembre 1883, *Sabba-Salis* c. *Tatti* (*Ann.*, XVIII, 1, 265; *Legge*, XXIV, I, 474; *Temi Rom.*, III, 548); App. Torino, 7 novembre 1884, *Gay* c. *Grande* (*Giur. It.*, XXXVII, 2, 128; *Giur.*, Torino, XXII, 15; *Ann.*, XIX, 2, 206; *Legge*, XXV, 1, 162); 5 maggio 1886, *Sarasino* c. *Comune di Vinovo* (*Giur. It.*, XXXVIII, 2, 444). La Cass. di Firenze, con sentenza 13 febbraio 1879, *Alberti* c. *Alberti* (*Foro It.*, IV, 1, 429), pronunciò che, « se in un compromesso le parti abbiano previsto la mancanza di uno degli arbitri nominati ed abbiano autorizzato gli arbitri superstiti a sceglierne un altro in surrogazione di quello mancato, il termine alla pronunzia del lodo, in qualunque tempo avvenga tale mancanza e sostituzione, rimane sempre quello fissato nel compromesso, quando le parti non hanno acconsentito che in tal caso il primo termine venisse prorogato ».

(8) Appello Brescia, 21 febbraio 1884, *Campostrini* c. *Lombardi*, citata alla nota 4.

(9) Op. cit., nota 9ª all'art. 34.

(10) Op. cit., I, n. 289.

(11) Amar, op. cit., n. 152; Borsari, op. cit., n. 7 all'art. 34.

cui tutti gli arbitri furono nominati, quindi da quello della data della sentenza. E tale è l'opinione professata da Carré et Chauveau (1) e dall'Amar (2). Altri invece credono che è soltanto dalla notificazione della sentenza *alle parti* che il termine decorre (3); ed è questa l'opinione che va accolta e che pare pienamente giustificata dalla considerazione che la notificazione della sentenza alle parti ha per effetto di metterle in quella condizione in cui le mette la sottoscrizione al compromesso. « Dopo la sentenza, così il Cuzzeri, è necessario che le parti si trovino nella stessa condizione in cui sarebbero se avessero proceduto esse medesime alla nomina degli arbitri. Siccome in questo caso si giustifica la decorrenza del termine dalla data del compromesso perchè le parti possono far tosto le pratiche allo scopo che gli arbitri accettino ed agiscano, così nel primo è naturale che la decorrenza si verifichi solo quando i contendenti siano messi in grado di conoscere i nomi dei loro giudici ed acquistino per tal modo la facoltà e la possibilità di adoperarsi a che il compromesso abbia il suo effetto. Questa notizia però non può presumersi, ma dev'essere provata legalmente, perchè nessuno ritiensi obbligato alla esecuzione d'un giudicato se non gli venga regolarmente intimato. Perciò sarà d'uopo della notificazione della sentenza a mezzo d'usciere alle parti, alle quali spetta il dovere di avvertire le persone elette affinchè assumano l'ufficio loro affidato ».

193. Dalle quali osservazioni già appare come sia da respingere l'opinione del Ricci (4), seguita da non poche sentenze delle nostre Corti, secondo la quale il termine dovrebbe decorrere soltanto dalla notificazione della sentenza *agli arbitri* (5). È un'opinione che aggiunge alla legge, e, se fosse ammissibile il motivo con cui il Ricci la vuol giustificare, non potersi cioè supporre che un termine cominci a decorrere contro chi lo deve rispettare, prima che il termine sia portato a sua notizia, si dovrebbe, contro la chiara disposizione della legge, ammettere che in nessun caso il termine possa decorrere se non dal giorno in cui agli arbitri fu notificato il compromesso, o, trattandosi di clausola compromissoria, l'atto di nomina degli arbitri; e siccome tale giorno avrebbe una importanza grandissima, sarebbe a conchiudere che la notificazione debba seguire a mezzo d'usciere (6).

194. Anche della facoltà delle parti di prorogare il termine e di autorizzare gli stessi arbitri a prorogarlo, sia pure senza fissar loro il termine della proroga, non dubitano gli scrittori (7). I francesi però, e taluno dei nostri, sostengono che gli arbitri non possono prorogare il termine più di una volta, nè per un periodo maggiore di novanta giorni (8).

195. Per analogia, anzi in applicazione dell'art. 47 del codice di procedura, la proroga del termine deve essere stabilita prima che questo sia scaduto (9). La giurisprudenza delle nostre Corti si è in questo riguardo mostrata rigorosa; e ci pare importante richiamare quanto quella d'appello di Torino pronunciava colla sentenza 2 novembre 1886 in causa *Pastoris* c. *Caretto:* « La proroga del termine assegnato agli arbitri a proferire il lodo non può più aver luogo dopo che per lo spirare del termine stesso il compromesso è cessato. Quindi una sentenza preparatoria data dagli arbitri dopo spirato il termine, susseguita anche da volontaria esecuzione datale dalle parti, non vale a prorogare il termine e ad impedire la nullità delle successive sentenze degli arbitri stessi. Il passaggio in giudicato, per difetto di reclamo nel termine, di una seconda sentenza arbitrale non vale a rendere inoppugnabile una sentenza anteriore, proferita a compromesso scaduto, se la questione dell'essere o no scaduto il compromesso non fu proposta nè risoluta con detta seconda sentenza passata in giudicato. Similmente la sentenza preparatoria proferita a compromesso scaduto e passata in giudicato per difetto di reclamo, e che non ha discussa nè risoluta la questione della scadenza del compromesso, non vale a prorogare il termine e a salvare dalla nullità la successiva sentenza definitiva » (10).

Sarebbe adunque necessario un nuovo atto che confermasse il mandato all'arbitro e ratificasse implicitamente od esplicitamente il suo operato, perchè questi possa pronunziare valido lodo, il che equivale a dire essere necessario un nuovo compromesso (11).

---

(1) Op. cit., Quest. 3281 *bis*.

(2) Op. cit., n. 153.

(3) Dalloz, *Rép.*, voce *Arbitr.*, n. 718; Mattirolo, op. cit., I, nota al n. 829; Cuzzeri, op. e l. cit.; Gargiulo, op. cit., all'art. 34, p. 118; Sorgente, op. cit., p. 26; Galdi, op. cit., I, n. 264.

(4) Op. cit., I, n. 27.

(5) Cass. Napoli, 17 dicembre 1870, *Green* c. *Magnenaul* (*Ann.*, v, 1, 169); Venezia, 3 dicembre 1892, *Ditta Rosada* c. *Bortolani* (*Temi Ven.*, XVIII, 72); Cassaz. Firenze, 20 luglio 1893, *Ditta Rosada* c. *Bortolani* (*Giur.*, Torino, XXXI, 44; *Ann.*, XXVII, 1, 442; *Legge*, XXXIII, II, 696; *Temi Ven.*, XVIII, 521). La Corte d'appello di Torino, 11 maggio 1886, *Arnaldi* c. *Segré* (*Giur.*, Torino, XXIII, 459), giudicò che il termine entro il quale l'arbitro deve proferire il lodo, non decorre finchè, sorte le questioni, non sono rimessi all'arbitro i titoli necessari a porlo in grado di giudicare.

(6) È singolare che il Ricci, a meglio sostenere la necessità della notificazione agli arbitri della sentenza, accenna al termine fissato non dalla legge, ma dal prudente arbitrio del magistrato. Ora, senza osservare che lo stesso dovrebbe dirsi del termine stabilito dalle parti, nessuna disposizione di legge accorda al magistrato chiamato a nominare gli arbitri, di fissare il termine del compromesso; solo le parti, o sarebbero caso affatto eccezionale, potrebbe d'accordo investire il giudice di tale facoltà. Veggasi la sentenza, citata nella nota precedente, 20 luglio 1893, della Cass. di Torino, che pronunziò « non avere l'Autorità giudiziaria, cui le parti abbiano deferito la nomina dell'arbitro, podestà di prefiggere a questo il termine a pronunciare il lodo, ed essere nullo in tal parte il suo provvedimento ».

(7) Dalloz, *Rép.*, voce *Arbitr.*, n. 689; Carré et Chauveau, op. cit., Quest. 3282; Mattirolo, op. cit., I, n. 827; Cuzzeri, op. cit., note 8ª e 11ª all'art. 34; Amar, op. cit., n. 151 e 154; Borsari, *Comm.*, I, p. 79; Manfredini, op. cit., n. 405; Galdi, *Comm.*, I, n. 263. Degli scrittori francesi il solo Favard, *Rép. de la nouv. lég.*, I, p. 198 (Paris 1823), ritiene che le parti *debbano* fissare agli arbitri il termine della proroga.

(8) Carré et Chauveau, op. cit., quest. 3282; Pigeau, op. cit., I, p. 60, e *Comm.*, II, p. 720; Mongalvy, op. cit., n. 151; Goubeau, *Traité général de l'arbitrage*, I, p. 129, Paris 1827; Bellot-des-Minières, op. cit., II, p. 113; Thomine, *Procédure civile*, n. 1215, Bruxelles 1810; Rodière, op. cit., II, p. 508; Galdi, *Comm.*, I, n. 269.

(9) Cuzzeri, op. cit., nota 11ª all'art. 34.

(10) *Giur.*, Torino, XXIV, 12. — Contra: Cass. Roma, 4 giugno 1888, *Madama* c. *Palmari* (*Monit. Trib.*, XXX, 521; *Legge*, XXIX, I, 651; *Foro It.*, XIII, 1, 1173).

(11) Vedi il Cuzzeri, op. e l. cit., ed Appello Torino, 4 maggio 1886, *Sarasino* c. *Comune di Vinovo* (*Giur. It.*, XXXVIII, 2, 444), la quale giudicò che, scaduto il termine accordato agli arbitri, è inefficace la proroga, benchè accordata per iscritto, essendo ne-

196. Un'ultima cosa intorno alla proroga del termine. È questione se essa debba necessariamente risultare da atto scritto.

Alcuni (1) rispondono affermativamente, partendo dalla considerazione essere il termine essenziale al compromesso, il quale sotto pena di nullità deve essere fatto per iscritto; e dicono che, se buona parte degli scrittori francesi rispondono negativamente al quesito, loro bastando che l'intenzione delle parti possa arguirsi da fatti certi e specialmente dall'essere le parti passate anche dopo la scadenza del termine ad atti del giudizio arbitrale, ciò deriva dall'opinione professata da quegli scrittori, che nemmeno per la stipulazione del compromesso sia rigorosamente richiesto l'atto scritto, mentre presso di noi, di fronte all'articolo 11, non si può dubitare che la mancanza dello scritto renderebbe nullo il compromesso (2).

Altri scrittori invece, e ci pare con maggior ragione, stanno per la negativa (3). Si dice che il termine non appartiene alla sostanza del compromesso, perchè di esso non fa cenno l'articolo 11 del codice di procedura; che se in forza di questo articolo lo scritto è essenziale per il compromesso, non lo è per la proroga, la quale non costituisce un nuovo compromesso (4). Si dice che col presente codice civile, a differenza dell'Albertino, non è necessario lo scritto per gli atti accessori o modificativi di atti per i quali la scrittura privata è richiesta *ad substantiam*, restringendosi il codice nell'art. 1341 a vietare la nuda prova testimoniale contro o in aggiunta al contenuto in atto scritto, perchè la prova della proroga, espressa o tacita, potrà essere data con tutti gli altri mezzi ordinarî, anzi anche colla prova testimoniale quando ricorrano le condizioni degli articoli 1347 e 1348 del codice civile (5).

197. Chiuderemo l'argomento riferendoci ad alcune tesi che la Corte d'appello di Genova ebbe occasione di stabilire con sentenza 21 gennaio 1881, in causa *De Bernardis* c. *Pinto* (6).

« Il consenso per una proroga agli arbitri può validamente prestarsi fra assenti, firmando la scrittura una delle parti in un luogo, l'altra in un altro. Non è richiesto un atto di formale notificazione della seguita accettazione, ma basta che di questa sia pervenuta al proponente la notizia in un modo qualunque, valevole a renderla certa e sicura. Secondo la teoria che i contratti stipulati fra assenti per lettera hanno il loro perfezionamento nello stesso luogo e momento in cui giunge al proponente la notizia certa della accettazione della sua proposta, il proponente la proroga può revocare il suo consenso prima che a lui sia pervenuta notizia dell'accettazione dell'altra parte. Il proponente la proroga, che nei termini della stessa si presenta avanti il collegio degli arbitri a far valere le sue ragioni, viene a ratificarla, mostrando che ben conosceva l'accettazione dell'altra parte ».

198. Circa il termine un'ultima cosa rimane a dire suggerita dalla sentenza della Corte d'appello di Brescia del 21 febbraio 1884, in causa *Campostrini* c. *Lombardi* (7). Essa pose la massima che, nel caso di termine convenzionale indicato a mesi, è a ritenersi, salvo esistessero particolari circostanze a dimostrare che le parti vollero calcolare il mese di giorni trenta, che esse siansi riportate al calendario gregoriano, perchè, disse la Corte, in tema di obbligazioni contrattuali è sovrana la volontà delle parti, da presumersi conforme al comune modo di sentire ed alle abitudini dei cittadini, nei quali l'idea dei mesi non si scompagna mai da quella del calendario, che li segna più o meno lunghi con diverse denominazioni. Laonde la Corte dichiarò inapplicabile per analogia il disposto dell'art. 2133 del codice civile, che costituisce una norma speciale dettata alle prescrizioni.

Nello stesso senso pronunziarono la Corte di Milano (8), la Corte di cassazione di Firenze (9) e la Corte di Genova (10).

Capo XVI. — Cessazione del compromesso.

199. In generale il compromesso cessa per i motivi per cui cessano gli altri contratti. — 200. Modi speciali di estinzione del compromesso. — 201. Revocazione della nomina degli arbitri. — 202. Come deve essere fatta. — 203. È permessa anche quando gli arbitri non furono nominati dalle parti. — 204. La revoca deve seguire prima della sentenza arbitrale, e produce immediatamente i suoi effetti. — 205. Mancanza dell'arbitro. — 206. Cause che la producono. Eccezione per tre casi. — 207. Morte, ricusazione, incapacità dell'arbitro. — 208. Desistenza dell'arbitro. — 209. Giusti motivi di desistenza. — 210. Da quando cessa la responsabilità dell'arbitro desistente. — 211. Scadenza del termine. — 212. *Quid* della sentenza pronunziata dopo la scadenza del termine? — 213. Cessazione del compromesso per mancata maggioranza di voti nella deliberazione della sentenza.

199 Il compromesso trova il suo naturale compimento nella sentenza degli arbitri. Però molti avvenimenti o cause

cessario un nuovo compromesso. Vedi anche appello Torino, 24 gennaio 1883, *Gnotta* c. *Gnotta* (*Giur. It.*, XXXV, 2, 467; *Giur.*, Torino, XX, 373). Contra: Appello Venezia, 16 ottobre 1879, *Portalupi* c. *De Micheli* (*Mon. Giud.*, 1879, 541).

(1) Mongalvy, op. cit., n. 155; Boncenne, op. cit., contin. par Bourbeaux, VI, p. 543; Cuzzeri, op. cit., nota 11ª all'art. 34; Amar, op. cit., n. 155; Galdi, *Comm.*, I, n 274.

(2) La sentenza della Cass. di Torino, 15 marzo 1882, *Rava* c. *Rava*, giudicò appunto che il termine del compromesso ne costituisce un estremo essenziale come la nomina degli arbitri e la designazione della materia controversa; e che la proroga del compromesso deve risultare da atto scritto e non può ritenersi accordata tacitamente sebbene vogliasi dedurre da fatti avvenuti prima della scadenza del termine (*Monit. Trib.*, XXIII, 458; *Giur. It.*, XXXIV, 1, 1, 330; *Giur.*, Torino, XIX, 329; *Ann.*, XVI, 1, 312; *Foro It.*, VII, 1, 801; *Gazz. Leg.*, VI, 158, accompagnata da monografia degli avv. Gianzana e Spantigati).

(3) Mattirolo, op. cit., I, 828; Borsari, *Comm.*, I, pag. 80; Carré et Chauveau, op. cit., Quest., 3281 *bis*; Dalloz, *Rép.*, voce *Arbitr.*, n. 736; Rodière, op. cit., III, 15; Vatimesnil, op. cit., n. 58; Bellot-des-Minières, op. cit., II, 154.

(4) Appello Roma, 4 agosto 1881, *Soc. Tramways* c. *Baccelli* (*Temi Rom.*, I, 441).

(5) Citeremo col Mattirolo, di cui abbiamo riassunto i ragionamenti, la sentenza della Cass. di Torino, 12 settembre 1863 (*Giur. It.*, XV, 1, 780), e la nota della Redazione della *Giur.*, Torino, a pag. 329, annata 1882.

(6) *Giur. It.*, XXXIII, 60.

(7) *Mon. Trib.*, XXV, 252; *Foro Ital.*, IX, 1, 701; *Legge*, XXIV, II, 606.

(8) 7 maggio 1886, *Campostrini* c. *Lombardi* (*Mon. Trib.*, XXVII, 621).

(9) 11 maggio 1891, *Tonin* c. *Balestra* (*Giur.*, Torino, XXVIII, 305; *Legge*, XXXI, II, 621).

(10) 4 aprile 1893, *Oxilia* c. *Oxilia* (*Mon. Trib.*, XXXIV, 819; *Temi Gen.*, V, 367).

possono produrre la cessazione od estinzione del compromesso prima che il lodo sia pronunciato.

Intanto giova ricordare che il compromesso è un contratto, per subito vedere che esso può trovare la sua fine per tutte quelle cause per le quali in generale i contratti finiscono; tali sono, come accenna il Carré (1): l'accordo delle parti per farlo cessare (2); la perdita della cosa, oggetto del compromesso (3); l'estinzione dell'obbligazione, per la quale si è compromesso, sia poi per remissione, sia per confusione (4), ecc.

200. La legge, invece, per la specialità degli elementi essenziali al compromesso, ha anche stabilito cause speciali di estinzione di esso. Sono noverate nell'art. 34 del codice di procedura.

201. La prima in esso accennata è la *revocazione della nomina degli arbitri*. È giusto faccia cessare il compromesso, perchè toglie appunto al compromesso uno degli elementi suoi essenziali, che è la nomina degli arbitri.

202. Perchè la revocazione della nomina degli arbitri sia valida, deve, giusta il disposto della legge, essere fatta di consenso delle parti, nella forma stabilita per la costituzione del compromesso.

La legge dice *di consenso delle parti*, perchè il contratto di compromesso non sarebbe più tale, se una delle parti potesse a piacere sottrarsi ad esso, revocando la nomina degli arbitri.

La legge dice *nella forma stabilita dall'articolo 11*, che è quanto dire per iscritto, quindi per atto pubblico o per scrittura privata. Però, come fa osservare il Cuzzeri, gli scrittori sono d'accordo nel ritenere che la revocazione possa essere tacita purchè sia formale, e che perciò debbasi riscontrare nel fatto della nomina di altri arbitri al posto dei primi, o in quello della transazione. E siccome la clausola compromissoria, come vedemmo (5), potrebbe in dati casi anch'essere pattuita verbalmente, così potrebbe la nomina degli arbitri essere verbalmente revocata insieme alla clausola compromissoria (6).

203. La revoca sarebbe permessa anche quando la nomina degli arbitri fosse stata fatta dall'Autorità giudiziaria o da terze persone, perchè l'Autorità giudiziaria o le terze persone nominavano in nome e in vece delle parti compromettenti.

204. È quasi superfluo aggiungere che la revocazione per essere efficace dovrebbe seguire prima che la sentenza degli arbitri fosse pronunziata, perchè col lodo gli arbitri hanno compiuto la loro commissione (7).

Però la revoca produce immediatamente i suoi effetti, e non ha bisogno di essere notificata agli arbitri, permodochè, se costoro, anche ignorando la revoca della loro nomina, avessero pronunciato il lodo, questo rimarrebbe senza effetto (8).

205. Nel numero 2° dell'art. 34 il codice di procedura ha raccolto ed indicato le cause che possono far mancare l'arbitro, o uno o più arbitri, e anche tale mancanza è ritenuta motivo di cessazione immediata del compromesso, per la evidente ragione che, mancando la persona eletta per la fiducia ispirata nelle parti, viene a mancare uno degli elementi del compromesso.

206. Le cause che possono produrre la mancanza dell'arbitro e quindi la cessazione del compromesso, sono: la *morte*, la *ricusazione*, la *desistenza*, l'*incapacità* dell'arbitro. Però in tre casi queste cause non produrrebbero la sospensione del compromesso, cioè:

1° Quando le parti abbiano nel compromesso pattuito che per il verificarsi di una o di più o di tutte, il compromesso non abbia a cessare, riservandosi di nominare altri arbitri in surrogazione dei mancanti, oppure autorizzando a pronunziare il lodo i rimanenti arbitri, i quali devono però essere in numero dispari, essendo, come vedemmo, alla validità del compromesso e del lodo, condizione essenziale la disparità degli arbitri (9).

2° Quando, anche senza aver preveduto nel compromesso il caso, le parti al verificarsi di esso si accordassero e surrogassero l'arbitro mancante (10).

3° Nel caso della clausola compromissoria, quando prima del sorgere della controversia sia mancato alcuno degli arbitri o tutti, perchè, giusta l'art. 12 del codice di procedura, la nomina dei mancanti, se non sia fatta dalle stesse parti, lo sarebbe dall'Autorità giudiziaria.

207. Nulla abbiamo a dire della morte dell'arbitro; nulla della ricusazione e della incapacità, di cui ci occupammo largamente prima d'ora (11).

208. Quanto alla desistenza dell'arbitro, perchè faccia cessare il compromesso è necessario che avvenga prima che la sentenza arbitrale sia deliberata; se avviene dopo, equivale a rifiuto di sottoscrivere la sentenza e quindi non importa la nullità del lodo che fosse sottoscritto dalla maggioranza degli arbitri (12). La desistenza poi potrebbe essere esplicita od implicita, risultante cioè da fatti che possano interpretarsi soltanto come una manifestazione della volontà di non adempiere all'ufficio (13).

209. Ricorderemo poi che la legge chiama al risarcimento dei danni verso le parti l'arbitro che, accettata la nomina, senza giusto motivo desiste o non pronuncia nel termine stabilito (14).

La legge nostra, a differenza di altre legislazioni (15), non

(1) Carré et Chauveau, op. cit., Quest. 3301. V. anche Mattirolo, op. cit., I, n. 833; Cuzzeri, op. cit., nota 1ª all'art. 34; Amar, op. cit., n. 137; Gargiulo, *Comm.*, I, pag. 119; Galdi, I, n. 240; Manfredini, nn. 402 e segg.

(2) Art. 1123 del cod. civ. L'accordo delle parti nel caso di clausola compromissoria può essere tacito od espresso. V. retro, n. 137 e le molte sentenze ivi citate.

(3) Art. 1298 del cod. civ.

(4) Art. 1296 del. cod. civ.

(5) V. retro nn. 127 e 142, n. 6.

(6) Mattirolo, op. cit., I, in nota al n. 816; Cuzzeri, op. cit., nota 2ª all'art. 34; Amar, op. cit., n. 137.

(7) Mattirolo, op. cit., I, n. 816; Cuzzeri, op. cit., nota 3ª all'art. 34; Amar, op. e l. cit. — Altra cosa sarebbe della transazione susseguente alla pronunciazione del lodo. Per essa tornerebbe applicabile l'art. 1776 del codice civile.

(8) Cuzzeri, op. e l. cit.; Amar, op. e l. cit.; Gargiulo, *Comm.*, I, p. 115.

(9) Cuzzeri, op. cit., nota 4ª all'art. 34. È nullo il lodo proferito da arbitri in numero pari. Appello Trani, 20 [illegible], *Buttaro* c. *Buttaro* (*Giorn. dei Trib.*, n. 172; *Giur. It.*, XXV, 2, 396).

(10) Cass. Torino, 3 marzo 1893, *Rossi* c. *Zenoni* (*Mon. Trib.*, XXXIV, 425; *Giur. It.*, XLV, I, 1, 538; *Giur.*, Torino, XXX 257; *Foro It.*, XVIII, 1, 660).

(11) V. retro nn. 88 e seg., 148 e seg.

(12) Appello Genova, 17 aprile 1893, *Negrotto* c. *Parodi ed altri* (*Temi Gen.*, V, 544).

(13) Cuzzeri, op. cit., nota 7ª all'art. 34.

(14) Capov. ult. dell'art. 34 del cod. di proc. civ.

(15) V., p. es., il codice estense all'art. 11.

ha accennato quali possano essere giusti motivi di desistenza (1). E sta bene; perchè difficilmente si possono determinare *a priori*, dipendendo specialmente dall'apprezzamento di ogni singolo caso il pronunciare se un motivo sia o non sia giusto e quindi ammissibile (2). Sarebbero però, anche secondo il titolo *De receptis arbitris* del Digesto (3), motivi giusti di desistenza, una malattia sopraggiunta all'arbitro, o un grave incomodo che gli rendesse troppo grave l'attendere al giudizio arbitrale; se gli affari propri dell'arbitro richiedessero istantaneamente tutte le sue cure; se l'arbitro, dopo accettato l'ufficio, avesse ottenuto un pubblico ufficio o un tramutamento di residenza; se il compromesso fosse nullo o vizioso; se l'arbitro fosse stato ingiuriato o diffamato dalle parti, o se fosse sovraggiunta fra esso e una delle parti grave inimicizia.

Osserva infine opportunamente il Mattirolo, sulle traccie di Carré et Chauveau e di Dalloz, che, se le parti avessero accordato agli arbitri di desistere liberamente per qualsiasi motivo, non sarebbe più il caso di ricercare la ragione della desistenza (4).

210. Circa la responsabilità dell'arbitro desistente rimandiamo il lettore a quanto esponemmo sotto il n. 147.

Infine ed in relazione alla massima posta nel precedente n. 208 dobbiamo qui riportare il giudicato con sentenza 15 aprile 1884 dalla Corte di cassazione di Torino, in causa *Belletti* c. *Sassi* (5): « Perchè la ingiustificata desistenza dell'arbitro renda questo responsabile dei danni verso le parti, è necessario che essa sia avvenuta in tali condizioni per cui il collegio arbitrale più non potesse giuridicamente esaurire il proprio mandato colla pronuncia della sentenza. Ciò non sarebbe nel caso che, dopo deliberata una sentenza, uno degli arbitri avesse dichiarato di non voler più prendere parte agli atti ulteriori, o vi si fosse ricusato, mentre in tale ipotesi il compromesso non cessa, incombendo pur sempre agli arbitri costituenti la maggioranza, l'obbligo di compilare e sottoscrivere la sentenza, facendo constare del rifiuto del collega prima di depositarla alla pretura ».

211 Un'altra causa di cessazione del compromesso accennata dalla legge è la scadenza del termine stabilito nel compromesso, o, in difetto, dalla legge, senza che la sentenza arbitrale sia pronunciata (6).

Anche di questo argomento poco abbiamo a dire in aggiunta a quanto esponemmo a proposito del termine del compromesso e del punto da cui questo termine decorre (7).

Solo è a ricordare la disposizione del primo capoverso dell'art. 34 del codice di procedura: « Se nel termine sia stata pronunciata sentenza non definitiva, decorre dalla data del decreto che la rese esecutiva (meglio efficace) un nuovo termine eguale a quello stabilito nel compromesso o dalla legge ».

Dicendo il codice *sentenza non definitiva*, senza fare distinzione alcuna, è a ritenere che esso siasi riferito a qualunque specie di sentenza; quindi tanto alle interlocutorie propriamente dette, quanto alle ordinatorie e preparatorie, come a proposito dell'obbligo del deposito di esse nella cancelleria della pretura e della necessità del decreto pretoriale di *exequatur*, hanno sostenuto la maggior parte degli scrittori (8) e pronunciato le sentenze delle nostre Corti (9).

212. Che sarà della sentenza che gli arbitri avessero pronunciato dopo la scadenza del termine? Ha risposto alla domanda il codice di procedura al n. 1° dell'articolo 32. Il compromesso, come vedemmo, cessa per la scadenza del termine; la cessazione del compromesso lo fa considerare come non avvenuto, spoglia gli arbitri della giurisdizione loro accordata per volere delle parti; la sentenza pertanto da essi pronunciata è colpita di nullità, e non potrebbe essere sanata dal consenso delle parti; sicchè, ove queste volessero che la loro controversia fosse risolta da arbitri, dovrebbero addivenire ad un nuovo compromesso (10).

213. Ai modi di cessazione del compromesso specialmente indicati dall'art. 34 del codice di procedura deve esserne aggiunto un altro che si verifica quando nel collegio degli arbitri si manifestassero più di due opinioni, e nessuna riuscisse ad ottenere la maggioranza di voti; inquantochè a giudizio di tutti gli scrittori non sarebbe applicabile la disposizione che per il caso analogo ha dato il legislatore nell'art. 359 del codice di procedura civile per i collegi dei giudici magistrati, salvo il caso che le parti compromettenti avessero imposto agli arbitri di seguire le forme del codice di procedura civile, o che gli arbitri stessi avessero concordemente deciso di attenersi a quella norma; perchè l'adesione a tale determinazione implica la volontaria eventuale rinuncia alla propria opinione (11).

MARIANO MARIANI.

(1) Il nuovo regolamento del processo civile austriaco del 1° agosto 1895 dice che l'arbitro, anche dopo l'accettazione dell'ufficio, può *per validi motivi* recedere dall'obbligo assuntosi (§ 579), ma non dice quali siano validi motivi. Obbliga poi al risarcimento verso le parti quell'arbitro, che dopo l'accettazione dell'ufficio, non adempie affatto o non nel termine all'obbligo assuntosi (capoverso del § 584).

(2) Cuzzeri, op. cit., nota 7ª all'art. 34.

(3) Legge 11 e segg.

(4) Mattirolo, op. cit., I, n. 824; Carré et Chauveau, op. cit., Quest. 3312; Dalloz, *Rép.*, voce *Arbitr.*, n. 631.

(5) *Mon. Trib.*, XXV, 692; *Giur. It.*, XXXVI, I, 1, 623; *Giur.*, Torino, XXI, 459; *Annali*, XVIII, 1, 343.

(6) N. 3 dell'art. 34.

(7) V. capo XV.

(8) Mattirolo, op. cit., I, in nota ai nn. 773 e 831; Cuzzeri, op. cit., nota 6ª all'art. 24 e nota 13ª all'art. 34; Amar, op. cit. n. 193; Manfredini, op. cit., n. 406; Gargiulo, *Comm.*, I, p. 92. Contra: Borsari, *Comm.*, all'art. 16; Galdi, *Comm.*, I, 184.

(9) Cass. Torino, 15 dicembre 1885, *Cerimedo* c. *Del Vecchio* (*Giur.*, Torino, XXIII, 48; *Annali*, XX, 1, 141), la quale pronunciò per di più che l'effetto di far decorrere dalla data del decreto che la rese esecutiva un nuovo termine eguale a quello stabilito nel compromesso, è prodotto anche da una seconda sentenza preparatoria o ordinatoria pronunciata nel termine prorogato da una prima sentenza; 12 agosto 1887, *Miniotti* c. *Miniotti* (*Giur. It.*, XL, 254, *Giur.*, Torino, XXVI, 691; *Annali*, XXII, 16). — Contra: App. Venezia, 21 luglio 1876, *Morassuti* c. *Cases* (*Temi Ven.*, I, 300).

(10) Mattirolo, op. cit., I, n. 832; Appello Roma 4 agosto 1881, *Società Tramwai* c. *Baccelli* (*Temi Rom.*, I, 441); Torino, 7 novembre 1884, *Gay* c. *Grande* (*Giur. It.*, XXXVII, II, 128; *Giur.*, Torino, XXII, 15; *Legge*, XXV, I, 162); la quale pronunciò che la nullità può essere proposta anche da quella parte che col fatto proprio ha dato causa alla tardiva prolazione del lodo. — Contra: Cass. Torino, 15 marzo, 1882, *Rava* c. *Rava* (*Mon. Trib.*, XXIII, 458; *Giur. It.* XXXIV, I, 1, 330; *Legge*, XXII, II, 694; *Foro It.*, VII, 1, 801).

(11) Mattirolo, op. cit., I, n. 763; Cuzzeri, op. cit., nota 3ª all'art. 21; Amar, op. cit., n. 172; Gargiulo, *Comm.*, I, p. 86.

COMUNE (Codice civile). Vedi **BENI IMMOBILI e MOBILI; CONDOMINI; CORPI MORALI; MEZZADRIA; MUTUO; PERSONA GIURIDICA; PROPRIETÀ; STATO CIVILE.**

COMUNE (Storia del diritto).

Sommario.

Bibliografia.

Anemüller, *Gesch. der Verfass. Mailands*, 1881. — Arnold, *Verfassungsgesch. der deutschen Freistaedte*, Hamburg, Gotha, 1854; Id., *Zur Gesch. des Eigenthums in den deutsch. Staedten*, Basel 1861. — Balbi, *Le prime città libere italiane del medio evo*, in *Ateneo Ligure*, XIII. — Béchard, *Le droit municipal dans l'antiquité*, Paris 1860; Id., *Droit municipal au moyen âge*, Paris, Durand, 1861-62. — Beloch, *Der italische Bund unter Roms Hegemonie*, Leipzig 1880. — Below, *Ursprung der deutschen Städtverfass.*, Düsseldorf 1892; Id., *Zur Entstehung der deutschen Städtverfass.*, in *Sybel's Zeitschr.*, S. IX, t. 22 e 23, 1887-88; Id., *Die Entstehung der deutschen Stadtgemeinde*, in *Histor. Zeitschr.*, 38 e 59, Düsseldorf 1889. — Bethmann-Holweg, *Ursprung der Lombard. Städtfreiheit*, Bonn 1846. — Bohn, *Qua condicione iuris reges socii populi romani fuerint*, Berolini 1876. — Cimaglia, *Considerazioni sui magistrati municipali*, 1790. — Coulener, *Recherches sur l'origine des Communes belges* (*Annales de l'Académie d'archéologie de Belgique*, 1871). — Davidsohn, *Le origini del consolato* (*Arch. stor. ital.*, 1892); Id., *Gesch. von Florenza*, Berlin 1896. — Demolins, *Le mouvement communal et municipal au moyen âge*, Paris 1875. — Diehl, *Étude sur l'admin. byzant*, Paris 1889. — Dubois, *Essai sur les Municipes dans le droit romain*, Paris 1862. — Durand, *Du régime municipal*, Paris 1876. — Emiliani-Giudici, *Storia dei Municipî italiani*, 3 vol. ed appendice (Firenze, *Poligrafia italiana*, 1851). — Faraglia, *Il Comune nell'Italia meridionale* (1100-1806), Napoli 1883. — Ferrari, *Storia delle rivoluzioni italiane*, Milano, Treves, 1871-73, vol. 3. — Ferrenbach, *Die Amici populi romani republikanischer Zeit*, Strassburg. 1895. — Ficker, *Forsch. zur Reichs- und Rechtsgesch. Ital.*, Innsbruck 1870, III, pag. 316 e segg. — Flach, *Les origines de l'ancienne France. Les origines communales*, Paris 1893 (e su di esso De Rozière, in *Journal des savants*, 1894). — Fouqué, *Recherches historiques sur la révolution communale au moyen âge*, Châlon sur Saone 1848. — Freemann, *Greek cities under roman rule* (*The contemporary Review*, 1894). — Frosina Cannella, *Ricerche storiche sui Municipî del mezzogiorno d'Italia*, in *Buonarroti*, IV, 1892. — Garoni, *Codice diplomatico, storico e giuridico dei Municipî ligustici*, Genova 1870. — Gasquy, *De Marci Tullii Ciceronis pro L. Cornelio Balbo oratione, sive de civitatis iure ex Ciceronianis libris*, Paris 1886. — Gaupp, *Ueber deutsche Städtebegründungen*, 1824; Id., *Städteverf. und Weichbild*, Jena 1824. — Gichhorn, *Ueber den Ursprung der staedtisch. verfass. in Deutschland* (*Zeitschr. für geschicht. Rechtswissensch*, I, 147; II, 65). — Grévy, *Des Municipes en droit romain*, Versailles 1878. — Haeckermann, *Sententiarum aliquot de Municipiis Romanorum post Niebuhrium propositarum examinatio*. Stolp 1861. — Handloike, *Die Lombardischen Städte unter der Herrschaft der Bischöfe und die Entstehung der Communen*, 1883. — Hans von Kap Herr, *Baiules, Podestà, Consules* (*Deutsch. Zeitschr. für Geschichtswiss.*, V, 1891). — Hartmann, *Untersuch. der Gesch d. byzant. Verwaltung in Ital.*, 1889. — Haulleville, *Histoire des Communes lombardes depuis leur origine jusqu'à la fin du XIII siècle*, Paris, Didier, 1857. — Hegel, *Städte und Gilden der german. Volker im Mittelalter* (*Neues Archiv*, XVIII, 1891); Id., *Die Entstehung des deutschen Städtewesens*, Leipzig, Hizel; Id., *Storia della costituzione dei Municipî italiani*, Milano-Torino 1861. — Heinemann, *Zur Entsteh. der Städtverfass. in Ital.*, Leipzig, Pfeffer, 1896 (e su di esso, Salvemini, in *Archivio storico italiano*, XVIII, 1896). — Heisterbergk, *Municeps* (*Philologus. Zeitschr. d. class. Alterthum*, LV, 3, 1896). — Heusler, *Der Ursprung der deutsch. Städtverfass.*, Weimar 1872. — Houdoy, *Le droit municipal*, Paris 1876. — Hüllmann, *Städtwesen des Mittelalters*, Bonn, 4 vol., 1826-29; Id., *Ursprung der Städte in Deutschland*, 1830. — Kallsen, *Die deutschen Städte im Mittelalter*, Halle 1891. — Klapp (Williams), *Development of municipal unity in the lombard Commons*, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1891 (e recensione di Cipolla in *Archivio storico italiano*, IX, 1892, pag. 78 e segg.). — Klipffel, *Étude sur l'origine et les caractères de la révolution communale dans les cités épisc. rom. de l'empire german.*, Strassbourg 1869; Id., *Le régime municipal gallo-romain* (*Nouvelle revue historique du droit*, 1878). — Kuhn, *Die Städtische und bürgerliche Verfassung des Röm. Reichs bis auf die Zeiten Justinians*, 2 vol., Leipzig 1864-65; Id., *Ueber die Entstehung der Städte der Alten. Komenverfassung und Synoikismos*, Leipzig 1878; Id., *Die Griech. Komenverfassung* (*Rhein. Museum*, 1860). — Lanzani, *Storia dei Comuni italiani dalle origini al 1313*, Milano, Vallardi, 1882. — Lastig, *Entwickelungswege und Quellen des Handelsrechts*, Stuttgart 1877. — L'Eleu, *Des Communautés rurales dans l'ancienne France jusqu'à la fin du XIII siècle*, Paris, Rousseau, 1898. — Lenel, *Stud. zur Gesch. Paduas und Veronas*, Strasburg 1893. — Leo, *Ueber die verfass. der freien Lombard. Städte im Mittelalter*, Rudolstadt 1820; Id., *Entwick. der Verfassungsgesch. der Lombard. Städte bis zur Ankunft Kaiser Friedrich I in Ital.*, Hamburg 1824 (tradotto ed annotato da Balbo, Torino 1836); Id., *Gesch. der italien. Staaten*, Hamburg 1829. — Luntze, *Die deutschen Stadtenbegründungen oder Römerstädte und deutsche Städte im Mittelalter*, Leipzig 1891. — Maurer, *Ueber die bayerischen Städte und ihre Verfass. unter der röm. und fränk. Herrschaft.*, 1829; Id., *Gesch. der Städtverfassung in Deutschland*, Erlanger 1859. — Menault, *Les villes neuves, leur origine et leur influence sur le mouvement communal*, 1868. — Migueret, *Essai sur l'admin. munic. des Rom.*, Paris 1848. — Mommsen, *Das römische Lagerstädte* (*Hermes*, VII). — Muratori, *Antiquitat.*, 1750. — Nitzsch, *Ministerialität und Bürgenthum* (in 11 und 12 *Jahrhundert*, Leipzig 1859). — Pagnoncelli, *Origine dei Municipî italiani*, 1823. — Pawinski, *Zur Entstehungs-gesch. des Consulats in den Communen Nord- und Mittel-Italiens*, Berlin 1867. — Pepere, *Il diritto municipale d'Italia*, Napoli 1881. — Pirenne, *Les origines des constitutions urbaines au moyen âge* (*Revue historique*, n. 57); Id., *Villes, marché et marchand au moyen âge*, in *Revue historique* 1898, 2, pag. 59 e segg. — Rezzonico, *Delle origini e vicende del diritto municipale in Milano*, Milano 1848. — Reiger, *Immunität der italien. Bistümer*, 1882. — Reitschel, *Die civitas auf deutschen Baden bis zum Ausgang der Karolingerzeit*, Leipzig, 1894. — Rinaldi, *Il Comune e la provincia nella storia del diritto italiano*, Potenza, Magaldi, 1881. — Rodolico, *Dal Comune alla Signoria*, Bologna, Zanichelli, 1898; Id., *Il popolo minuto*, id., 1899. — Rosa, *Feudi e Comuni della Lombardia*, Bergamo 1857. — Roth, *De re municipali Romanorum*, libri II, Stuttgart 1851. — Rudert, *De iure municipum Romanorum belli latini temporibus Campanis dato* (*Leipziger Studien*, t. II). — Sacchi, *Condizioni economiche e politiche degli italiani nei bassi tempi*, 2 vol, 1829. — Salvioli, *Storia delle immun. e giustizie delle Chiese in Italia*, Modena 1889 (Estratto dagli *Atti e Memorie della Deputazione di Storia patria per le provincie Parmense e Modenese*, 1889); Id., *Il diritto di guerra nei Comuni italiani*, in *Accademia di scienze, lettere ed arti di Palermo*, 1895. — Schupfer, *Gli elementi del Municipio italiano nel medio evo* (nella rivista: *Il Comune,*

Padova 1864). — Sismondi, *Storia delle Repubbliche italiane dei secoli di mezzo* (trad. it.), vol. XVI, 1817-19. — Sohne, *Die Entstehung des deutschen Städtewesens*, Leipzig, Duncher und Humblot, 1890. — Solaini, *Del municipio romano* (*Archivio giuridico*, XXV). — Solmi, *Le associazioni in Italia avanti le origini del Comune*, Modena 1898; e a proposito di esso: Tamassia, *Le associazioni in Italia nel periodo precomunale* (*Archivio giuridico*, LXI, 1898); Besta, in *Rivista italiana di sociologia*, II, 1898; Calisse, *Le associazioni in Italia avanti le origini del Comune*, in *Rivista Internazionale per le scienze sociali*, 1898; Id., *Per la storia delle associazioni nell'alto medio-evo*, in *Archivio giuridico*, N. S., III, 1899. — Szanto, *Die griechische Bürgerrecht*, 1896. — Toutain, *Essai sur l'organisation municipale du Haut Empire* (*Mélanges d'archéol. et d'hist.*, to. XVII, 1898). — Villari, *Il Comune italiano e la storia civile di Firenze* (*Politecn.*, 1886). — Vurges, *Zur Entstehung der deutsch. Städtverfass.*, II, 1892. — Wanderkindere, *Notice sur l'origine des magistrats communaux*, Bruxelles 1874. — Wasteau, *De iure et iurisd. municip.*, Lugd. Bat. 1717. — Wauters, *Les libertés communales*, Bruxelles 1878 (e su di esso un articolo critico di Wanderkindere in *Rev. histor.*, IX). — Wilda. *Das Gildenwesen im Mittelalter*, Halle 1831. — Zoeller, *De civitate sine suffragio et municipio Romanorum*, Heidelberg 1861. — Zumpt, *Ueber das Unterschied der Benennungen Municipium, Colonia, Praefectura in röm. Staatrecht* (*Abh. der Berliner Acad. Hist. phil. Clas.* 1833); Id., *De propagatione civitatis Rom.* (*Studia rom.*, Berolini 1859). — *Gli albori della vita italiana: Le origini dei Comuni* (Conferenze), Milano, Frat. Treves, 1880.

Capo I. — Epoca romana.

1. Gli studi più recenti hanno dimostrato come presso tutti i popoli storici apparisca nei primordî l'organizzazione per gruppi fortemente stretti, embrioni non solo della vita giuridica, ma anche della vita economica e religiosa delle Società umane: risultanti dall'unione di più famiglie, che, per discendere da un comune antenato, vero o supposto, noto o leggendario od immemorabile, sono unite fra di loro da un medesimo culto (quello del comune antenato); ovvero dall'ampliamento naturale della famiglia, forzata a compiere eziandio le funzioni di aggregazione civile e politica. Tali gruppi (a capo di ciascuno dei quali è un capo, che è insieme capo di famiglia, padrone, re, sacerdote, giudice, legislatore, direttore della società economica, circondato e assistito da un consiglio) tengono ad un tempo del domestico e del politico; e, in difetto di una comunanza civile e politica, compiono appunto l'uffizio di convivenza domestica e sociale e le funzioni giuridiche e sociali che più tardi apparterranno allo Stato. Non havvi ancora alcuna distinzione di vita pubblica e privata, doveri morali ed obbligazioni civiche, punizioni paterne e condanne giudiziarie, l'ente collettivo e le singole parti che entrano a costituirlo. La proprietà appare collettiva sopratutto sui pascoli ed esclusiva nel periodo gentilizio e negli inizî dell'agricolo. I diritti patrimoniali sono connessi con alcuni obblighi di protezione, tutela e prestazione di uffici funerarî. Essendo poi associazioni basate sulla mutua sicurtà e su di una alleanza offensiva e difensiva, e non garentendosi in tale periodo di semplici associazioni gentilizie che i membri di ciascuna di queste, chi ne è fuori non riesce a garentirsi se non mettendosi in una posizione subordinata sotto il patronato di qualche gruppo, ricambiando la tutela con uffici servili. Varie sono poi, e differenti presso le diverse popolazioni, le gradazioni di questi gruppi e non concordi altresì le opinioni degli scrittori sulle medesime. Poi questi varî aggregati si vennero sovrapponendo; e si avvera in tal periodo gentilizio una vera formazione naturale delle varie condizione di persone e dei varî elementi che entreranno più tardi a costituire la comunanza civile e politica e si vengono elaborando lentamente e gradatamente quei concetti che serviranno più tardi di base alla futura città.

A questa poi non si passò, come, confondendo l'organizzazione patriarcale gentilizia colla municipale, si è per lungo tempo affermato (1), mercè la continuazione del medesimo processo formativo gentilizio e la fusione, incorporazione od aggregazione di un numero determinato di tribù (diverso secondo i varî popoli) e dei territorî dalle medesime occupati; aggiungendosi solo al fondamento della reale o supposta comunione di sangue o discendenza da un comune autore, vero o leggendario, quello dell'abitazione del medesimo suolo quale base di un'azione o diritto politico comune o comunione di diritti politici. Ma nel seno dell'aggregato gentilizio venne operandosi lentamente una specie di differenziazione e di specificazione, per cui, frammezzo alle comunanze di villaggio, di carattere gentilizio, si venne formando un centro di vita pubblica ed una riunione di edifizi aventi pubblica destinazione: come templi, luoghi per il mercato, le pubbliche riunioni, l'amministrazione della giustizia (*fora* e *conciliabula* delle popolazioni latine) e fortezze (πόλις delle popolazioni greche, *arx* o *castellum* delle latine) per servire di rifugio, in caso di pericolo, alle genti e famiglie che continuavano la propria vita domestica nelle comunanze di villaggio, operandosi una relazione della vita pubblica, civile, politica e militare, che cominciò a svolgersi nel centro, dalla domestica e patriarcale che continuò a svolgersi nelle varie comunanze di villaggio. Così la riunione, attribuita, secondo la tradizione, a Teseo, dei dodici gruppi dell'Attica in una città o synoikigmos di carattere politico e non territoriale, quantunque coll'andar del tempo, per effetto immediato di essa, il capoluogo acquistasse naturalmente un gran numero di abitanti. E di tali *urbes* o città di carattere federale o capitali di confederazione si avevano già presso i latini al tempo della formazione di Roma. E tale fu Roma nei suoi inizî.

Uno stadio ulteriore fu quello delle città chiuse o fortificate, cui in tale epoca appariscono già pervenuti gli etruschi.

(1) V., p. es., Pictet, *Les orig. indo-eur. ou les Arias primit.* (2ª ed.), 1878, § 276 e segg.; Leist, *Graeco-ital. Rechtsgesch.*, § 23, Jena, Fischer, 1884; Zocco-Rosa, *Le orig. della gens* (*Atti dell'Accademia dei Lincei*, 1895), oltre, per quanto riguarda particolarmente Roma, il Niebuhr, il Mommsen e gli altri che li hanno seguiti, e recentissimamente il Leist, op. cit., § 23; Willems, *Le droit public romain* (6ª ed.), Paris 1889, § 6; Karlowa, *Römische Rechtsgesch.*, 1887, I, § 2. Contro sopratutto Carle, *Orig. del dir. rom.*, Torino, Roux e C., 1887. Anche il Fustel de Coulanges, *La cité antique* (3ª ediz., Paris 1888), cap. III e segg., p. 143 e segg., avea insistito sul carattere federativo della città primitiva. E così anche recentissimamente, per quanto riguarda Roma, il Varges, *Zur Entstehungsgesch. der Stadt Rom.* in *Preuss. Jahrbuch*, Bd. LXXXIII, Heft I, 1896.

L'anzidetto processo condusse alla distinzione della *res publica* dalla *privata*, della personalità collettiva e sociale da quella delle persone che entrano a costituirla, della sovranità dalla potestà paterna e allo sviluppo di convivenze ed organismi sociali più vasti e politicamente ordinati a forma di Stati con un potere pubblico indipendente dalle corporazioni fondate su vincoli di sangue, con un potere sovrano emancipato dal fondamento della consanguineità, un diritto punitivo di indole pubblica e responsabilità individuale di delitti e debiti e norme direttive informate a criteri più generali e ad una separazione sempre più netta fra diritto pubblico (*qu d ad rem publicam*) e diritto privato (*quod ad singulorum utilitatem spectat*). Al vincolo del sangue e della razza si aggiunge quello della coabitazione nel medesimo territorio e della partecipazione ai medesimi uffici.

Si vennero distinguendo i concetti essenziali all'umana convivenza che nella precedente organizzazione non avevano ancora esistenza propria e distinta; e l'individuo, la famiglia e la città, ancora confusi nel tutto indistinto della comunità del villaggio, si separarono ed ebbero ciascuno propria vita. E gli elementi essenziali e costanti esistenti nell'antica comunità del villaggio, pur riscontrandosi ancora in questa nuova forma di convivenza civile, vi subirono una potente trasformazione. Però ancora per qualche tempo i caratteri specifici della famiglia e dello Stato, del diritto pubblico e del privato si presentano confusi e indistinti; e alcuni dei diritti patrimoniali ancora connessi, come al tempo della pura consociazione gentilizia, con alcuni obblighi di protezione, tutela e prestazione di uffici funerari, la giustizia privata esercita ancora qua e là i suoi dritti di una volta: e altri costumi e consuetudini del periodo delle consociazioni gentilizie sopravvivono trasformate, o come forme prive del contenuto di prima. E in Grecia solo dopo lungo tempo la città (che fu sempre uno Stato-città senza alcun organismo politico superiore), persona morale (1), si separò dalla collettività dei cittadini. E durante la formazione dello Stato e per lungo tempo ancora sono quegli aggregati che ne formano le parti organiche, ed in tanto si è riconosciuti o si fa parte dello Stato, in quanto si è parte degli organi minori; e pur limitandosi sempre più colla formazione e lo svolgimento dello Stato le attribuzioni degli aggregati minori, durò l'influenza politica delle antiche associazioni gentilizie, divenute man mano divisioni territoriali. Se lo Stato-città, per esempio a Creta (2), non nega ogni tutela a chi è fuori delle minori corporazioni onde si compone, gliene dà però una minore. E la completa dissoluzione di quelle non ebbe luogo che assai tardi; e anche dopo annientate di fatto se ne dovettero nondimeno serbare per ragioni amministrative le forme ed i nomi. E, sopratutto in Atene, la più importante di tutte le suddivisioni furono i demi: non solo come comunità locali, ma anche perchè a mezzo dei loro capi, lo Stato adempiva a taluno dei propri fini. Chè essi all'originario carattere di associazione aggiunsero quello di divisione amministrativa: e furono nell'Attica, e fors'anche altrove, l'unico focolare della vita municipale (3).

2. Come nota il Carle (4), Roma, anche dopo divenuta città chiusa, non giunse mai a chiudere nelle proprie mura tutta la popolazione; onde continuò ad essere il centro della vita pubblica cui mettevano capo le popolazioni sparse nelle comunanze di villaggio e *vici* e *pagi* e indi anche città e colonie che la circondano; e poco a poco abbracciano il mondo allora conosciuto. Le medesime, costituite tutte a somiglianza di Roma, organizzano ciascuna nel proprio seno una vita pubblica e municipale; e più che circoscrizioni amministrative dello Stato, appariscono per lungo tempo, di fronte a questo, come tanti piccoli Stati quasi indipendenti; e il medesimo sino all'epoca del suo massimo sviluppo (fine della repubblica e principio dell'impero) quale uno Stato di repubbliche federate.

Non è certamente il caso di seguire le vicende della costituzione della città-Stato di Roma. Sarà invece più opportuno rivolgere l'attenzione alle varie comunità che ad essa facevano capo.

Il regime municipale romano, nel periodo del suo massimo svolgimento, avea un carattere urbano molto pronunziato: l'organizzazione municipale era un privilegio della città. Il che costituiva una vera antinomia fra questa e la campagna. Nella circoscrizione territoriale (*territorium* o *regio*) della città erano compresi i *vici* (κωμχι) e *pagi*, *loci*, appellati, quando fortificati *castella* o *castra*, ad esse *attributi* o *contributi* e che *nulla dignitate civitatis ornantur, sed vulgari hominum conventu incoluntur, et propter parvitatem sui maioribus civitatibus attribuuntur*; partecipando al regime municipale di queste, restando sottoposti alla loro giurisdizione e contribuendo alle loro spese pubbliche: ma non facendo veramente corpo con la città. E nella categoria dei *vici* o κῶμαι *contributi* alla città, dalla cui amministrazione e giustizia rilevano e a cui pagano tributo, ricadono gli *oppida*, che, essendo *attributa*, perdono la loro amministrazione ed autonomia (5).

Gli abitanti di tali villagi o borghi formavano un Comune rurale, con proprio culto speciale e propria amministrazione locale e speciali *munera* incombenti a coloro che vi si risiedevano. E tali *vici* e *pagi* erano persone morali, capaci di possedere un proprio patrimonio comunale, comprare e vendere, ricevere donazioni e legati (6) e colle risorse del loro patrimonio eseguivano e mantenevano pubblici lavori. Avevano assemblee popolari e comizi, dove votavano risoluzioni pei loro interessi locali ed eleggevano ogni anno locali magistrati (*magistri* di vario numero, *aediles* per soprintendere ai lavori pubblici, alle compre-vendite e alla polizia locale, *quaestores*) ed una specie di consiglio di *primates*, corrispondente, sotto certi riguardi, alla curia o al Senato delle città.

E al tempo di Cesare e della *lex Iulia municipalis* esistevano ancora località appellate *fora* e *conciliabula* (7),

(1) Cfr. Dareste, Haussoullier e Reinach, *Recueil d'instit. jurid. grecques*, Paris, Leroux, 1890-92, n. 329-30, e recens. di Esmein, in *Nouv. rev. histor. du dr.*, XVIII, 1894, pag. 404.

(2) V. Ciccotti, *Le istituzioni pubbliche cretesi* (*Studi e documenti di storia e diritto*, anno XII, 1895).

(3) V. Gilbert, *Die altattische Kommenverfassung*, in *Supplt. des Jahrbuch für class. Philol.* 1874; Haussoullier, *La vie municipale en Attique. Essai sur l'organisat. des dèmes au quatrième siècle*, in *Biblioth. des Ecoles franç. d'Athènes et de Rome*, Paris, Thorin, 1884; id. in Daremberg et Saglio, *Dictionn. des antiquités grecques et rom.*, 1892, v. *Demos*.

(4) *Origine del diritto romano*, cit., pag. 223 e segg.

(5) V. De Ruggiero, *Dizion. epigraf. di antich. rom.*, v. *Adtributio, Civitas adtributa*, 1881.

(6) C. I. L. I, 603, 73 D. *de legatis*, 1.

(7) V. Humbert, in *Dict. des antiqu. grecq. et rom.* di Daremberg e Saglio, v. *Conciliabulum*, 1884.

più tardi erette in città indipendenti che conservarono il nome di *forum*: avanzi delle antiche *urbes* secondo il concetto primitivo di centri di vita pubblica per le comunità (*pagi*) circostanti. Erano classificati fra i *vici* che *habent rem publicam et ius dicitur*. Avevano, come le città, un territorio determinato e magistrati appellati decurioni eletti nei *pagi* e magistrati che rendevano giustizia a nome dell'intero *populus*.

3. Si è finora creduto (da Savigny in poi) che sia stata la *lex Iulia municipalis*, rogata nel 709 da Cesare, legge organica del regime municipale romano, quella che ha creato una sorta di tipo generale, sul quale si sarebbero modellate, salva qualche differenza locale, tutte le leggi municipali, a noi note, di epoche posteriori. La recente scoperta della legge municipale tarentina (o meglio di un frammento di essa), *lex data* a questa città allorchè divenne un municipio, e rimontante indubbiamente al secolo VII o a quello anteriore (oltre che a tutte le leggi municipali finora note, di Ossuna, Salpensa, Malaga) ha dimostrato che questo tipo era stabilito da un'epoca più antica e rimontante probabilmente, a giudizio del Beaudouin (1), alle leggi che al secolo VII diede Roma agli italiani dopo la guerra sociale, sia che sia stata tracciata dalle leggi *Iulia* e *Plautia Papiria* stesse, sia (e ciò appare più probabile) che le differenti *leges datae*, che ebbero in seguito a questa legge ed a causa di esse ad organizzare la costituzione municipale di un gran numero di città divenute oramai municipî romani, l'abbiano ovunque organizzato secondo un tipo comune, quale vedesi già nella legge tarentina ed al quale si riferiscono oramai tutte le costituzioni municipali sia d'Italia che delle provincie.

Gravissime sono le difficoltà per un'esposizione della situazione politica delle città italiane prima di tali avvenimenti: sia per l'insufficienza e la scarsezza delle fonti, sia per la completa disparità di risultati cui hanno condotto le numerose ricerche novelle. Non essendo certamente qui il luogo per una disamina completa e critica (per la quale rimandiamo ai molteplici lavori speciali), ci contenteremo delineare l'insieme dei fatti, giusta il concetto di un dotto illustratore dell'amministrazione romana, quale il Marquardt (2).

Presa Alba Longa e concluso un *aequum foedus* colla confederazione latina, pretese Roma prendere il posto di quella nella nell'egemonia della confederazione. Per la resistenza dei latini ne seguirono lunghe guerre, il cui risultato fu quello di ridurre di fatto i latini alla dipendenza del popolo romano, lasciando loro qua e là la qualità nominale di σύμμαχοι. Dopo nuove lotte e ribellioni, l'*aequum foedus*, nel quale Dionigi d'Alicarnasso (3) vede un trattato di isopolitia, nome designante il rapporto giuridico, in virtù del quale è permesso ai soggetti di due o più Stati indipendenti ed autonomi di acquistare beni mobili (*commercium*) e contrarre matrimonio (*connubium*) e stabilirsi nel territorio di ciascuna delle città confederate (4). E i latini emigranti in Roma ottennero altresì un limitato diritto di suffragio. Entrarono in seguito in tale alleanza nuovi popoli. Dopo nuove lotte dei latini con Roma, terminate colla vittoria dei romani (416-338), disparve la confederazione latina come corpo politico: le città perdettero il diritto di tenere assemblee comuni (*concilia*) e, tolte quelle cui venne fatta una condizione speciale, il reciproco *ius connubii* e *commercii* (5).

A fine di impedire ogni coalizione di interessi, venne regolata in modo differente la situazione politica di ogni paese di fronte a Roma. E si ebbero due grandi categorie di città italiche: quelle che avevano ottenuto, in tutto o in parte, il diritto di cittadinanza romana (suddivisi in *municipia* e *coloniae* di cittadini romani) e quelle la cui dipendenza era riconosciuta da un *foedus*, e non erano soggette che a date prestazioni, specie in materia militare (*civitates foederatae* e in particolare *coloniae latinae*).

I cittadini di quelle città, cui venne concesso il *ius civitatis*, venivano assoggettati a tutti i carichi civili e specialmente alle imposte e servizio militare: di riscontro erano loro accordati i diritti privati di cui godevano i cittadini (*connubium* e *commercium*), ma rifiutata ogni partecipazione ai comizî romani (*ius suffragii*) e diritto di elezione alle funzioni pubbliche romane (*ius honorum*). A tale diritto di cittadinanza passivo venne dagli storici applicato l'appellativo (non di carattere ufficiale) di *civitas sine suffragio*. Ma con denominazione più tecnica tale condizione si disse *municipium*, parola applicata anche alla città che in tale condizione si trovava (6).

Ma non a tutti i municipî venne dai primi tempi lasciata la costituzione comunale e il privilegio di formare un Comune particolare, *ut semper rempublicam a populo romano separatam habeant* (7) e avere senato, magistrati ed assemblee popolari. Molti, come gran parte delle località appellate *praefecturae, in quibus et ius dicitur et nundinae agebantur: et erat quaedam eorum respublica, neque tamen magistratus suos habebant* (8); ma erano governati da Roma siccome *vici*.

I municipî non godevano punto autonomia legislativa (*suas leges*), come le *civitates foederatae;* ma conservava ciascuno il suo regime particolare. In quelli che rinunziavano alle loro leggi particolari, si applicava il diritto romano, ma in una forma adatta praticamente alla transizione fra l'antico e il novello stato giuridico. Conservavano l'uso dell'idioma nazionale e i magistrati indigeni. I loro abitanti non prestavano servizio militare, come i *foederati*, nelle coorti comandate dai *praefecti*, ma, come i romani, nelle legioni.

I romani toglievano ordinariamente ai popoli sottomessi, anche quando ne rispettavano l'autonomia o loro concedevano la *civitas sine suffragio*, porzione del loro territorio, che di regola veniva compresa nell'*ager publicus* o venduta (*ager quaestorius*) o attribuita a coloni romani (9). I co-

(1) In *Nouv. Rev. histor. du dr.*, XX, 1896, p. 407 sg.

(2) *Organis. de l'emp. rom.* in *Man. d'antiqu. rom.* di Mommsen e Marquardt, trad. francese di Giraud, Paris 1888.

(3) VIII, 70, 74, 76, 77; e cfr. anche VII, 53; VI, 63.

(4) Cfr. specialmente il trattato fra le città cretesi degli Ἱεραπύτνιοι e Πριάνσιοι in *C. J. Gr.*, n. 2556.

(5) Liv., VIII, 14; IX, 43-24.

(6) Cfr. 1, § 1, D., L. I, di Ulpiano; Rubino, *Ueber die Bedeutung der Ausdrücke municipium und municipes*, in *Zeitschr. f. Alterthumswiss.*, 1844, pag. 872 e segg., 1847, pag. 81 e segg.; Heisterbergh, *Municeps*, in *Philolog.*, LV, 3, 1896.

(7) Festus, *Epit.* (ed Müller), p. 142.

(8) Festus, cit., p. 233.

(9) V. sulle colonie romane, Heyne, *De vet. colon. jure*, opusc. I, pag. 290 e segg.; *De Romanorum prudentia in colon. regendis*, opusc. III, pag. 79 e segg.; Weiland, *De bello Marsico*, Berol. 1834, c. 2; Ruperti, *De coloniis Romanorum*, Romae 1834, e in *Dissertaz. della Pontif. Acad. Rom. di Archeol.*, t. IX, Roma 1840;

loni, il cui numero di solito era di 300, formavano fra di loro un comune ad immagine della metropoli, *quasi effigies parvae simulacraque populi romani* (1); costituendo nella colonia un ordine privilegiato. come i patrizî in Roma; possedevano un terzo del territorio; eleggevano nel proprio seno il loro senato e magistrati; e continuavano, a quanto pare, anche dopo la loro emigrazione, a godere dell'integralità della *civitas sine suffragio et iure honorum* (2). Gli abitanti indigeni, cui non si applicava l'appellativo di *coloni*, cercavano sovente riconquistare la libertà con l'espulsione o l'uccisione di *coloni:* il che dimostrerebbe come la loro condizione non fosse molto favorevole. Mancano al riguardo notizie più precise. Dai testi, i quali affermano che divenivano cittadini, si potrebbe, col Madvig (3), ricavare che godessero, come gli antichi *municipia*, della *civitas sine suffragio.* Erano sottoposti all'autorità dei magistrati della colonia e ubbidivano al medesimo diritto che i coloni, non costituendo per alcun riguardo un Comune distinto da questi. A poco a poco venne ad essi conceduto il *plenum ius civitatis.* Entrando nella *civitas romana*, cessavano di essere *civitates*, denominazione che, pur essendo talora adoperata per *municipium* in senso giuridico, non poteva applicarsi che ad un Comune dotato di politica indipendenza o stato autonomo. E l'applicazione, nel loro territorio, del diritto romano avea per conseguenza la sottomissione alla giurisdizione del *praetor urbanus*, il quale la delegava a un *praefectus iure dicundo* (d'onde la denominazione di *praefectura*) da esso nominato o designato (in origine ogni anno).

È però dubbio se tutte le colonie e municipî ricevessero in origine questi *praefecti;* e se quindi il nome di *praefectura* designasse in origine tutti i paesi di diritto romano o solo certi Comuni sottoposti a un regime speciale. Ad ogni modo è indubitato che le *praefecturae* non sussistettero nei ricordati Comuni se non fino al giorno in cui, conseguito il *plenum ius civitatis*, fu permesso alle colonie, ormai ridotte a unica categoria di abitatori, ed ai municipî, di eleggere da sè i propri magistrati giudiziarî. E le *praefecturae* andarono man mano scomparendo. E anche dove, per ragioni a noi non note, vennero conservate dopo la *lex Julia* (4) cambiarono di carattere, comprendendo le città godenti del *plenum ius civitatis*, che, invece di essere sottoposte, come i municipî e le colonie, a *II viri* o *IV viri jure dicundo*, eletti dal Comune, ricevevano da Roma un *praefectus i. d.*

Le *civitates foederatae*, costituendo degli Stati autonomi o sovrani, avevano diritto di battere moneta (5), erano esenti dal servizio militare nelle legioni a condizione di fornire le truppe ausiliarie e navigli e marinai; e possedevano un'amministrazione urbana. Però la loro sovranità poteva essere da Roma riconosciuta in modo completo (il che apparisce sopratutto nel *ius exilii* o riconoscimento reciproco della autonomia politica, per cui un esule romano potea stabilirsi nella città e rimpiazzare col diritto di cittadinanza in essa quanto avea perduto in Roma) o limitata dalla clausola: *Ut is populus alterius populi maiestatem comiter conservaret.* Col tempo poi Roma acquistò una supremazia di fatto su tutte le *civitates foederatae;* venne a queste dal 486 (= 268) limitato e indi tolto il diritto di batter moneta: e furono sottoposte a varie leggi e ordinamenti giuridici romani.

Nel numero delle *civitates foederatae* si trovano espressamente annoverate le colonie latine fondate o (in modo simile a quello tenuto dai romani) dalla confederazione latina, o da Roma; inviando nei territorî conquistati fuori del Lazio (e di regola nei paesi interni) colonie investite dei diritti fin allora appartenenti alle colonie latine. Al pari delle colonie di cittadini, venivano *deductae* da triumviri in virtù di una risoluzione votata dal popolo; ma, invece che in un nucleo di coloni posti, quale presidio, in un territorio già popolato, consistevano in un'emigrazione considerevole avente per iscopo lo stabilimento di città novelle. I Comuni così formati costituivano uno Stato sovrano; non erano tenuti seguire la legge romana, eccetto che vi fossero espressamente sottoposti (*fundus fit*), non erano sottomessi alla giurisdizione dei magistrati romani, e, a differenza delle colonie di cittadini, godevano del diritto di batter moneta. Quelli che li componevano (*latini coloniarii*) erano *peregrini:* onde non servivano punto nelle legioni, ma, come gli altri confederati, nelle *alae* e nelle *cohortes.* D'altra parte dopo il 416 = 338 ricevettero i diritti che avevano fin allora conservato le città della confederazione primitiva, quali *Tibur* e *Praeneste*, essendo, come queste, compresi nel *nomen latinum* e detti anche *socii latini nominis;* il che indica non un'unità politica, ma una classe privilegiata di socî, ancora in possesso di parte dei vantaggi assicurati

Dumont, *Essai sur les colonies Romaines*, Bruxelles 1844; Wichers, *De coloniis veterum Dissertatio*, Groningae 1825; Schmidt, *Das Colonialwesen der Römer*, Potsdam 1849; Sambeth, *De Romanorum coloniis*, Tübingen 1861-62; Rudorff, *Röm. Feldmesser*, t. II, p. 323 e segg.; Voigt, *Jus natur.*, t. II, p. 337 e segg.; Rein, *Colonia*, in *Pauly's Real encycl.;* Zumpt, *De coloniis romanorum militaribus libri quatuor*, in *Commentar. epigr.*, t. 1, pag. 195-491; *De Iulii Caesaris coloniis*, Berol. 1841; Cirmani, *I Comuni doppî nella costituz. di Roma*, Torino 1877; Madvig, *De jure et condicione coloniarum populi rom.*, in op., pag. 208 e segg., Copenhagen 1834, ove sono le notizie più complete sull'argomento; Holländer, *De militum coloniis ab Augusto in Italiam deductis*, in *Dissert. philol. Halenses*, t. IX, 1880, pag. 347-84; Beloch, *Der ital. Bund*, p. 111-19; Mommsen, *Die italischen Bürgercolonien von Sulla bis Vespasian*, in *Hermes*, t. XVIII, 1883, p. 161 e segg.; Humbert, in Daremberg et Saglio, *Dict. des Antiq. et rom.*, Paris 1884, v. *Colonies romaines;* Lenormant, *Id.*, v. *Monnaies des colonies rom.;* Mispoulet, *Étude sur les tribus romaines* in *Études d'instit. rom.*, Paris 1887, *passim;* Pais, *Le colonie dedotte dai triumviri*, in *Museo di antic. class.*, I, 1884; De Ruggiero, in *Dizion. epigraf. di antich. rom.*, v. *Colonia;* id., *Le colonie dei Romani*, Spoleto, tip. dell'Umbria, 1897.

(1) A. Gell., *Noct. att.*, XVI, 13.

(2) Tale sistema che Madvig, op. cit., pag. 24; 51, sviluppa dettagliatamente, e in favore del quale si pronunziano Peter, in *Zeitschr. f. Alterth.*, 1844, pag. 198; Rein, in *Pauly's Realenc.*, t. II, pag 506; Walter, *Gesch. d. Röm. Rechts*, I, § 219; Marquardt, op. cit., pag. 59, non si appoggia su alcuna testimonianza diretta; ma, come ben osserva il Marquardt, loco cit., la dottrina opposta, adottata da Kuhn, in *Zeitschr. f. Alterth.*, 1854, n. 67-68, e Zumpt, *Studia rom.*, p. 369, non può punto invocarsi davvantaggio.

(3) Op. cit., p. 232-34: cfr. anche Marquardt, op. cit., p. 50.

(4) V. Rein, in *Pauly's Realencycl.*, t. VI, p. 4-8; Zumpt, *Comment. epigr.*, t. I, pag. 50-66; Mommsen, *C. I. L.*, t. I, numero 637.

(5) Cfr. Mommsen, *Gesch. d. Röm. Munzw.*, p. 309 (trad. franc. di Blacas e de Witte, t. III, p. 177 e segg.); Lenormant, *Essai sur l'organis. polit. et économ. de la monnaie dans l'antiq.*, Paris 1863, p. 17 e segg.; *La monnaie dans l'antiq.*, Paris 1878, t. II, p. 3, 110 e segg., 231.

dal trattato di Spurio Cassio alla confederazione latina, e specialmente del *commercium*, e forse anche del *connubium*, e del diritto di stabilirsi in Roma (1); della facoltà di esercitare il diritto di cittadinanza passivo ed anche prender parte, in dati limiti, ai comizi (2). E venne anche da una legge accordato ai *socii nominis latini, qui stirpem ex se domi relinquerent... ut cives romani fierent* (3). Ma questi vantaggi subirono in seguito notevoli restrizioni: cessando nel 486 = 286 di essere loro accordati i privilegi fin allora riconosciuti (*Latium vetus*). E vennero invece sottoposti a un novello regime, applicato nella Gallia Transpadana, in varie città siciliane e sotto l'impero in tutte le provincie (*Latium novum*): essendo nelle novelle città latine tolto il diritto di batter moneta (4) e ammettendosi al *commercium* con i romani (5), ma non al *connubium* (6) e sottoponendosi a regole novelle e rigorose il diritto di acquistare la cittadinanza romana. Chè questa non si accordava se non a titolo di ricompensa personale e in casi particolari, p. es.: 1° ai *latini iuniores* rivestiti nel loro Comune di un *honor*, cioè delle funzioni di *duumvir*, *aedilis*, *quaestor* (*per Latium* o *Latii iure venire in civitatem*); 2° in forza della *lex Servilia repetundarum* (7), a chi avesse intentato un'azione basata sulla *lex Acilia repetundarum*.

All'epoca imperiale (e probabilmente quando il regime municipale era in decadenza e l'accettazione del decurionato avea bisogno, come vedremo, di uno stimolo speciale) il *ius Latii* riappare sotto la doppia forma di *maius Latium — cum et qui decuriones leguntur et ei qui honorem aliquem aut magistratum gerunt, civitatem Romanam consecuntur* — (8), e *minus Latium — cum et hi tantum qui magistratum vel honorem gerunt ad civitatem romanam perveniunt* — (9): occorrendo quindi in quest'ultimo caso l'esercizio di una funzione comunale e bastando nel primo l'entrata nella Curia (10). Ma ciò durò poco tempo, essendo, sotto Caracalla, scomparsa la classe dei *Latini coloniarii* in conseguenza dell'attribuzione del diritto di cittadinanza a tutti gli abitanti dell'impero (11).

4. Alla fine della guerra sociale (664 = 90) una legge proposta dal console Lucio Giulio Cesare (*Lex Iulia*) conferì il diritto di cittadinanza alle città confederate d'Italia rimaste sin allora fedeli, e specialmente alle latine, nel caso che volessero accettare *si ei legi fundi facti essent*. E nel medesimo anno o nel seguente una legge proposta dai tribuni della plebe C. Plauzio Silvano e L. Papirio Carbone (*lex Plautia Papiria*) accordò a tutti i *cives* ed *incolae* delle città confederate, aventi nel giorno della sua promulgazione il loro domicilio in Italia, il diritto di cittadinanza romana, purchè *apud praetorem essent professi*. Non avendo però tutti i confederati accettato immediatamente la cittadinanza romana ed avendola alcuni di nuovo perduta per effetto della *lex Cornelia de civitate* (673 = 81) proposta da Silla, passò ancora qualche tempo, prima che tutta l'Italia fosse chiamata a godere del diritto di cittadinanza.

Anche la Gallia cisalpina, che durante la guerra sociale era restata fedele a Roma, terminò per essere ammessa al beneficio della *lex Julia*; ricevendo le sue *coloniae civium latinae*, la *civitas* e venendo trasformate in *municipia*. Le città confederate della Gallia cispadana, in gran parte già romanizzata, avevano il diritto di cittadinanza certo già nel 689-65 (e forse dalla fine della guerra sociale) (12). Il regime della transpadana fu organizzato nel 665-89 dalla *lex Pompeia* del console Eneo Pompeio Strabone, la quale divise la regione in un numero di circoscrizioni urbane, dando alle città una costituzione analoga a quella delle città italiche e, in difetto del diritto di cittadinanza romana, i privilegi riconosciuti alle ultime colonie latine; e incorporando nel loro territorio, non su piede di eguaglianza con gli altri membri della città, ma a titolo di peregrini, sottomessi e tributari, le tribù celtiche rimaste fin'allora estranee a Roma (13).

Tali *romani attributi* godevano del *connubium* e verosimilmente anche del *commercium* coi *municipes*; ma era loro negata l'ammissione alla curia e alle funzioni municipali. Nel 705-49 gli abitanti della Gallia transpadana ottennero da Cesare il diritto di cittadinanza e il regime municipale romano. E dopo la battaglia di Filippi (712-42) il paese venne definitivamente riunito all'Italia; e da allora non si ebbero più in Italia città latine.

Già lungo tempo avanti la guerra sociale aveva avuto la sua speciale *lex municipalis, lex municipii, lex civitatis, lex loci* tendenti a delimitare le attribuzioni rispettive delle autorità della città e dello Stato ogni colonia romana, municipio, città latina, Comune provinciale autonomo, non però nel senso di risoluzione votata dal popolo romano, emanante dal Comune medesimo, essendo promulgata di

(1) Per le divergenze di opinioni, cfr. specialmente Walter, *Gesch. d. Röm. Rechts*, t. I., § 85, 8, 7. 227, n. 29.

(2) Sulla condizione giuridica dei latini, v. Savigny, *Ueber die Entstehung und Fortbildung der Latinität*, in *Abh. d. Berliner Acad.*, 1812-13, in *Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss.*, t. V, 2, 1823, pag. 229-241, e in *Verm. Schriften*, Berlin 1850, t. I, p. 14-28; *Der röm. Volksbeschluss der Tafel von Heraclea*, in *Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss.*, t. IX, 3, p. 300-378; *Verm. Schrift.*, t. III, pagine 279-412; Rein, in *Pauly's Real enc.* t. IV, p. 818 e segg.; Zumpt, *Stud. rom.*, p. 354 e in *Philologus*, t. XVII, 1 (1860), p. 111 e segg.; Huschke, *Gaius*, Leipzig 1885 p. 3 e segg.; Hirschfeld, *Zur Gesch. des latein. Rechts*, in *Zeitschrift für fünfzigjährigen Gründungsfeier des archäolog. Instit. in Rom.*, Wien 1879 (trad. franc. di Thédenat, sotto il titolo *Contribution à l'hist. du dr. Latin par O. Hirschfeld*, in *Rev. génér. du dr.*, 1880, pagine 293-309, e a parte, Paris, Thorin, 1880); id., *Die Verbreitung des latin. Rechts in röm. Reich*, in *Sitzungsber. der Wiener Akad. der Wiss.*, t. CIII, 1883, p. 319-328 (trad. franc. di Thédenat, *La diffusion du droit Latin dans l'empire romain*, Vienne, G. I. Savignè; Paris, Champion, 1885); Dubois, *Du droit latin* (thèse de doct.), Lille et Paris, Lefort, 1887, 2.

(3) Liv., XLI, 8, 9.

(4) Mommsen, *Gesch. d. Röm Münzw.*, p. 319 (trad. fr. di Blac. e Witte), t. III, p. 190-91.

(5) Ulp. fragm., XIX. 4.

(6) Id., V, 4.

(7) C. I. L., t. I, p. 55.

(8) Gaius, I, 96.

(9) Ibid.

(10) Cfr. Beaudouin, *Le maius et le minus Latium*, in *Nouv. Rev. histor. du dr.*, t. III, 1879, p. 130, III, 169 (e a parte).

(11) V. Haubold, *Ex constitut. Imp. Anton. quomodo qui in orbe Romano essent cives romani effecti sint*, in *Opusc. acad.*, t. II, p. 379 e segg., Leipzig 1825; Astor, *De la cité rom.* (thèse de doct), Paris, 1887; De Ruggiero, *Dizion. epigr. di antich. rom.*, v. *Civitas*; Stella Maranca, *La cittadin. rom. e l'editto di Caracalla*, Lanciano, Carabba, 1894. Cfr. anche la voce **Cittadinanza**.

(12) Cfr. in senso fra loro contrario, da una parte Savigny, *Verm. Schr.*, III, p. 14 e segg., e Mommsen, *Röm. Gesch.*, t. II (7ª ed.), pag. 246 e segg.; e dall'altra, Zumpt, *Stud. Rom.*, p. 32-42.

(13) V. Mommsen, in *Hermes*, t. IV, p. 112 e segg

propria autorità da un commissario (*magistratus cum imperio*), ordinariamente capo militare.

Dopo la *lex Iulia* venne inteso il bisogno di una legislazione generale ed uniforme per tutti i Comuni investiti del diritto di cittadinanza. Le più antiche sono ignote. Se ne conservano, parzialmente almeno, due contemporanee di Cesare: 1° la *lex Rubria* (712-705-49-42) (1), inspirata da Cesare e proposta dal tribuno Rubrio, diretta a stabilire per i municipî cisalpini un'organizzazione giudiziaria che si riattacca a quella di Roma, all'editto pretorio; 2° la *lex Iulia municipalis* (2), proposta da Cesare nel 709=145; re olamento di organizzazione comunale generale e completo, e per la capitale (che venne trattata come una semplice città d'Italia, per quanto la prima fra tutte) e per i municipî dell'Italia e di fuori in vigore fino all'epoca imperiale.

5. Varia era la condizione politica delle città provinciali. A un piccolo numero veniva garentita, o per trattato anteriore, o in ricompensa delle prove di fedeltà, la libertà (*libera civitas*): che però era alla mercè dell'arbitrio del governatore sia in pace (basti citare l'esempio di Verre), che in guerra. Talora tali popolazioni vengono appellate *socii*.

A tale categoria di città libere appartengono le *civitates foederatae*, sia strette da un *aequum foedus*, sia da un trattato concluso sotto condizioni più dure: che potea però essere rotto da una guerra o anche da un atto unilaterale del popolo romano. La loro condizione corrispondeva a quella delle città confederate d'Italia prima della *lex Iulia*, ed era molto favorevole. La sovranità ne era limitata, nel senso che restava loro interdetta ogni politica estera propria *ut eosdem quos populus romanus amicos atque hostes habeant* leggesi in tutti i trattati); ma restava intera relativamente al *ius exilii* ed al battere moneta. Gli affari interni restavano liberi dall'azione dell'autorità romana: e non solo le contestazioni fra i loro cittadini, ma anche quelle fra i Romani residenti nel loro territorio erano sottoposte alla giurisdizione dei magistrati di esse. Nè il Comune nè i privati pagavano imposte per le loro proprietà: e in genere non erano assoggettate che alle prestazioni espressamente imposte dal *foedus* (di solito equipaggiare le navi e le truppe; fornire grano contro pagamento; alloggiare i funzionari e i soldati di passaggio). Ma il loro numero era poco considerevole: e si trovano soltanto nelle antiche provincie.

Civitates (*sine foedere*) *immunes et liberae* erano poi quelle la cui condizione giuridica, benchè analoga a quella delle *civitates foederatae*, era fondata, non su patti reciproci, ma su di un atto unicamente unilaterale dei romani, su di una legge o un senatuconsulto che conferiva graziosamente (e per la durata che fosse piaciuta al Senato o al popolo) la libertà o αὐτονομία.

Conservavano espressamente della loro antica costituzione quanto non fosse in opposizione colla nuova. Era loro concessa l'amministrazione degli affari comunali per mezzo dei magistrati indigeni e all'infuori dell'azione del governatore. La loro libertà comprendeva in genere sei privilegi: 1° diritto di giurisdizione tanto sui propri cittadini che sui Romani in esse domiciliati; 2° amministrazione finanziaria indipendente; 3° esenzione dalla guarnigione romana (essere ἀφρούρητοι); 4° diritto di proprietà sul suolo e, per conseguenza, esonerazione dall'imposta fondiaria romana (*stipendium, vectigal*): la città però potea in caso di bisogno dare in affitto le proprie possessioni rurali, ritraendone un *vectigal;* d'altra parte potevano, come le città *foederatae*, venire assoggettate a carichi straordinari (*officia*, οφιλικαῖ λειτουργιαί): di solito obbligo di forniture mediante indennizzo e sopratutto vendite di frumento; 5° facoltà di riscuotere nel proprio territorio i diritti di dogana terrestri e marittimi, a condizione di esentarne i romani (o anche i *socii nominis latini*); 6° diritto di coniare moneta e *ius exilii*. Talora però (e spesso con vantaggio materiale della città che non protestava punto) ne era limitata la libertà, l'indipendenza di fronte ai magistrati romani: sia stabilendovi un *conventus romanus*, sia la sede del governatore.

A tali città, che non appartenevano propriamente alla provincia e non dipendevano punto dall'autorità del governatore, si contrappongono le soggette. Così quelle sottomesse con una *deditio* per cui rimettevano all'assoluta discrezione del vincitore la città e la campagna, gli uomini, le donne, i figli, i fiumi, i porti, i santuarî e le tombe. Veniva però in genere garentito agli abitanti e alle loro famiglie il rispetto della libertà individuale e della proprietà; alla città la conservazione del territorio e del diritto. Ma alle terre sia appartenenti a particolari che alla città veniva, come in Ispagna e nella più parte delle puniche, imposto un determinato *vectigal* appellato *stipendium* (*civitates vectigales* o *stipendiariae*); o, come in Sicilia e in Asia, il pagamento delle *decumae* (*civitates decumanae*). A tale categoria apparteneva la più parte delle città provinciali. Erano poi *civitates censoriae* quelle conquistate colla forza, il cui territorio veniva dai romani confiscato divenendo

(1) Ediz. del frammento scoperto nel 1760: Carli, *Delle antich. ital.*, t. I, Milano, 178?, p. 135; *C. I. L.*, t. I, n. 205; Bruns, *Fontes jur. rom. ant.* (ed. 5ª), 1887, p. 95 e segg. Studii: Hugo in *Civil. Magazin*, t. II (3ª ed., 1812), p. 431-96; Dircksen, *Obs. ad selecta legis Galliae Cisalp. capita*, Berol. 1812; Huschke, *Gaius*, p. 203-42; Huschke e Ritschl, in *Rhein. Museum*, N. F., t. VIII, p. 448; Mommsen, *Ueber den Inhalt des rubrischen Gesetzes*, in Bekker u. Muther, *Jahrb. des gemein. Deutsch. Rechts*, t. II, p. 319-34, e in C. I. L. cit.; Schrutka, *Lex Rubria Galliae Cisalp.*, in *Akad. d. Wissensch.*, t CV. Il nome della legge fu trovato dal Puchta. Ediz. del frammento scoperto nel 1880: Fiorelli, *Notizie degli scavi di antich.*, Roma 1880 pagina 213; Bruns, *Fontes* (ediz. 5ª), p. 100. Secondo Alibrandi (*Di un framm. di legge rom. sopra la giurisd. munic. scoperto presso la città di Este* nel maggio 1880, in *Studî e docum. di storia e dr.*, t. II, 1881, p. 3 e segg., e *Opere giurid. e stor.*, Roma 1896, p. 613 e segg.) però, apparterrebbe a una legge di Cesare console del 709 per regolare la giurisdizione municipale in Italia. Mommsen (*Ein zweites Bruchstück des Rubrischen Gesetzes vom Jahre 705 Roms*, in *Hermes*, t. XVI, 1881, p. 24-41) ritiene invece sia un frammento della *Lex Julia* del 49 a. C. Cfr. Bruns, loco cit.; vedi anche Esmein, *Un fragm. de loi munic. rom.*, in *Journ. des sav.*, 1881, p. 117-130; *Un fragm. de loi sur la jurisd. des magistr. munic.*, in *Mélanges d'hist de dr. et de critique*, Paris 1886, pag. 267-292, il quale ammette con Alibrandi che questo testo legislativo fosse generale ed applicabile a tutta Italia.

(2) Detta anche *Tabula Heracleensis*, per essere stata scoperta nel 1732 nel territorio dell'antica Eraclea. Ediz.: C. I. L., t. I, n. 206; Bruns, *Fontes*, p. 101 e segg. Vedi poi Mazochi, *Comment. in Regii Hercolan. musei aeneas tabulas Heracleenses*, p. 1-11, Neap. 1754-55, in f.°; Marezoll, *Fragm. legis Rom. in aversa tabulae Heracl. parte*, Gott. 1816; Dirksen, *Obs. ad tab. Heracl. partem alteram*, Berol. 1817, e in *Civil. Abhandl.*, Berlin 1820, t. II, p. 145 e segg., e sopratutto Savigny, in *Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss.*, IX, 1838, p. 300-78, e *Verm. Schrift.*, t. III, p. 279-412; Mommsen, in *C. I. L.*, loco cit.

ager publicus populi romani e locato per cura dei censori di Roma, ove, come in Asia per la legge Sempronia *censoria locatio constituta est*, o, come alcune poche della Sicilia, *quorum ager cum esset publicus populi romani factus, tamen illis est redditus: is ager a censoribus locari solet* (1). E talora le città venivano distrutte e la popolazione laboriosa raggruppata in Comuni rurali.

Però spesso anche le città soggette e tributarie portavano il titolo di *liberae civitates*. E sovente ricevevano la conferma del loro diritto di città o, come si diceva, la restituzione della città, territorî e leggi. Conservavano il loro consiglio, assemblee popolari e antichi magistrati, le proprie leggi, la giurisdizione sugli abitanti e l'amministrazione degli interessi locali, e anche la ripartizione dei pesi da pagarsi dai *possessores*; e di regola avevano il diritto di batter moneta e spesso altre franchigie. Ma questi diritti non erano garentiti da un *foedus*, o da una *lex* o senatusconsulto; ma riconosciuti in modo affatto transitorio dalla commissione incaricata di organizzare la provincia o, fino a nuovo ordine, dall'editto del governatore sotto le restrizioni che apparivano utili per ogni caso particolare, consistenti sopratutto nel diritto di controllo riservato al governatore sull'esercizio dei vari diritti conceduti.

In tal senso sono da intendersi i testi che parlano di autonomia.

Vi erano infine nelle provincie città costituite dai romani a titolo di colonie e municipî romani e latini. La loro situazione giuridica non era differente da quella delle città italiche della medesima denominazione. Però in esse il suolo provinciale, anche nelle mani di proprietari cittadini, era soggetto ad imposta, salvo immunità conferite a città o a singoli abitanti a titolo di privilegio particolare. E sotto l'impero erano sottoposte alla giurisdizione superiore ed all'amministrazione del governatore. Però tutti i privilegi dei Comuni italici potevano venire loro estesi per privilegio speciale, che più tardi venne concesso, a quanto pare, alle sole colonie. Chè, mentre sotto la repubblica fra le città italiche avevano tenuto il primo posto i *municipia* (*municipia*, *coloniae*, *praefecturae*), sotto il regime militare stabilito dall'Impero il primo luogo spettò alle colonie, e i municipî perdettero della loro dignità, non venendo considerati che quali piccole città rurali senza importanza. Tali privilegi speciali erano la *libertas (coloniae liberae)*, che pare consistesse per le colonie, come per le *civitates peregrinae*, nel diritto di amministrarsi da sè fuori del controllo del governatore, ma non in privilegi particolari sotto il rapporto giurisdizionale, apparendo sempre comprese nei *conventus*; l'*immunitas* (*coloniae immunes*) o esenzione dalla contribuzione personale o fondiaria; e, secondo alcuni, il *ius italicum*, che, secondo altri, non sarebbe un diritto conceduto ad interi Comuni e comprendente oltre la *libertas* nel senso accennato e l'*immunitas*, il privilegio dell'essere il suolo suscettibile di proprietà *iure quiritium*, ma un diritto accordato a persone particolari quale condizione intermedia fra i latini e i peregrini. Però, essendo tanto i *municipia civium romanorum* e *latina* che le *coloniae civium* e *latinae* organizzate, in generale, uniformemente, giusta l'antico tipo italico, la parola *municipium*, sia nel linguaggio corrente che nel giuridico, servì a designare tutte le differenti specie di città romane e, dopo Caracalla, ogni specie di Comune per opposizione a Roma.

6. La conoscenza dell'organizzazione interna dei Comuni, su cui fino a pochi decennî fa si avevano scarse notizie, entrò in una via novella dopo la scoperta di tre documenti, che hanno offerto ragguagli affatto nuovi sul regime municipale dei primi tempi dell'Impero: cioè le leggi municipali dei coloni latini di Salpensa e Malaca, redatte sotto Domiziano fra l'82 e l'84 d. C. (2) e la legge *lex* (di fondazione) *coloniae Iuliae Genetivae* (Urso e Ursao nella Betica), stabilita per ordine di Cesare, ma solo dopo la morte di lui (3), nelle quali è col Mommsen da ritenersi formolato un diritto municipale comune, salvo certe disposizioni locali, a tutte le città latine ed anche ai mucicipî e colonie romane. A queste è venuta di recente ad aggiungersene

---

(1) Cicero, *In Verrem*, II, 3, 12.

(2) Ediz. principali: Berlanga, *Estudios sobre lo dos bronces encontrados en Malaga a fines de Octubre de 1851*. Malaga 1853; Mommsen, *Die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Betica*, Leipzig 1855 (con eccellente commentario), in *Abhandl. d. K. S. Gesellsch. der Wiss.*, p. 363 e segg.; e Supplem. ibid., p. 489-507; Berlanga, *Monumentos historicos del Municipio Flavio Malacitano*, Malacae 1864; Bruns, *Fontes juris rom. ant.* (ed. 5ª), p. 136 e 141; Henzen, n. 7421; C. I. L., t. II, n. 1963-64. Numerose pubblicazioni sono state fatte sull'argomento (cfr. la bibliografia in *C. I. L.* cit.). Ricordiamo anzitutto quelle del Laboulaye, *Les tables de bronze de Malaga et de Salpensa*, Paris 1856; Asher, *Notice sur l'époque et la méthode de la fabrication des tables de Malaga*, in *Revue hist. du droit*, 1866; *Ueber das XXII Capitel der Tafel von Salpensa nebst einer Analyse der ganzen Tafel*, Heidelberg 1867: intesi a sollevare dubbî sull'autenticità delle due tavole; dubbî eliminati sopratutto dai lavori di Giraud, *Les Tables de Salpensa et de Malaga*, Paris 1856; *La lex Malacitana*, Paris 1868 (cfr. *Rev. histor. de législ. et de jurispr.*, t. XII, pag. 305 e 433, t. XIII, p. 79), e di Arndts, in *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, t. IV, 1867, p. 392 e segg. Cfr. anche Dernburg, in *Krit. Zeitschr. für ges. Rechtswiss.*, t. III, 1855, p. 74 e segg.; Stinting, ibid., t. IV, 1856, p. 328 e segg.; Molinier, *Notice sur les Tables de bronze de Malaga*, in *Rev. de l'Acad. de législ. de Toulouse*, t. V, 1856, p. 64 e segg.; Zumpt, *De Malacitanorum et Salpensanorum legibus municipalibus in Hispania nuper repertis*, in *Sutdia romana*, Berol. 1854, p. 267-322; Van Lier, *De inscript. Salpens. et Malacit.*, Groeningen 1867; Dirksen, *Ein Beitrag zur Auslegung der epigr. Urkunde einer Städteordnung für die latinische Bürgergemeinde zur Salpensa*, in *Abhandl. der Berliner Acad.*, 1866, p. 677 e segg.; id., *Hinterl. Schrift.*, pubbl. da Sanio, t. II, p. 366-96; Swinderen, *Disquisitio de aere Malacitano et Salpensano*, Groeningen 1867; Desjardins, *Geogr. hist. et admin. de la Gaule rom.*, t. III, Paris 1885, p. 102 e segg.

(3) Ediz. dei framm. scoperti nel 1870-71: Berlanga, *Los bronces de Osuna*. Malaca 1873; Hübner e Mommsen, *Ephem. epigr.*, t. II, p. 105 151, 221-32; Giraud, *Les bronzes d'Osuna*, Paris 1874; e studî e commentarî di Lange, *Zur Lex Coloniae Iuliae Genetivae*, in *Rhein. Mus.*, N. S., t. XXX, 1875, p. 123 e segg.; *Kleine Schriften*, t. II, Göttingen 1887, pag. 203 e segg.; Giraud, in *Journ. des Sav.*, 1875, pagine 244-265, 269-284, 333-349, 397-419, 567-596; *Les bronzes d'Osuna*, in *Rev. de législ. anc. et mod.*, t. IV, 1874, p. 365 e segg.; *Étude sur les bronzes d'Osuna*, in *Rev. crit. de législ. et de jurisprud.* (2ª serie), t. IV, 1875, p. 60 e segg.; *Les bronzes d'Osuna, Remarques nouvelles*, Paris 1875; Bruns, *Die Erztafeln von Osuna*, in *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, t. XII, 1876, p. 82-127.

Ediz. delle tavole scoperte nel 1875: Hübner e Mommsen, op. cit, III, p. 86-112. Studî e commentarî; Giraud, in *Journ. des Sav.*, 1876 e 1877 (e, a parte *Les nouveaux bronzes d'Osuna*, Paris 1877); Bruns ed Exner, in *Zeitschr. für Rechtsgesch.*, t. XIII, 1878, p. 383-98.

Edizioni di tutti i frammenti: Bruns, *Fontes jur. rom. ant.* (5ª ediz.), p. 119; *C. I. L.*, t. II, p. 191 (ove anche è una minuta bibliografia).

altra più antica (del secolo VII di Roma), della quale si è già tenuto parola al n. 3, la legge municipale di Taranto (1) ivi scoperta nel 1894; anteriore, come si è detto, alla *lex Iulia municipalis*, e le cui disposizioni corrispondono esattamente a quelle che si leggono nelle leggi di Salpensa, Malaca e Ossuna. Onde queste leggi, insieme alla *lex Tarentina*, giusta quanto si è detto al numero 4, mostrerebbero il tipo secondo il quale vennero modellati i Comuni già dopo la guerra sociale. Si hanno inoltre notevoli avanzi della legge *Mamilia Roscia Peducaea Alliena Fabia* (2).

Il Comune comprende ovunque due elementi: i cittadini (*cives, municipes, coloni*) e gli *incolae:* tenuti tutti ai *munera civilia*, varî secondo i tempi, i luoghi e la costituzione propria di ciascuna città: e in genere distinti in *personalia, patrimonii* e *mixta*.

Nei primi tempi solo ai cittadini erano riservate le funzioni onorifiche municipali (*honores municipales*). Nell'epoca imperiale, quando queste vennero riguardate siccome un peso molto grave, fu per i cittadini un vantaggio che vi fossero ammessi anche gli *incolae*.

Per l'esercizio dei diritti politici il *populus* era diviso in *tribus* o in *curiae*. E in tutti i Comuni romani esistevano assemblee popolari, appellate *comitia tributa*, o *curiata*.

È indubitato che nel periodo repubblicano, in tutti i municipî, colonie, prefetture, *fora, conciliabula*, il popolo aveva, in origine, il diritto di partecipare all'elezione dei magistrati, alla confezione delle leggi, e ad ogni specie di risoluzioni; diritto durato (nonostante l'editto di Tiberio che in Roma trasferì dai comizî nel Senato il diritto di eleggere i magistrati) almeno fino al termine del primo secolo (3).

Nella *lex Malacitana,* dalla quale è dato, giusta quanto si è detto, rendersi conto in maniera generale del funzionamento dei comizî municipali, sono date norme minute sulle formalità delle votazioni pei magistrati municipali (4).

Ma, come è stato notato dal Mommsen (5), il fatto dell'essere data facoltà al *duumvir* (presidente dell'assemblea), di presentare (*nominare*) i candidati, in difetto di candidati volontari, e a quelli così designati di presentarne (*apud eum nominare*) altri, dimostra con certezza che già, in quel tempo, gli onori municipali non erano molto ricercati. E quanto più, in appresso, questi onori si trasformarono in carichi, tanto più di frequente ebbe ad esercitarsi il diritto di presentazione del *duumvir*. Ma quando il numero dei candidati non era superiore a quello dei posti da provvedere, l'elezione si riduceva ad una semplice formalità. In fatto non si aveva che la *nominatio;* e, avendo i *duoviri* l'abitudine di convocare a questo scopo l'*ordo* (6), più tardi (all'epoca dei giureconsulti classici) l'elezione dei funzionari si trovò in realtà esclusivamente nelle mani dei loro predecessori e del Consiglio municipale, e fu fatta nel rango dei decurioni (7). E come a Roma, dopo Tiberio, l'imperatore, nelle città provinciali, però molto più tardi e gradualmente, s'introdusse il sistema, il quale acquistò forza legale, forse al principio del secolo III (8), che il preside facesse la proposta per la *nominatio* e assistesse il giorno della votazione all'assemblea dei decurioni.

L'autorità suprema fra i magistrati (9) municipali appare di regola esercitata da due alti funzionari giudiziari e da due edili componenti (di regola nelle colonie) (10), due collegi distinti (*duoviri iure dicundo* o *duoviri aediles* o *aedilicia potestate*), ovvero (di regola nei municipî) un collegio unico di quattro magistrati, due dei quali appellati *quatuorviri iure dicundo* e due *quatuorviri aediles*, trovandosi talora in alcune città insieme *IIIIviri* e *IIviri*. Essi in massima sono i funzionarî di ordine più elevato; essi soli portano il titolo di *magistratus* e, al pari dei consoli di Roma, sono eponimi per l'anno della carica. Come appare nella *lex coloniae Genetivae* (11), erano anticamente rivestiti dell'*imperium* e della *iurisdictio;* e, verosimilmente in tutte le colonie organizzate a scopo di difesa contro i nemici, è loro attribuito anche un *imperium* militare (12). Più tardi *ea, quae magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest* (13), e le loro attribuzioni vennero limitate alle seguenti:

1° presidenza delle assemblee popolari e diritto di *facere creareque* e di *renuntiare* (proclamare) i magistrati eletti (14);

(1) Viola, *Di un framm. di legge rom. scoverto in Taranto*, in *Monum. ant. pubbl. per cura della R. Accad. dei Lincei*, vol. VI, 1895-96, pag. 402-442, con osservazioni di De Petra e Scialoja; Scialoja, *Legge municipale tarent.*, in *Bullett. dell'istit. di dir. rom*, t. IX, 1896, p. 7 e segg. (ediz. e commentario); *Di alcune modificaz. ai supplem. proposti per la reintegraz. del framm. di legge scoperto in Taranto*, in *Rendic. della R. Accad. dei Lincei*, *Classe di scienze mor., stor. e filol.*, S. V., vol. V, fasc. 6, 7, 1896, p. 275; Beaudouin, *Variétés*, in *Nouv. Rev. histor. du dr.*, XX, a. 1896, p. 407, e segg.; De Petra, *Le fonti degli Statuti municip.* (comunicaz.), in *Rendiconto della r. Accademia dei Lincei*, S. V., vol. IV, fasc. 4°, 1895, p. 175; *Fragments de la « lex Municipii Tarentini »*, in *Nouv. Rev. histor. du dr. franç. et étrang.*, a. XXI, 1897, p. 129 e segg.

(2) Cfr. De Petra, op. cit.

(3) Cfr. Marquardt, op. cit., p. 190 e segg.

(4) C. LI-LX, esposte minutamente in Marquardt, op. cit., p. 195 e segg. Cfr. anche Willems, *Les élections municipales à Pompei*, 1887; De Nadaillac, *La dernière élection munic. à Pompei*, in *Le Correspondant*, 1895.

(5) *Staadtrechte*, cit., p. 424.

(6) 53, C. Th., XI, 30; 84, C. Th., XII. 1; 27, C. I., VII, 62.

(7) 1, C. Th., XII, 5; 1, L. 3. 4, D., XLIX, 4; 53, C. Th., XI, 30; 27, C. I., VII, 62; 46, C. I., X, 23 (31); 20, C. Th., XII, 6.

(8) Kuhn, op. cit., p. 241: Marquardt, op. cit., p. 199.

(9) V. Zumpt, *Fastorum munic. Campanorum fragm. restit. et explicatum*, in *Comment. epigr.*, t. I, 1850, p. 3-69; *De quinquennalibus municip. et colon.*, ibid., p. 73-158; *De quatuorviris municipal.*, ibid., p. 161-192; Henzen, *Intorno ad alc. magistr. munic. de' Rom.*, in *Ann. d'Inst. di Corr. arch.*, 1859, p. 193-226; Spehr, *De summis magistrat. coloniarum atque municipiorum*, Hal. Sax. 1881; Esmein, *Un fragment de loi sur la jurisd., des magistrats municipaux*, in *Mélanges d'hist. du droit et de critiq. Dr. rom.*, Paris 1886, p. 269; Lacour-Gayet, *Antonin le Vieux et son temps*, Paris 1888, p. 234 e segg.; De Ruggiero, *Dizion. epigr. di antich. rom.*, v. *Censor*, II, *Census*; Humbert, in *Dict. des Antiq. grecques et rom.*, di Daremberg e Saglio, v. *Dictator*, 1888; Herzog, *De quibusdam praetorum Galliae et Narbonensis municipalium inscriptionibus*, Lipsiae 1862.

(10) Come era stato affermato dal Manutius, *Ad Cic. pro Sext.* VIII, e contestato dallo Zumpt, *Comment. epigr.*, t. I, p. 161 e segg., e revocato in dubbio dal Marquardt nella 1ª ediz. del suo Manuale, e indi dimostrato con numerosi esempii dal Mommsen, *I. R. N.*, *Indices*, XXV, XXVI, p. 478 e segg., s. v. *Duoviri*, e dallo stesso Marquardt, op. cit., p. 207.

(11) C. XCIV, CXXV, CXXVIII

(12) Ib., C. CIII.

(13) 26, D., L., 1.

(14) *Lex. Malacit.* C LII, LIX; cfr Lange, *De magistratuum*

2° presidenza del senato o curia (1);

3° giurisdizione criminale riconosciuta formalmente dalla *lex Julia municipalis* ed esercitata fino al 1° secolo, quando passò ai funzionari imperiali; e civile, sia contenziosa nei limiti sopra determinati, che graziosa, in materia, cioè, di manomissione, emancipazione e adozione (2).

Mentre nelle città provinciali il bilancio municipale (3) veniva fatto o approvato dal preside, nelle città libere di provincia e nei Comuni italici le attribuzioni consiliari rientravano nell'amministrazione autonoma. Dapprima (e in alcuni luoghi anche sotto l'impero) erano comprese nelle funzioni dei magistrati annuali superiori; più tardi, similmente che in Roma, fu dato a censori speciali l'incarico di fare il censo e trasmetterne le liste al censore romano. Dopo la *lex Julia* (664–90) le funzioni di censore (formazione delle liste dei cittadini e *lectio senatus* e indi anche cura degli affari finanziari, non pare che anche, come i censori romani, *regimen morum*) vennero affidate per la durata di cinque anni a magistrati ordinari considerati quali i più elevati e importanti fra i magistrati urbani, e appellati *quinquennales*; e accanto ai quali nell'anno del censo (per il quale erano eponimi) non erano nè *IIviri* nè *IVviri iure dicundo* in funzione (4).

Dal principio del secolo II, cominciando a indebolirsi l'autonomia amministrativa tanto in Italia che nelle provincie, i governatori imperiali vennero man mano sottoponendo al loro controllo la formazione e la tenuta dei conti, e venne così scadendo l'importanza dei *quinquennales*. Dapprima la revisione delle finanze municipali era affidata a un commissario straordinario del Governo, denominato nelle provincie e distretti interi *corrector* o διορθωτής, nelle città prese isolatamente *curator* o λογιστής (5) e, come il *corrector* finì per divenire un governatore, il *curator* si mutò in funzionario permanente, al quale vennero attribuite molte delle funzioni dei *quinquennales*, tanto che per lungo tempo si credette che venissero con questi confusi. Ma dopo i recenti studi è apparso che, mentre i *quinquennales* formavano un collegio di due persone, venivano nominati dai cittadini e fra di loro e nella borghesia, il *curator reipublicae* è un funzionario unico, nominato dall'imperatore e ordinariamente fra i cittadini di un altro municipio, di solito fra i personaggi pretori o consolari, pur occupando un rango più elevato che gli altri magistrati municipali, non è tenuto risiedere nella città cui governa, ma la sua amministrazione, diretta da lui quale una funzione accessoria, si estendeva sovente su più municipi alla volta. E nei primi tempi è come un ispettore straordinario, rivestito di un mandato senza durata fissa, e che può essere rinnovato. Indi, forse dopo il regno di Severo, divenne un magistrato permanente: nominato dapprima ancora dall'imperatore, ma nella cittadinanza del Comune tra i funzionari municipali usciti di carica; più tardi venne, al pari degli altri magistrati comunali, designato dai decurioni, salvo forse la conferma imperiale. E infine ricevette il nome di *pater civitatis*, πατὴρ πόλεως. Or lo si vede apparire al tempo di Nerva e di Traiano, e quindi esercitò per lungo tempo le sue funzioni insieme ai *quinquennales*, che si ritrovano ancora al tempo di Costantino. Ma, mentre nel secolo II questi esercitavano le loro funzioni con piena indipendenza, quantunque sotto l'autorizzazione e il controllo del curatore, al quale erano subordinati, le perdettero poco a poco, nel secolo III, a vantaggio di questo, che cominciò ad esercitare personalmente almeno le attribuzioni finanziarie proprie del censo (6), e ad avere anche un diritto di giurisdizione *inter civitatem et privatum* (7); ma solo forse dopo il IV secolo venne a loro affidata anche la confezione delle liste del censo e la *lectio senatus*, rimaste fin allora esclusiva attribuzione dei *quinquennales* (8).

Gli edili avevano funzioni di polizia simili a quelle degli edili curuli di Roma (9).

Romanorum renuntiatione et de centuriatorum comitiorum forma recentiore, in *Leipziger Universitätsprogramm zur Verkündigung der Doctorpromotien*, 1879, riprodotto in *Kleine Schriften aus dem Gebiete der classisch. Alterthumswiss.*, t. II, Göttingen 1887, p. 463 e segg.

(1) 2, C., X, 32 (31).

(2) Vedi Huschke, *De recuperatoribus*, in *Anal. litt.*, 1826, p. 208-353; Collmann, *De Romanorum judicio recuperatorio*, Berolini 1835; Sell, *Die recuperatio der Römer*, Braunschweig 1837; Boussugue, *Organisation giudiciaire des villes dans l'Empire romain*, Lyon et Genève 1878; Lug, *Les juges plébéiens de la colonie de Narbonne*, in *Mélanges d'archéologie et d'histoire*, dell'*École française de Rome*, t. I, 1881, p. 297-311; Lécrivain, *L'appel des juges jurés sous le haut empire de Rome*, ibid., t. VIII, 1888, p. 187 e segg.; Voigt, *Ueber die leges Juliae judiciorum privatorum und publicorum*, in *Abhandl. der k. sächs. Gesellschaft der Wiss.*, XIII, 1893, p. 469, ove sono notizie molto preziose sulla giurisdizione municipale.

(3) Quesnet, *Le droit budgetaire des cités sous l'empire romain*, Paris, Rousseau.

(4) Vedi Zumpt, in *Comment. epigr.*, t. I, p. 73-158; ed Henzen, *Annali*, 1851, p. 5 e segg.: 1858, p. 6 e segg., 1859, p. 208 e segg.; Marquardt, op. cit. p. 216 e segg.; Neumann, *De quinquennalibus coloniarum et municipiorum*, Jena 1892.

(5) 3, C. I. I, 54, *Curator rei publicae, qui graeco vocabulo logista nuncupatur:* cfr. su di esso Marquardt, in *Zeitschr. f. Alterthumswiss.*, 1843, n. 118-119; Zumpt, op. cit., I, p. 146 e segg., t. II, p. 59 e segg.; Henzen, in *Ann. cit.*, 1851, p. 535; Labatut, *La municipal. rom. et les curatores reipublicae*, Paris 1868; Clos, *Mémoire sur le Curator rei publicae*, in *Recueil de l'Acad. de législ. de Toulouse*, 1869, p. 46 e segg.; Degner, *Quaestiones de curatore reipublicae, pars prior*, Hal. Sax. 1883; Lécrivain, *Le mode de nomination des Curatores Reipublicae*, in *Mélanges d'archéol. et d'hist.*, t. IV, Paris 1884, p. 357 e segg.; Humbert, in *Rec. de l'Acad. de législ. de Toulouse*, 1867, p. 554 e segg.; Lacour-Gayet, in *Dict. des antiquit. grecques et rom.*, cit., voce *Curator civitatis o reipublicae*, 1887.

(6) C. I., L. XIV, n. 2410; X, n. 1814-15; XI, 1, n. 3614; 5, pr.; 11, § 2, D., L. 8: 33, D., XXII, 1.

(7) 46, pr. D., XXXIX, 2; 3, § 4, 5 D., XLIII, 24.

(8) 2, § 6, D., L., 8: 6, D., 1, 22.

(9) Otto, *De aedilibus coloniarum et municipiorum*, Lipsiae 1732; Rein, in *Pauly's Encyclop.*, v. *Aedilis;* Humbert, in *Dict. des antiqu.* cit., v. *Adiles colon. et munic.*, 1875; De Ruggiero, *Diz. epigr.* cit., v. *Aedilicia potestas; Aedilicii honores; Aedilicium ius; Aedilis*, 1887; Ohnesseit, *Ueber den Ursprung der Aedilität in den ital. Landstädten*, in *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, t. XV, 1883, p. 200-26; e anche Hirschfeld, *Gallische Studien*, in *Sitzungsber. der Wiener Acad.*, 1884, p. 343; id., *Die Sicherheitspolizei im röm. Kaiserreich*, in *Sitzungsber. der Berliner Acad.* 1991, p. 845 e segg.; *Die ägypt. Polizei der röm. Kaiserzeit nach Papyrusurkund.*; ibid., 1892, p. 815 (i quali studi mostrano come la polizia non avesse punto organizzazione sistematica nello Stato e non possediamo notizie esatte sulla pulizia municipale che per l'Occidente); Pineau, *Étude histor. sur l'édil rom.* (thèse), Bordeaux, Caderet, 1894. Cfr. anche la voce Edili.

Secondo Rein, Madvig e Ohnesseit, sarebbe l'edilità esistita già nelle città latine e da queste sarebbe passata a Roma prima

L'organizzazione dei questori (amministratori della cassa della città), che occupavano il terzo rango tra i funzionari municipali annuali, era molto differente nelle varie città, essendo l'ufficio considerato talora come un *honor* e talora come un *munus personale*, e talora mancando affatto (1).

Talora si incontrano *tribuni plebis*, *tresviri*.

Venivano rimpiazzati da *praefecti iure dicundo* o *aedilicia potestate* i magistrati superiori, quando l'assenza o altro motivo (come quando l'imperatore o un membro della famiglia imperiale acettava una funzione municipale) impediva ad uno di essi l'esercizio delle proprie funzioni (e nominato dal collega o dall'imperatore o dalla persona delle famiglia imperiale), o quando mancavano magistrati in esercizio o fors'anche in occasione di disordini.

Vi erano altresì nei Comuni sacerdoti (2) sottoposti, al pari dei magistrati, al servizio di essi ed eletti di regola nei comizi ordinari, specialmente: 1° *flamines municipales*, *civitatis*, *Augusti*, *Augustorum*, *Romae et Augusti*, *Romae et divi Augusti*, annuali o perpetui: *flaminicae* (*Augustae*), non mogli dei *flamines*, ma con funzioni proprie; *sacerdotes divorum et divarum* di ambo i sessi, anche per il culto dell'imperatore divinizzato, morto o anche regnante, o dell'imperatrice e persone della famiglia imperiale, ma soprattutto per il culto di Roma e quello impersonale di Augusto, e nominati non per *cooptatio*, nè dai comizî, ma, come è stato dimostrato di recente dal Beaudouin, sempre dall'*ordo*, studiati finora solo parzialmente; 2° *pontifices* o *sacerdotes coloniae*, *sacerdotes publici*, eletti a vita, i quali soprintendevano al culto romano ufficiale; 3° *augures*; 4° *sacerdotes* delle divinità locali. A partire dal terzo secolo, quando i magistrati vennero presi fra i decurioni e scelti da questi, si ritrovano nel senato le tre prime categorie di sacerdoti, seguendo i *flamines* immediatamente i *duoviri*.

Ma, come è stato di recente dimostrato dall'Ohnesseit (3), dopo la seconda metà del secolo II delle Commissioni speciali (*curae*) si distaccarono dalla questura, edilità, funzioni dei *magistri ad templa*, pontefici auguri: dapprima quali ufficiali straordinari, indi ordinari, come i λογισθαί, *curatores*, di cui si è fatto cenno, nominati dall'imperatore, che ebbero il sindacato dell'amministrazione municipale. Una falange di impiegati imperiali sparsa per l'Italia e per le provincie si sostituì ai magistrati municipali. Il duumvirato perdette della sua importanza, ed una serie di funzioni municipali inferiori dovette essere esercitata, in favore dell'impero, dai decurioni.

Il cerimoniale esteriore che circondava i magistrati e i sacerdoti presenta qualche analogia con quello delle dignità curuli romane. I magistrati avevano sotto di sè un numeroso personale subalterno.

E di regola si richiedevano per i candidati cinque condizioni (le medesime di quelle volute pel decurionato, cui del resto davano accesso le magistrature): 1° esser nato libero (*ingenuus*); 2° non avere riportato alcuna condanna criminale e non avere esercitato professione indecorosa; 3° aver preso parte ad un dato numero di campagne, o, in difetto, avere raggiunto l'età di anni 30, e, dopo Augusto 25; 4° avere percorso il *cursus honorum* nell'ordine legale (questura, edilità, duumvirato) e *ab honoribus ad eosdem honores* occorreva *quinquennii vacatio, triennii vero ad alios;* 5° giustificare la possidenza di un capitale destinato per l'esercizio della funzione. Inoltre i magistrati e sacerdoti, prendendo possesso dell'ufficio, promettevano una somma di denaro per l'utilità e l'abbellimento del Comune (per esempio, per costruzioni e giuochi); o anche versavano nella cassa municipale un capitale il cui ammontare era dalle leggi fissato per ciascuna funzione (*honorariam summam duoviratus, aedilitatis, reipublicae inferre*): ma ciò solo per la prima nomina ad una funzione.

Il Senato dei Comuni organizzati alla romana veniva appellato *Senatus*, *ordo*, *ordo decurionum*, *curia*, *decuriones* (più tardi, dopo il secolo III, *curiales*), *patres et conscripti*, *decuriones conscriptivae*. Si componeva, come si è veduto al n. 3 della voce **Decurie** e **Decurioni**, di un certo numero (di solito 100) di membri a vita (*centumviri*). E ivi è anche parola del modo di elezione e della competenza del Senato o Curia (che, finchè la suprema potestà nel municipio spettò al popolo, non ebbe altro ufficio che il disbrigo degli affari correnti; e costituì un Consiglio essenzialmente amministrativo, con competenza amministrativa ed anche giudiziaria, mentre col decadere delle libertà municipali concentrò in sè tutto il potere) e della sua decadenza dopo il II secolo, per cui, a causa principalmente dell'ingerenza dello Stato nell'amministrazione municipale e della responsabilità della carica per gravi disordini verificatisi nelle finanze municipali, vennero a mancare i candidati; e il Senato, invece che, come prima, coi magistrati uscenti, venne completato con i *possessores* aventi il censo richiesto, e fra i decurioni si scelsero invece i magistrati, e ad essi venne imposto un gran numero di *munera municipalia:* onde i cittadini cercavano esimersene; ma vi vennero costretti, e finì l'ufficio per divenire ereditario in linea maschile, concedendosi non pochi vantaggi a chi lo esercitasse.

Accanto all'ordine dei decurioni si presenta nella più parte delle città municipali, sotto gli imperatori anteriori a Costantino, un secondo *ordo* privilegiato: quello degli *Augustales* (su cui possediamo notizie solo per mezzo dei documenti epigrafici, restando ancora molti punti oscuri) eletti dai decurioni, prima annualmente, e indi poco a poco a vita, e il cui scopo era quello di rendere ad Augusto gli onori divini, ai quali vennero associati i successivi imperatori anche viventi: e che godevano di distinzioni e prerogative onorifiche importanti.

---

come edilità plebea, poi come curule, e sotto l'influenza romana si sarebbe (probabilmente con la *lex Julia de civitate*) estesa a tutti i municipî italiani (opinione che a noi sembra preferibile); però, secondo il Mommsen, Marquardt, ecc., sarebbe stata, tanto in Italia che nelle provincie, importazione di Roma.

(1) Mantey, *De gradu et statu quaestorum in municipiis coloniisve*, Hal. Sax. 1882.

(2) Hirschfeld, *I sacerdozii municip. dell'Afr. ted.*, 1866; id., *Zur Gesch. der röm. Kaisercultus*, in *Sitzungsber. der Berlin. Acad.*, 1888; Herbst, *De sacerdotiis romanor. municipal.*, Hal. Sax. 1883; Ciccotti, *I sacerd. munic. della Spagna e gli Augustali nell'epoca imper. rom.*, in *Riv. di filol. ed istruz. class.*, a. XIX, 1890, pag. 1 e segg.; Dessau, *De sodalibus et flaminibus Augustalibus*, in *Ephem. epigr.*, tom. III, 1877, pag. 205 e seg.; Desjardins, *Le culte des Divi et le culte de Rome et d'Auguste*, in *Rev. de philol.*, t. III, 1879, pag. 55 e seg.; Mowat, *La domus divina et les Divi*, in *Bullet. epigr.*, t. VI, 1886; Buechner, *De neocoria*, Giessen 1888; Beaudouin, *Le culte des empereurs dans les cités de la Gaule narbonnaise*, in *Annal. de l'enseign. supér. de Grenoble*, t. III, 1891 (v. anche la recens. di Pallude Lessert, in *Nouv. rev. histor. du dr.*, XVI, 1892); Mourlot, *Essai sur l'hist. de l'Augustalité dans l'Emp. rom.*, Paris 1895.

(3) Op. e loco cit.

Poche conoscenze si hanno tuttora sull'organizzazione delle città, la cui costituzione è anteriore alla conquista romana: e sul modo col quale si mantennero coi loro caratteri particolari e l'influenza esercitata su di esse dall'amministrazione romana. Indicazioni più numerose si hanno per le città greche. Ma la ristrettezza dello spazio assegnatoci non ci consente entrare in particolari, sia sulle elezioni, che sulle magistrature particolari conservate e sulle novelle stabilite dal Governo centrale.

7. Intanto il decadimento delle istituzioni andava sempre più progredendo. Le città vedevano scomparire man mano la loro autonomia per divenire strumenti dell'autorità imperiale. Nell'ultimo periodo dell'impero romano, da Diocleziano in poi, continua la divisione degli uomini liberi di ciascun Comune in *cives* e *incolae*, ammessi ormai anche questi ultimi alle magistrature municipali.

Le assemblee popolari spariscono.

Il decurionato si trasforma da dignità personale in una condizione sociale e politica, costituente l'ordine più elevato fra gli abitanti del Comune e la nobiltà municipale, trasmessa, dopo Costantino, ereditariamente fra i *possessores* di più di 25 iugeri, in linea maschile (e talora anche femminile, iscrivendovisi i nipoti *ex filia*) di padre in figlio, in modo che ogni figlio di decurione diveniva, a sua volta, decurione all'età di 18 anni. Vi si entrava inoltre per nomina diretta del senato municipale che cadeva di solito sui borghesi ricchi della città, per aggregazione libera o volontaria. Non potevasi uscire dall'*ordo* se non ottenendo determinate funzioni imperiali elevate dell'ordine civile e militare e, più tardi, certe alte dignità ecclesiastiche. E del resto in quest'epoca tutti coloro che esercitavano una professione o un mestiere costituivano una corporazione, alla quale ciascun partecipante era legato con la sua persona e con tutta la sua discendenza. E a tali corporazioni, cui talvolta erano commessi pubblici servizî, vennero, giusta la tendenza del basso impero, di far servire i vincoli corporativi a scopi fiscali, imposte, dopo Costantino, complessivamente le tasse gravanti sui loro membri, fra i quali spettava alle medesime ripartirle ed esigerle.

Alla libera attività economica delle corporazioni si sostituiva l'organizzazione oppressiva dello Stato, pur non perdendo la corporazione, divenuta ancella e strumento dello Stato, il principio essenziale della sua personalità, e serbando, in diritto, la sua indipendenza, nell'orbita dei suoi interessi e della sua missione e l'intervento dello Stato non valse ad assorbirne ogni carattere di volontarietà corporatizia. Poterono poi esistere accanto ai *corpora* coatti altre figure di collegi del vecchio tipo, che per l'indole loro, erano più al sicuro dagli artigli fiscali, sopratutto sotto la protezione della Chiesa varî passi del Digesto giustificano l'esistenza di codesti *corpora*, sorti a scopi pii, e perciò punto pericolosi alla sospettosa legislazione imperiale (argomento oscuro e non isfiorato).

Dopo questo tempo i decurioni si appellavano anche, e di solito, *curiales* o eziandio *municipes:* ed il loro insieme *curia*.

Erano sottoposti ad un gran numero di pesi di differente natura (*munera curialia*) sia nell'interesse della città e suoi abitanti (lavori pubblici, pulizia, finanze) che del potere centrale (percezione di imposte, reclutamento, lavori pubblici, ecc.): della cui esecuzione erano tutti responsabili pecuniariamente e in solido. Onde era loro vietato esercitare professioni che concedessero immunità. E non avevano la libera amministrazione dei propri beni, non essendo loro lecito vendere la proprietà fondiaria (*vel rustica praedia vel urbana vel quaelibet mancipia*) senza l'autorizzazione del governatore della provincia. E per impedire che abbandonassero le città per andare ad abitare in campagna, fu nel 396 disposto: *fundum, quem civitati praetulerint... fisco esse sociandum, eoque rure carituros, cuius caussa impios se, vitando patriam, demonstrarint* (1). E i beni pervenuti a persone non investite del decurionato, per donazione, legato o successione, restavano sottoposti a una contribuzione annuale alla curia (*denarismus*). La curia ereditava i beni del decurione morto intestato e senza eredi, o i cui beni fossero stati confiscati, e per una parte quando gli eredi non fossero persone appartenenti alla curia. Disposizioni varie vennero date riguardo al diritto di successione delle figlie dei *curiales*, le quali sposavano *curiales*. Onde, malgrado i privilegi di cui i *curiales* godevano, il decurionato era divenuto una carica pesante, alla quale si procurava sottrarsi in tutti i modi. E nonostante le rigorose prescrizioni sull'eredità di esso, le curie erano ovunque ridotte a pochi membri.

Onde, oltre che iscriversi, come si è detto, nella *curia*, oltre i figli dei decurioni, anche i *nepotes ex filia*, o nel caso che il numero dei curiali non fosse ancora completo non solo si ammisero, purchè avessero il censo stabilito (*si facultates habeant*, gli illetterati ed i negozianti al minuto, *qui utensilia negotiantur et vendunt*, per lo innanzi riputati indegni, e i figli illegittimi, loro offrendo la legittimità, ma si condannarono alla curia, come ad una pena, i preti indegni, coloro che si fossero mutilati per isfuggire al servizio militare, gli apostati della religione cristiana.

Maggioriano, fra gli altri savî provvedimenti, coi quali procurò migliorare le pessime condizioni dello Stato e della società romana, coll'editto del 6 novembre 458, esortò i curiali a ritornare nelle città da essi abbandonate; togliendo però gli oneri aggravanti le loro funzioni municipali, e obbligandoli solo a render conto dei pagamenti ricevuti e presentare la lista dei contribuenti morosi. Ad impedire poi che curiali, per isfuggire agli oneri della loro dignità, entrassero, come solevano fare, negli ordini sacri, prescrisse che quelli non ancora pervenuti al diaconato venissero reintegrati nella curia; e i diaconi, sacerdoti, vescovi che avessero figli nella curia, dovessero lasciare loro il patrimonio, non conservando che l'usufrutto della metà; e similmente nel caso di figlie maritate a curiali: se non avevano prole, tutto il loro patrimonio dovea spettare alla curia. E punì di morte i pubblici ufficiali che, incaricati di ricevere e reintegrare nella curia i decurioni che l'avevano abbandonata da meno di 30 anni, li vendevano invece come schiavi dopo essersi impadroniti dei loro beni (2). Ma i rimedì erano ormai tardivi, e se ancora esistevano principi capaci di promulgare buone leggi, mancava affatto chi volesse eseguirle.

Scomparso col riconoscimento legale del cristianesimo l'*ordo* degli *Augustales*, non si ebbe nei Comuni, dopo l'*ordo* dei *curiales*, altro che l'*ordo plebeius*, formato dei proprietari (*possessores*) che non erano *curiales* e dei *ne-*

(1) Cfr. C. Th., *De decurionibus*, XII, 1, e anche XII, 2, 3: Nov. Th., 11, 2; C. I., X, 32 e segg.

(2) Nov. VIII, *de curialibus et agnatione vel distractione praediorum eorum et de diversis negotiis*.

gotiatores collegiati corporati et artifices della città e agricoltori liberi e coloni della campagna.

Poteri pubblici del Comune duravano il Senato (composto non di tutti i decurioni; ma solo di quelli che avevano esercitato date funzioni civili e sacerdotali, alla cui testa si trovano talora membri denominati: *primates, primarii, principales, decemprimi*), il cui potere era stato reso man mano illusorio dall'estensione continua dei poteri accordati ai funzionarî governativi, ma che nell'ordine civile ricevette attribuzioni novelle, divenendo un ufficio di registrazione per le donazioni, testamenti, ecc.; e i magistrati municipali nominati dal Senato fra' decurioni o proposti dai predecessori, responsabili della gestione dei successori, e ben visti al preside della provincia: pur essendo in talune città, specie dell'Africa, tuttavia ricordo di elezioni popolari. Ma la giurisdizione dei medesimi si faceva sempre più limitata, subordinandosi a quella degli ufficiali imperiali che avevano la sorveglianza sull'amministrazione del Comune. Una falange di impiegati imperiali, sparsa per l'Italia e per le provincie, si sovrappone ai magistrati municipali.

Le finanze continuavano ad essere amministrate, sotto il controllo del governatore, dal *curator rei publicae* o *logista*, nominato dall'imperatore fra i cittadini del Comune e che quindi avea il sindacato dell'amministrazione municipale.

Sotto Valentiniano, nel 364, venne istituita una novella dignità, appellata il *defensor civitatis*, dapprima senza alcun rapporto coll'amministrazione del Comune, e incaricato di difendere e proteggere i *plebeij* o i deboli dai potenti, ed essi e tutto il Comune dagli agenti del governo; e indi investito di altre funzioni di polizia, e, nelle città mancanti di magistrature giudiziarie, della giurisdizione *tenuioribus et minuscularibus rebus;* e indi, dopo Maggioriano (458), divenuto magistrato municipale con varie attribuzioni in materia di giurisdizione contenziosa e volontaria, civile e criminale; aumentatesi, come vedremo, sotto Giustiniano, che lo fece anche conservatore dell'archivio municipale (*gesta*) e l'obbligò ad aiutare gli incaricati dell'esazione delle imposte, facendone piuttosto i governatori che i *defensores* della città. Venne eletto in modi differenti a seconda delle varie epoche: dapprima per cinque anni; indi, dopo la Nov. XV di Giustiniano (che rese obbligatorio accettarne l'ufficio per due — Cfr. su tutto ciò la voce Defensor civitatis).

8. Mentre sotto la repubblica la città di Roma non aveva punto avuto un'amministrazione speciale differente da quella centrale, sotto i due primi imperatori venne organizzata un'amministrazione particolare della detta città e collocata poco a poco sotto l'assoluto controllo del potere imperiale (ed estesa indi a Costantinopoli, seconda capitale), con a capo un *praefectus urbi*, nominato dall'imperatore, con giurisdizione civile e criminale e attribuzioni di alta polizia (1), e con un *praefectus vigilum* per la polizia notturna e la sicurezza, un *praefectus annonae*, collegi speciali (*curae*) per l'amministrazione dei lavori pubblici e funzionarî minori. Il Senato (istituito poi anche in Bisanzio) si era trasformato in un'istituzione quasi municipale, senza autorità sul rimanente dell'impero.

9. Il *municipium* era poi, dal punto di vista giuridico, una *universitas* con proprio patrimonio e propri diritti patrimoniali distinti da quelli dei *municipes*. E ne fu dagli imperatori man mano allargata la capacità anche in materia di eredità e di legati, sul quale argomento si hanno notizie oscure e contraddittorie: e i testi epigrafici non sempre si accordano coi giuridici.

10. Le innumerevoli popolazioni germaniche, non soggette ai romani nè incorporate ad una provincia imperiale, formavano altrettante comunità politiche autonome o popoli o tribù (*civitates*), rette o a monarchia o a repubblica, con assemblee popolari (*ting, concilium, mall*) e capi (*reges* o *principes*) con poteri limitati; e composte di piccole divisioni territoriali, appellate *gau, pagi* o *centene* che da divisione militare di carattere gentilizio erano man mano, con lo stabilimento in sedi fisse, già al tempo di Cesare divenute divisioni territoriali e il Comune nel senso del diritto pubblico con capi (*centenarii, principes*) ed assemblee, non possedendo i germani città. I *pagi*, poi, alla loro volta si suddividevano in *vici* o *clan*, formati da edifizî non connessi e coerenti, nei quali al vincolo della residenza nel medesimo territorio si ricollegava quello della parentela gentilizia.

Ma già prima delle invasioni, anche per la comune difesa, erano venute attenuandosi le autonomie popolari; le *civitates* venivano stringendo leghe fra di loro e aggregandosi in grandi masse.

Capo II. — Dalla caduta dell'Impero d'occidente alla formazione dei liberi Comuni.

11. Dominazione erula ed ostrogota. — 12. Dominazione bizantina: riforme di Giustiniano. — 13. Municipi nei paesi sottoposti alla dominazione bizantina, dopo Giustiniano. — 14. Amministrazione di Roma. — 15. La Sicilia sotto i mussulmani. — 16. Dominazione longobarda e franca.

11. Non solo sotto la dominazione di Odoacre (476-493), ma anche sotto quella degli ostrogoti (493-553), rimasero inalterate, per i romani, le istituzioni municipali romane. I curiali continuarono ad essere un ceto ereditario, legati per nascita al proprio stato, esclusi da ogni ufficio di Stato perchè non venissero da quello sottratti alla curia: obbligati a coprire le cariche municipali, a raccogliere le imposte nel territorio rispondendo del disavanzo col proprio patrimonio, e legati con questo allo Stato ed alla curia. Dovevano ancora costringersi ad abitare in città perchè col dimorare in campagna non procurassero sfuggire alle cariche municipali. Atalarico stabilì pene contro chi li opprimesse, raccomandando però alla lor volta ai curiali di mostrarsi concordi e giusti e non opprimere, d'accordo coi ricchi possidenti, i poveri.

La curia, dapprima rappresentante dell'intero municipio, oramai non rappresentava se non la prima delle corporazioni ereditariamente suddite apparendo, accanto ai curiali, come più considerevoli, gli altri proprietari come i liberi e quelli che avevano tenuto i maggiori onori. Duravano nelle forme primitive tutte le altre corporazioni o collegi municipali subordinati alla Curia stessa: cui era sempre pena l'essere ascritto e venire obbligato a servizio. Nè era più nelle mani della curia il governo del municipio, distribuendo bensì e conferendo la medesima gli impieghi e i servizi pubblici; ma restando la direzione generale e la

(1) Klebs, *Zur Entwickel. der Kaiserlichen Stadtpiatektur*, in *Rhein. Museum*, XLII, 1887; Vigneaux. *Essai sur l'hist. de la praefectura urbis à Rome*, Paris, Fontemaing, 1896 (estr. della *Revue générale*, IX-XX, 1885-96)

superiore sorveglianza e giurisdizione presso gli impiegati eletti o confermati dal re, quali da una parte il conte goto (su cui vedasi la voce **Conte**) e dall'altra il *defensor* e il *curator*.

Il *defensor* appare, giusta le disposizioni della Novella di Maggioriano del 458, eletto dal popolo e confermato dal re: o forse eletto da questo su proposta del popolo. È tenuto difendere il municipio da oppressioni. E in genere continua ad avere le attribuzioni conferitegli dalla detta Novella e il carattere di magistrato municipale col primo rango nella gerarchia.

Il *curator* (detto anche *quinquennalis*) veniva eletto dal re, avea la presidenza della curia e l'amministrazione dei beni e possedimenti della città, e la cura della conservazione dei pubblici edifizî, e la sorveglianza sui prezzi del mercato; e talora riuniva l'ufficio di magistrato municipale.

Diminuita era la considerazione e l'importanza degli antichi magistrati municipali, le cui attribuzioni più importanti erano passate al *defensor* e al *curator*; nè se ne fa menzione alcuna anche nelle soprascritte delle carte ufficiali indirizzate ai municipî, nelle quali, oltre i difensori (e talora anche senza di questi) appariscono nominati solo gli onorati, i possessori, i curiali.

La loro attività era limitata alla curia, e altri atti simili di giurisdizione volontaria da inserire negli atti municipali, trattati generalmente dal magistrato, rappresentato più frequentemente da una che da due persone, o da un suo rappresentante (*vices agens*), assistiti da due o quattro principali (talora sostituiti da rappresentanti), di condizione più elevata che i curiali, i quali formavano la commissione ordinaria degli affari.

Grande si conservò altresì l'influenza nelle città dei vescovi cattolici.

L'amministrazione e la giurisdizione municipale, infine, era soggetta al preside della provincia.

12. Cessata la dominazione ostrogota e venuta l'Italia sotto la dominazione bizantina, quella venne, com'è noto, ordinata in un esarcato con sede in Ravenna.

Anche in Oriente era, e forse più che in Italia, peggiorato lo stato dei curiali; alla quale carica si cercava in tutti i modi, e con ogni pretesto, sottrarsi; e di giorno in giorno diminuiva il numero dei curiali, facendo difetto i cittadini capaci di accettarne i carichi. Gli affittuarî censuarî o *vindices*, cui da Anastasio imperatore (491-518) era stata affidata completamente l'amministrazione censuaria, avevano ridotto in loro potere la curia, escludendo da ogni partecipazione nella riscossione delle imposte i curiali. Giustiniano procurò eliminare tale disordine. E per assicurare le curie, di cui si riteneva oramai principale incarico la riscossione delle imposte, rinnovò e accentuò le disposizioni anche vergognose (per cui la curia dovea servire di rifugio per colpevoli di dati reati) riguardo al patrimonio dei curiali ed alle loro persone (1).

Essendo decaduta l'importanza della carica di *defensor*, procurò dare importanza maggiore a quell'ufficio, cui rese obbligatorio e biennale, confermandone ed allargandone sopratutto le funzioni in materia giudiziaria e trasformandolo un luogotenente del governatore della provincia e governatore e *judex* piuttosto che *defensor* della città (vedi la voce **Defensor civitatis**).

Sono oramai completamente scomparsi gli edili e i questori. I duumviri magistrali (eletti dalla curia) sussistono oscuramente spogliati delle loro attribuzioni amministrative ed, essendone la giurisdizione contenziosa passata ai *iudices pedanei* eletti dai giudici provinciali e ai difensori, non compariscono quale Autorità giudiziaria se non in materia di giurisdizione volontaria nell'insinuazione di atti nella curia. Quale una delle principali Autorità delle città e però incaricato della polizia e della sorveglianza delle finanze e dei lavori pubblici, appare nelle disposizioni giustinianee il *pater civitatis* (πατὴρ τῆς πόλεως), denominazione già in uso nelle provincie orientali per indicare il *curator* o *quinquennalis*, quando le attribuzioni di questi due magistrati si confusero, eletto, salva, come per il *defensor* la conferma imperiale, dal vescovo e dai *primores civitatis* (clero, onorati e fors'anche curiali) e dai *possessores*, e rende ogni anno conto al vescovo e a cinque primari cittadini, garentendone tanto questi che quelli che lo elessero, con i propri patrimoni, la buona amministrazione. Ma la persona più ragguardevole del municipio e quella nelle cui mani (insieme ai primati o restanti del clero ed agli abitanti della città) è oramai il centro dell'amministrazione municipale e quella che ha la maggiore influenza nell'amministrazione, giurisdizione e polizia, apparisce in questo tempo il vescovo che ha la sorveglianza di ogni ramo del governo e della vita municipale, nel quale passano di fatto le attribuzioni del *defensor*, di difendere i meno potenti e la città contro gli abusi dei più potenti, dei grossi proprietarî e degli agenti governativi.

Continuano anche per quest'epoca nei protocolli municipali ravennati gli esempî di atti insinuati nella curia nel modo istesso che nel periodo ostrogoto.

13. Dalle lettere di San Gregorio Magno e sopratutto dai documenti ravennati apparisce nelle città italo-bizantine, nel secolo VI, l'esistenza e il funzionamento della curia e dei curiali o decurioni, appellati talora, come in Siracusa, *decemprimi*, che continuano a ricevere gli antichi appellativi, ma fra cui si trovano anche persone illetterate; e avanti ai quali riuniti in generale assemblea (*cunctus ordo*), presieduta, nelle città principali, da uno o due *magistratus* (spesso sostituiti da un membro della famiglia e di regola dal padre) assistiti da ufficiali inferiori addetti al loro *officium*, quali l'*exceptor* o cancelliere, che registra gli atti e redige i processi verbali, l'*apparitor*, il *tabularius*, e nelle minori da uno dei curiali, o, più di frequente (a Ravenna quasi esclusivamente) davanti i soli *principales* nello stesso modo presieduti, si insinuano o registrano negli archivi (*gesta municipalia*) testamenti, donazioni, strumenti di compra-vendita e si compiono atti di giurisdizione volontaria (in materia di tutela, ecc.) A questo si limitano le attribuzioni della curia e dei magistrati che la presiedevano, mentre l'essenziale delle loro antiche attribuzioni amministrative e giudiziarie apparteneva a magistrati che, quantunque eletti dalla popolazione urbana, erano in realtà, per il diritto di conferma riservato all'autorità imperiale, i rappresentanti nella città del potere centrale, cioè il *curator* o *pater civitatis* (appellato anche, come in Napoli, *patronus civitatis* o *maior populi*), di cui continua l'importanza e la influenza considerevole nell'amministrazione municipale, eletto probabilmente per un anno, con le antiche attribuzioni amministrative e finanziarie, ma non punto giudiziarie, esercitando talora alcune delle incombenze del *defensor*; e

(1) Cfr. C. I. x, 32 (31), *De decur. et filiis eorum*, D., L, 1 e 2; Nov. 8, 38, 45.

il *defensor civitatis* che appare anch'egli in situazione considerevole nella città.

Non è agevole per il difetto di documenti contemporanei (ad eccezione del *Liber pontificalis* e di qualche lettera pontificia) seguire gli avanzi delle istituzioni municipali durante la dominazione bizantina in Italia.

Dalla parola *ordo*, termine ufficiale della cancelleria pontificia conservato in formole speciali (e in genere per le elezioni episcopali) di indirizzi dei pontefici (*clero, ordini et plebi*) anche a città che non avevano mai conosciuto il regime municipale romano, non si può trarre alcun argomento, nè pro nè contro l'esistenza dei senati municipali nel secolo VII. E d'altra parte anche nelle lettere ove si riscontra la formula in parola, l'*ordo* scompare assolutamente dal testo. Però, secondo noi, da ciò potrebbe anche apparire che il senso di tal parola sia qui differente da quello di senato municipale o di curia, e indichi la nobiltà municipale che non era più la curia, ma il ceto degli onorati e possessori. E invero nell'elezione del vescovo solo tre categorie di persone hanno una parte: il clero, la nobiltà, il popolo, ed i *nobiles*, o *primores* o *primates urbis*, insieme ai *possessores* (aristocrazia socialmente superiore all'*ordo*) vi hanno una parte preponderante: e il senato si confonde probabilmente col *populus*.

L'ultimo documento, in cui apparisca la *curia* e i magistrati che la presiedono, è una carta ravennate del 625. Dopo questo tempo, e anche nei sec. X e XI, la parola *curialis* non indica più i membri, ma o l'*exceptor* della curia, o, come anche la parola *curia*, non ha più alcun valore reale. E in questo tempo in genere nell'impero bizantino le istituzioni municipali erano andate sempre più decadendo; cadendo infine le curie probabilmente in desuetudine prima che le abrogasse formalmente la Nov. XLVI di Leone VI il Filosofo (886-93), la quale, considerato che tutta l'amministrazione civile era stata trasformata e ogni cosa dipendeva unicamente dalla sollecitudine e dall'amministrazione imperiale, soppresse i carichi già imposti ai decurioni e la parte che questi prendevano all'elezione dei magistrati e all'amministrazione della città che, quantunque non si possa affermare con sicurezza che abbia avuto vigore di legge in Italia e specialmente nelle città greche dell'Italia meridionale, che si venivano francando dalla signoria di Costantinopoli, è anche per Italia un'indizio e un documento storico per dimostrare che da gran tempo i mutamenti politici, l'avvilimento dei popoli e le forme di un governo personale e militare, avevano fatto cadere in desuetudine ogni istituzione municipale.

Debole traccia rimase degli altri magistrati municipali, la cui autorità era andata diminuendo coll'accrescersi di quella del vescovo che tendea ad invadere le prerogative essenziali del *defensor* (che cessa poco a poco di essere nominato nei testi) e le attribuzioni del *curator* o *pater civitatis* (che nei documenti ravennati dei sec. X e XI sembra divenuto titolo ereditario in certe famiglie per trasformarsi poi in nome di famiglia); mentre anche gli ufficiali imperiali, specialmente in materia di finanza, cambiavano la sorveglianza in sostituzione di autorità. E già dalla fine del secolo VI quale autorità che, insieme al vescovo, si sostituisce a quella dei magistrati municipali, era cominciato ad apparire un funzionario novello, che rappresenta nella città il governo imperiale e la centralizzazione amministrativa, e insieme comandante militare ed amministratore civile e giudice della città, nominato direttamente dal Governo centrale o dell'esarca di Ravenna e superiore ai magistrati municipali: il *tribunus et dativus*, detto anche *comes*, ἄρχων e nelle città maggiori anche *dux* o στρατηγός, *loci servator*, *hypatus* o *consul*, che si vede esercitare molte attribuzioni, già riservate alla *curia* e ai magistrati municipali.

Alcuni degli elementi vitali delle corporazioni romane si erano accolti nelle *scholae*, associazioni libere formate da coloro che si volevano unire per mutua difesa, costituendosi nella forma collegiale preponderante nelle consuetudini della vita sociale. Tali *scholae*, nelle quali si riuniva la parte più laboriosa del popolo, si andavano moltiplicando, costituendo anche la milizia cittadina. Talora i mestieri erano ereditari nella famiglia e a scopo industriale gli operai si stringevano in parentela fra di loro: o gli esercenti un medesimo mestiere abitavano nella stessa strada della città. Però l'unione corporalizia non serve più che ai proprî scopi e cessa di far parte degli ordinamenti pubblici. Non ci pare, d'altra parte, che possa negarsi la continuazione fra tali collegi e le *scholae* apparse più tardi nel secolo X (1).

14. In Roma già alla fine del sec. VI il senato non era più che un ricordo; ed era stato sostituito da una curia incaricata degli affari municipali. Sussisteva, ma senza l'antico splendore, il *praefectus urbi*, obbligato nell'uscire di carica, di render conto a Ravenna o ad un funzionario speciale straordinario inviato dal sovrano: pare conservasse nella città la giurisdizione criminale e l'incarico dell'alta polizia della città. Al termine del secolo VI esisteva ancora il *praefectus annonae*, e durante la dominazione bizantina la più parte delle grandi *curae*.

Ma da una parte il duca, che sin dal secolo VI avea diviso col prefetto l'amministrazione della città ed avea il comando delle forze militari della provincia romana, avea sviluppato la sua giurisdizione a detrimento di quella del prefetto della città, finendo col divenire il governatore della città medesima e non lasciando al prefetto (che si ritrova fino al termine del secolo VIII) che la cura della giustizia criminale. E dall'altra il papa, ingerendosi in tutte le parti dell'amministrazione, avea poco a poco sostituito la propria influenza a quella degli ufficiali imperiali.

15. In Sicilia, durante la dominazione mussulmana, presso le popolazioni rimaste indipendenti dai conquistatori e la cui difesa veniva dai bizantini abbandonata a cittadini, dovettero rinvigorirsi le istituzioni municipali, prendendo poco a poco le sembianze di confederate piuttosto che di suddite, e occupando indi l'autorità municipale (che pare risiedesse negli ottimati) ogni potere, divenendo comuni indipendenti, quasi repubbliche, quando negli ultimi anni del nono secolo e i primi del decimo l'impero bizantino le abbandonò del tutto.

Anche nelle popolazioni tributarie dovea l'autorità risiedere nei municipî, che dal ritratto dei beni imperiali e comunali, aggiuntevi le contribuzioni su i cittadini, pagavano il tributo detto dai mussulmani *gezía o kharág* per l'assicurazione delle persone e delle proprietà.

Presso le popolazioni ridotte alla condizione di *dsimmi* o di vassalli, è probabile fosse stato lasciato nelle terre abitate da soli cristiani qualche avanzo di municipalità e ma-

(1) Cfr. Tamassia, *Le associazioni in Italia*, in *Arch. giur.*, 1898. Contro: Solmi, *Le associazioni in Italia avanti le origini del Comune*, Modena 1898.

gistrati eletti in qualunque modo dalla popolazione per riscuotere la *gezîa*, soprintendere all'edilizia, ai mercati ed all'amministrazione della giustizia civile e penale nelle cause non riguardanti mussulmani. Nelle terre poi abitate dai *dsimmi* insieme ai mussulmani, vennero verosimilmente aboliti i municipî e commesse ad ufficiali musulmani tutte le parti della polizia urbana. Non è poi inverosimile (sebbene non dimostrato) che come negli altri paesi sottoposti ai mussulmani, i cristiani abbiano ritenuto le corporazioni di mestiere o di quartiere, che nel medioevo per lo più coincidevano l'una coll'altra, e di cui avevan d'uopo gli arabi, dipendendo la esecuzione delle leggi penali mussulmane dalla responsabilità reciproca dei membri delle tribù o consorterie (*à kila*); la quale istituzione delle consorterie necessariamente portava seco scelta di capi, vigilanza di costoro a prevenire i delitti, la cui pena sarebbe ricaduta sulla comunità ed esercizio di giurisdizione civile arbitrale, affidata o ai capi stessi o ad altri magistrati designati dalla corporazione. E presso i mussulmani esistettero, passati in Sicilia dall'Africa, i corpi municipali appellati *gemâ* (adunanza: come quella di Palermo, costituita come le altre a modo aristocratico e pronta a trapassare alla usurpazione dell'autorità politica), composta dei notabili capaci. Oltre il magistrato municipale di città, eravene un altro di quartiere o di contrada, istituzione necessaria nelle città mussulmane, divise in quartieri abitati per lo più da genti, nazioni ed arti diverse.

16. Non occorre ricordare come viva ed ardente, anche per influenza delle condizioni politiche del tempo, sia stata, specialmente sulla fine dello scorso secolo e nei primordî del presente, la disputa, cui hanno preso parte scrittori tedeschi ed italiani (1) (la cui opinione era di solito determinata dalle idee politiche dell'autore) sulla condizione dei romani vinti dai longobardi e sulla persistenza o meno degli ordinamenti municipali romani durante la dominazione di quelli. A tacere dei più antichi, da una parte già il Cimaglia, il Romagnosi e sopratutto il Savigny cercarono dimostrare la continuazione del Comune municipale romano coll'antica costituzione, a fianco del *gau* germanico e da esso completamente distinto; raccogliendosi solo al tempo di Ottone il Grande tutti gli abitanti della città in un'università comunale comprendente tanto il collegio germanico degli scabini che l'*ordo* dei romani.

Negarono la persistenza delle istituzioni municipali romane, dopo il Muratori, il Maffei, che le volle spente già dai greci, il Lupi, il Sigonio, il Sismondi, il Fumagalli, lo Spittler, e specialmente il Leo (che negò una separazione fra la città e la campagna, nella prima delle quali avrebbero abitato i longobardi e nella seconda i romani; ammise solo forse la durata della polizia romana dei mercati e della istituzione delle maestranze), il Baudi di Vesme e Fossati, il Ricotti, il Manzoni, il Troya, (secondo cui i longobardi sin da principio avrebbero abitato nelle città, allontanandosene i grandi longobardi per divenire nobiltà di campagna al tempo della conquista franca, componendosi in questo tempo nelle città le diverse nazionalità a corporazioni [università per i barbari, scuole per i romani], finchè, distrutta cogli Ottoni la preponderanza franca in Italia, i longobardi, con considerazione e partecipazione uguale, si riunirono con essi in un Comune nuovo, distinguendosi così fra l'antico comune longobardo, il nuovo franco ed il franco-longobardo, e più tardi, per le osservazioni del Rezzonico, concesse che parte dei romani liberi siano stati ammessi nel Comune), il Pertile (che negò la sopravvivenza di qualunque avanzo del municipio romano e l'esistenza altresì di un Comune, di vero nome, longobardico o germanico con propria autorità e proprie magistrature); altri ancora che ritennero estinto e distrutto il municipio.

Accostandosi all'opinione del Rovelli, che ammise la continuazione di qualche vestigio del municipio romano, ma senza magistrati, e quindi senza giurisdizione, il Pagnoncelli ritenne la conservazione delle istituzioni municipali, portando però i longobardi nei municipî italiani, oltre la costituzione giudiziaria germanica, la loro costituzione libera

(1) Muratori, *Antiq. Ital.*, t. 1, diss. 18 e segg., t. IV, diss. 45; Carli, *Antich. ital*, parte III; Sigonio, *Hist. Bonon.*, lib 2, in *Opera*, t. III, p. 62-73: Maffei, *Verona illustrata*, Verona 1732, p. 1, lib. 2, p. 584 e segg.; Lupi, *Cod. diplom. Bergam.*, t. II, 663, Bergami 1784, vol. I, p. 133, 134, 563; Fumagalli, *Antich. Longob.-Milan.*, volume I, Milano 1712, p. 105; Cimaglia, *Considerazioni sui magistrati municipali*, 1790; Rovelli, *Storia di Como*, Milano 1789-1894 e Como 1802-1803, parte I, pagine 131 e segg.; parte 2ª, pag. 79 e segg.; parte 3ª (nelle dissertaz. preliminari); Sismondi, *Hist. des rèpubl. italienn. du M. A.*, Zurigo 1807, t. I; Pagnoncelli, *Sull'antichiss. orig. e success. de' gov. munic. nelle città ital.*, Bergamo, tip. Na'ali, 1823, 2 vol.; Leo, *Ueber die Verfass. der freien Lombard. Städte im Mittelalter*, Rudolstadt 1820; *Entwick der Verfass. der Lombard. Städte bis zur Ankunft Kaiser Friedrich I in Ital.*, Hamburg 1824; Maurer, *Ueber die bayerischen Städte und ihre Verfass. unter der röm. und fränc. Herrschaft*, 1879; Spitter, *Staatengesch.*, Th. 2, 46-47; Cipolla, *Storia delle signorie italiane*, Milano 1881; Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, I, p. 117 e segg.; Manzoni, *Discorso stor. sopra alcuni punti di storia longob. in It.*, 1822; Ricotti, *Storia della monarchia piemontese*, Firenze 1861; Sclopis, *I longob. in Italia*, 1827: *Storia della legisl. ital.*; *St. dell'ant. legisl. piemontese;* Baudi di Vesme e Fossati, *Vicende della proprietà in Italia*, ecc., l. II, cap. VII, p. 329 e segg.; Capponi, lettere al prof. Capei, *Sulla dominaz. dei longob. in Italia*, in *Arch. stor. ital.*, 1844; Tommaseo e Capei, in *Archiv. stor. ital.*, s. 1, app. VII-XII-XXIV; Troya, *Della condiz. dei rom. vinti dai longob.*, Milano, soc. tip. dei class. ital., 1844 (ed. 2ª, con osservazioni di Fr. Rezzonico ed appendice dell'aut.); Balbo, *Della condiz. de' rom. vinti*, 1869; *Sommario della St. d'It.; St. d'It. sotto i barbari ed il regno di Carlo Magno*, Fir. 1846, 1856; *Appunti per la storia delle città ital. fino a' Comuni*, 1838; Bethmann-Holweg, *Ursprung der lombard. Städtfreiheit*, Bonn 1846; Hegel, op. cit., 1847, cap. III, § 4 e 5; Fleger, *Das königsreich der Langobarden in Italien*, 1851; Haulleville, *Hist des Communes lombardes depuis leur origine jusqu' à la fin du XIII siècle*, Paris 1857; Schupfer, *Stor. delle istituz. polit. longob.*, Firenze 1863, p. 48 e segg.; *Aldi, liti e romani*, in *Encicl. giurid.;* Pertile, *Storia del diritto italiano*, 1, § 5; Calisse, *St. del dir. it.*, II, 114 e segg., n. 83 e segg., Firenze 1891; Villari, *Il Com. ital. e la st. civ. di Fir.*, in *Politecn.*, maggio 1886; Ciccaglione, *La legislazione nei municipi dell'Italia meridionale* (*Filangieri*, 1886); Lanzani, *Storia dei com. ital. dalle orig. al 1313*, Milano, Vallardi, 1882; Rinaldi, *Il Comune e la provincia nella storia del diritto italiano*, nn. 36 e segg., Potenza 1881; Mori, *La condiz. giurid. degli Ital. durante il dominio de' longob.*, 1885; Salvioli, *Man.*, n. 109; William Klapp *The Communes of Lombardy from the VI to the X Century*, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1891 (e recens. di Cipolla, in *Arch. stor. ital.*, IX, 1892, p. 78 e segg.); Hodgkin, *Italy and her invaderes*, volume IV e V, Oxford 1895; Gutsche u. Schultze, op. cit.; Bury, *Italy under the Lombards*, in *Scottish Review*, 1896, p. 33-54; Perrens, *Histoire de Florence depuis la domination des Médicis*, ecc., Paris 1888-89.

comunale nuova e senza alcun elemento romano, ma nella quale sarebbero entrati anche i nobili romani.

Ottemperarono all'opinione del Leo il Balbo e lo Sclopis, che ritennero, nonostante la rovina della costituzione municipale, le città non essere probabilmente rimaste senza una certa forma di regolamento di pubblica amministrazione per le comunità. E tennero una via di mezzo altresì il Capponi, il quale ritenne essere durate solo le consorterie degli artefici dei soggetti romani (che avrebbero costituito una nazione divisa da quella dei longobardi, essendo però legalmente riconosciuta solo quest'ultima), che avrebbero mantenuto forse per tutti quei secoli l'idea del Comune che non avrebbe potuto procedere dai germani che nulla sapevano di città; il Bethmann-Holweg, il quale, pur opponendosi recisamente alla opinione del Savigny, cercò dimostrare che i municipî anche nel nuovo ordine di cose sotto i romani fossero durati centro della vita civile; il Flegler, il quale opinò che, pur spegnendosi quasi interamente le franchigie municipali, ne avessero i longobardi rispettato le reliquie e sopratutto i corpi e collegi che principalmente avrebbero contribuito a tornare in vita le libertà municipali; il Rinaldi, che ritenne non essersi le istituzioni comunali conservate puramente romane nè essere divenute prettamente germaniche, mostrò come i germani invasori, anche per i precedenti contatti con i romani, non mancassero dell'idea del comune e della città e della vita municipale, come non abbiano i longobardi rispettato le proprietà comunali, e dall'incontro delle due nazionalità e la conseguente alterazione dei diversi istituti essere venuta la sostituzione della rappresentanza dominicale o giurisdizione patrimoniale alla rappresentanza amministrativa e propria dei comuni, pur conservandosi in novella significazione i nomi antichi e le apparenze della continuazione degli antichi istituti. Il William Klapp Williams ed il Cipolla (per Asti) ritengono che i longobardi abbiano sdegnato le città, che rimasero il centro dell'elemento romano e il luogo dove il popolo si addestrò alle lotte che dovevano finire colla ristorazione della sua potenza, pur non persistendo la *curia* nel senso di Consiglio cittadino e gli altri ordinamenti amministrativi romani; sicchè la popolazione germanica abitò principalmente la campagna, dove persistette lo spirito barbarico. Il secondo però notò che in parecchi luoghi molti longobardi presero posto dentro le mura cittadine.

Senza entrare nella disamina degli argomenti pro e contro, che non ci è consentita dalla ristrettezza dello spazio assegnatoci e senza ripetere la confutazione degli argomenti arrecati dal Savigny per dimostrare la continuazione del regime municipale romano, notiamo collo Schupfer ed il Salvioli che il regime municipale era venuto in uggia ai medesimi romani, che da lungo cercavano scuoterne il giogo, e la degenere istituzione, decadendo sempre più, era finita collo sparire completamente, venendo meno anche nelle parti orientali dell'impero bizantino. E riteniamo con essi e con l'Hegel che le *civitates* nell'antico significato romano comprendente anche le campagne abbiano formato la base della costituzione ed esistenza politica dello Stato longobardo e la popolazione libera di essa (*arimanni*) col giudice (duca o gastaldo) alla testa debba considerarsi come riunita in un Comune longobardo (appellato nei documenti *exercitus*, *populus* e gli attinenti di esso *cives*, *habitatores*, *exercitales*); e le *curtes regiae* (appellate anche *curiae*, e le persone addette alle medesime ed incaricate di un pubblico servizio *curiales*) in esse stabilite ne siano divenute centro, sottentrando quale consiglio giudiziario o comunale, all'antica curia municipale, come i loro giudici al magistrato, aggiuntevi però insieme le attribuzioni di una regia o pubblica corte di giustizia per la città. Durarono verosimilmente in esse alcune traccie delle antiche istituzioni, adattate al novello organamento politico, col quale non erano incompatibili, quali le consorterie degli artefici, le *scholae*, il *curator* (che appare addetto alla pulizia dei mercati e all'esazione dei pubblici dazi), il *procurator*, gli *actores* e *actionarii*, gli *scribi*, i *monetarii*, i *peraequatores* ricordati in alcuni diplomi, le proprietà comunali e le partecipanze (*silvae communes*, *communalia*, *fiwaodia*).

Nè tali istituzioni appariscono gran fatto immutate per la conquista franca; e sembra che il Comune politico, formato dalla città, sia rimasto uno ed inseparato; e a questo siano stati in certo modo incorporati i liberi romani. Ma intanto si veniva lentamente costituendo un novello ordine sociale (sistema feudale, o, meglio, regime signorile), che raggiunge il suo pieno sviluppo nel secolo XI, essendone stato affrettato lo svolgimento dalla caduta della dinastia carolingia e il sorgere di grandi signori disputantisi il trono, la riunione delle corone d'Italia e di Germania. E, come nota il Salvioli (1), in mezzo al *caos* ed alla confusione prodotta da questi avvenimenti dinastici ed alle tenebre dei cronisti, si intravede una mischia gigantesca di popoli, lingue, costumi, credenze, istituzioni. Indi a poco si fa luce ed illumina un mondo nuovo: il Comune.

Capo III. — Il Comune libero.

17. Riguardo all'origine dei liberi Comuni italiani della età di mezzo, non può accettarsi l'opinione di Muratori, Maffei, Pagnoncelli, Raynouard, Savigny, Sclopis (e anche Capponi) che li dedussero, per una serie non interrotta di ordinamenti, dalle istituzioni municipali romane, che abbiamo vedute distrutte anche nelle regioni rimaste sottoposte alla dominazione bizantina, pur potendosi solo ammettere, col Sigonio e col Pertile, che taluni degli ordinamenti del Comune, e fors'anche l'idea di esso, siano state suggerite dalle tradizioni e dalle memorie di Roma. Quanto all'opinione (del Sigonio), che vorrebbe trovare l'origine storica delle libertà municipali in un atto legislativo di Ottone I (interpretato, dopo il Sigonio, da alcuni nel senso che ai municipî romani avrebbe aggregato in un nuovo e vasto complesso tutti gli abitanti lombardi e germanici della stessa città, da altri colle immunità vescovili, promosse zelantemente da quell'imperatore per motivi politici), sarebbe strano che di una concessione di tanta importanza non sia restato alcun documento, e che d'altra parte le città italiane non l'abbiano fatto valere, in luogo di invocare la consue-

(1) *St. delle immun. delle Signorie e giustizie delle Ch. in Italia*, Modena 1889 (estratto dagli *Atti e Mem. delle Deputaz. di st. patria per le prov. Parm. e Moden.*, l. III, vol. V, parte 1ª e vol. II, parte 1ª, 1889).

tudine da' tempi di Enrico IV in su e ricorrere alle armi quando il Barbarossa, mentre le voleva spogliare delle libertà che avevano altrimenti conseguito, si obbligava di riconoscere quelle ottenute dai suoi predecessori. Le altre opinioni (naturale svolgimento delle istituzioni dell'età carolingia; derivazione dal Comune economico e dalla comunione di interessi fra coloro che usavano i beni pubblici, continuatasi sotto la dominazione longobarda; derivazione esclusiva dalle gilde; derivazione immediata ed unica, con differente processo, dalle immunità e signorie vescovili) contengono ciascuna una parte di vero, ma sono troppo esclusive. È da preferirsi quella che, oltre all'influenza esercitata dalla dominazione de' vescovi (che del resto, non fu in tutte le città, quantunque spesso lo sviluppo del Comune venisse, anche nelle altre, promosso dall'esempio delle città vescovili, e vi seguisse il medesimo processo) assegna alla formazione dei Comuni liberi altre cause, differenti a seconda delle varie città.

Così l'unità esterna delle novelle aggregazioni municipali e l'isolamento delle città e la separazione di esse e dei rispettivi distretti dal contado (col quale sotto i carolingi erano ancora confuse e governate e amministrate indistintamente e nel medesimo modo) venne prodotta moralmente per il crescere degli abitanti e il rinascere o lo svilupparsi delle industrie e dei commerci e il fiorire dei mercati, per la coltura che vi andavano diffondendo le scuole fondate dai carolingi, onde sorgeva o si sovrapponeva una popolazione anche di mercanti e artigiani e si venivano fondendo in un solo corpo con unità di intendimenti le differenti nazionalità e i diversi ceti dei liberi e dei non liberi, sostituendosi stati di professione (*milites*, *pedites*, *negotiatores*) ai gentilizi, col che si agevolava alle genti minori l'insinuarsi fra i maggiorenti e il levarsi in autorità principalmente col crescere delle ricchezze per lo svolgersi dei commerci e l'accumulazione di capitali mobiliari e l'importanza sempre crescente del lavoro e il movimento commerciale prodotto dalle Crociate e produttivo di aumento di ricchezza e di popolazione, per cui a sua volta si elevò il valore della proprietà fondiaria, culture intensive s'introdussero e si diffuse quel benessere, che fece da sprone all'indipendenza e libertà politica. E si sviluppava una vita ben diversa da quella dell'esterno. Venne poi prodotta materialmente per la costruzione delle mura e delle fosse operatasi sopratutto nel secolo X per difenderle contro le invasioni degli ungari (il che d'altra parte implicava necessariamente la costituzione di guardie cittadine). Però tale separazione fu solo apparente, finchè non avvenne la separazione politica: iniziata colla divisione (promossa e favorita dalle continue guerre di successione al trono e dalle lotte dei partiti che si combattevano fra i grandi), sia per le cariche e feudi ereditari, sia per i diritti di immunità estesi fino alla completa esenzione, operatasi di ogni contado in diverse giurisdizioni e signorie con propria e indipendente esistenza a spese della pubblica Autorità; e agevolata anche dall'ordinamento tributario, per cui era venuto creandosi un comune interesse anche fra i sottoposti al medesimo tributo di una parte del prodotto dei beni e conseguendosi le suddivisioni e lo smembramento in un numero stragrande di piccole unità ed individualità locali (fenomeno, in genere, sinora poco studiato e pur così importante, avendo il fatto di tali legami e vincoli di vicinanza prodotto, se non tutto, come vorrebbe il Davidhson, al certo parte rilevante dell'organismo della vita pubblica dell'età di mezzo). E a tale separazione politica e a dare alle città una personalità distinta giovò sopratutto, ristabilendo nelle città (spesso sotto la dipendenza di più signori laici ed ecclesiastici e divisi fra più giurisdizioni speciali e in distretti distinti) l'unità di governo, la trasformazione lenta e graduale del divieto di ingresso nei luoghi immuni fatto ai pubblici poteri e del diritto di difesa in giudizio e di protezione e la conseguenziale accumulazione nelle mani del vescovo (e, per lui, dei suoi ufficiali e sopratutto dell'avvocato) delle funzioni amministrative e di polizia giudiziaria sui liberi dipendenti e massari (organizzandosi i primi ed unendosi ben presto nella comunione degli interessi e privilegi e fondendosi coi massari ed altre classi inferiori e producendosi il livellamento omogeneo delle classi sociali e la quasi uniformità dei diritti e doveri), cessione dei diritti fiscali, concessione del diritto di fortificare, acquisto delle regalie (fra cui importante sopratutto la concessione del diritto di mercato e della relativa polizia), e indi nella debolezza del potere centrale ed interesse di questo ad appoggiarsi alle chiese e ai vescovi elettivi e sulla cui nomina, per diritto, poteva influire l'impero; nelle lotte contro i conti, che, forti del loro diritto di eredità, tendevano a rendersi del tutto indipendenti, in acquisto della potestà giudiziaria (*districtio*) su tutti gli abitanti, ad esclusione del conte, e quali pubblici funzionari, e dell'amministrazione in genere, civile e giudiziaria, delle città nel nome imperiale e della potestà comitale. Vennero in tal modo sotto la signoria dei vescovi molte città sopratutto dell'Italia settentrionale, specialmente sotto i Berengari, acquistando poco a poco i vescovi, sotto gli Ottoni e alla fine del secolo X, la giurisdizione su tutto il contado; e taluni anche il privilegio di *missus imperialis* permanente con tutta la giurisdizione dei tribunali imperiali. E le città venute sotto i vescovi ebbero un'amministrazione autonoma esercitata dall'avvocato della Chiesa coll'assistenza specialmente dei maggiori valvassori o *milites* che aveano feudo dal vescovo e anche dei *boni homines*. In molte città il vescovo non giunse ad avere signoria temporale e poteri comitali (talora fors'anche perchè impeditone dalla borghesia, che, prima di rivolgersi contro l'imperatore, si impadronì delle regalie che erano nelle mani del vescovo), ma solo certe regalie come l'utile delle monete, i mercati, i pedaggi. Ma anche dove i vescovi non appariscono signori della città per atto formale di infeudazione, si vedono talora esercitare la suprema autorità come potenti patroni e principalmente direttori della politica esterna. E, ad esempio, Milano, nel secolo X, era, in sostanza, sotto il potere e l'autorità politica direttiva e il governo di fatto dell'arcivescovo, quantunque questi non venisse giammai formalmente investito della giurisdizione sulla città e dei diritti comitali, e dei capitani o grandi vassalli e feudatari maggiori del medesimo, la cui potenza cresceva sempre più. Nell'Italia media invece il potere comitale e baronale restò in genere intatto, e, se le contee civiche si andarono sciogliendo, ciò non avvenne in modo che le città con i loro territori si dividessero formando dei centri indipendenti l'uno dall'altro, ma con una dissoluzione lenta e progressiva in varie signorie feudali. I vescovi (anche quello di Lucca, che pur per i suoi possedimenti aveva ottenuto la giurisdizione come *missus regius*) restarono per varie ragioni subordinati ai marchesi; solo per eccezione ottennero dall'imperatore la concessione di regalie o, più di raro (e soltanto nel secolo XII) di contee. E una delle città delle quali abbiamo esplicita memoria che sia venuta sotto il governo del vescovo fu Siena: ove il conte, dopo aver ritenuto verosimilmente una parte della

giurisdizione cittadina in concorrenza col vescovo, conservò dai primi del secolo XII giurisdizione e predominio solo (ma per lungo tempo) nel contado.

Nelle città si erano intanto venuti sviluppando non pochi elementi di quell'unione di intendimenti, almeno fra la più parte della popolazione, necessaria per dare al popolo la coesione occorrente per resistere al vescovo ed alla feudalità per la costituzione del Comune, il quale non si può considerare composto di individui uguali innanzi alla legge, ma quale agglomerazione di private società, famiglie e volontarie associazioni, ognuna delle quali avea i suoi diritti, che non intendeva perdere nello stato di società civile. Così, anzitutto, la scomparsa delle differenze di nazionalità e la fusione di queste negli uguali stati sociali di liberi e non liberi. Inoltre il generale spirito di associazione proprio del medio evo: associazioni familiari, società, parentele e consorterie o consortili del patriziato (germe, in Firenze, delle future società delle Torri); le associazioni militari; associazioni religiose; le corporazioni di arti e mestieri e principali industrie, conservatesi, come si è veduto, dopo la caduta dell'impero di occidente, ma che rifiorirono (e non originarono) per i moti economici e sociali, comuni a molte regioni, fra l'XI e il XII secolo, e per il bisogno di sicurezza personale, perfezionamento tecnico, libertà d'esercizio dell'arte, raggiungendo l'assetto giuridico necessario per vivere e lottare, colla liberazione della manifattura dalla economia agraria prevalente, e col distacco dell'operaio dal sistema curtense, che ne aveva, fino allora, limitato l'espansione e l'attività e in cui apparirà più tardi divisa la cittadinanza del Comune, oltre che agevolare la sostituzione di stati di professione (*milites, pedites, negotiatores*, o altri bassi vassalli, maggiori e minori cittadini, distinti piuttosto a seconda del grado di potere, di ricchezze e di considerazione che non a seconda della nascita, benchè conservasse anche questa una certa importanza) ai gentilizî, e la fusione dei diversi ceti liberi e non liberi, e la formazione del ceto dei cittadini distaccantesi dal militare, e accrescendosi e allargandosi col progredire dei tempi, nonostante i divieti carolingi e canonici, davano ordine e forza alle plebi per proteggere i proprî interessi contro la feudalità, acquistavano uno svolgimento sempre più largo e un'importanza sempre maggiore, cercando anche lo Stato l'alleanza, quando dovette combattere nei feudatarî gli usurpatori di ogni sua potestà. E talora, per le corporazioni, la libera borghesia (o *cives*: liberi abitanti od arimanni) cominciò a formare una comunità a sè, mentre il ceto della nobiltà o dei cavalieri rimanea presso a poco nelle medesime condizioni, mantenendosi, insieme al clero, aderente ai signori, dai quali ricevea cariche e feudi. Vi erano, inoltre, associazioni a scopi comuni, sopratutto per la mutua difesa ed assistenza, spesso rese più forti e salde col giuramento (onde il nome di giure o *coniurationes*), sia permanenti che transitorie ed occasionali, di cui si hanno esempî in Milano nel secolo X (980) nella *coniuratio* dei *cives* contro gli abusi dell'arcivescovo Landolfo; e sopratutto (nella seconda metà del secolo XI) nella *coniuratio* o compagna di Genova (e in quelle delle terre intorno a Genova); che forse ebbe i suoi esordî, o almeno il suo nucleo, nei consorzî delle famiglie signorili, cui si andarono man mano associando il vescovo e le persone più eminenti della città, poi tutti i cittadini che potevano recare qualche autorità, e che si stringeva o rinnovava ogni quadrennio, avendo a capo quattro consoli, e che si mantenne in vita anche dopo assodatesi le libertà cittadine e per tutto il sec. XIII.

E anche prima del sorgere del reggimento comunale e del costituirsi delle libertà cittadine, pare esistessero già società o corporazioni o associazioni economiche (talvolta necessarie e derivanti dai rapporti necessarî col suolo: istituzione economico-giuridica conservatasi attraverso le vicende politiche e la varia fortuna delle città) di liberi proprietarî senza distinzione di nazionalità, che agivano in comune per il godimento e l'amministrazione dei beni posseduti in comune (*terra communis, communia*, d'onde sorse il nome di comune dato poi alla novella organizzazione politico-amministrativa di cui era stata preludio quella economica: fin qui punto avvertite dagli storici per molte località, ove formavano forse la regola generale nei sec. XI e XII), unendosi insieme per tali vincoli di comproprietà, oltre i liberi sottoposti, fors'anche da una parte i coloni e dall'altra i signori, ovvero avendo tanto i liberi sottoposti che i coloni una certa organizzazione, per quanto grave fosse il peso della dipendenza, di fronte ai signori. E in tal modo si era, per influenza di elementi barbarici e feudali, venuto trasformando sostanzialmente l'uso dei beni comuni, rattenuto nel diritto romano nella forma di una semplice comunione di beni.

E, se appare esagerata l'opinione che, oltre che nei centri minori, anche nei centri maggiori, nei quali era scarsa la popolazione agricola, la *vicinia* o vicinanze (da *vicus*, o riunione dei vicini o degli abitanti di un certo vico, o meglio di quanti vi possedevano beni allodiali, sia avuti solo primitivamente al tempo della conquista germanica, sia anche acquistati dai signori del luogo; associazioni più ampie delle familiari e talvolta derivate da queste e sempre imitazioni delle medesime, originate in connessione col culto comune dei Lari, quale nelle vecchie tradizioni romane, coi nuovi bisogni di mutua difesa che si sentivano in quei tempi per la debolezza della potestà pubblica a garentire i dritti di tutti e con le influenze delle invasioni germaniche e promosse talora da interessi fiscali e dal medesimo carattere giuridico delle proprietà e le condizioni economiche della medesima) debbano considerarsi come la prima forma del comune anche nelle città (nel cui seno costituivano nei tempi più remoti la più piccola circoscrizione autonoma per la tutela dei possessi comuni e dei dritti ed obblighi reciproci di difesa, assistenza in tribunale e solidarietà e responsabilità degli uni pei fatti degli altri, e talora solidarietà delle imposte, preferenze nelle alienazioni, ecc., e nei tempi posteriori la più piccola unità militare ed amministrativa) non può negarsi che, dove le *vicinia* furono (formando l'assemblea generale dei vicini, per tutti gli affari di loro interesse comune, il *commune colloquium*) giovarono, come ogni altra forma di associazione, allo sviluppo del comune.

E una preparazione alla partecipazione dei cittadini al governo della città si era avuta anche nelle radunanze dei cittadini per deliberare in comune anche per iscopi religiosi, quali le alienazioni delle proprietà ecclesiastiche e l'elezione dei vescovi e parroci.

Inoltre, anche per l'osservanza delle istituzioni germaniche, apparteneva agli arimanni della città (o persone godenti libera e assoluta libertà e piena proprietà fondiaria) una certa parte (che andò sempre più crescendo) nell'amministrazione della cosa pubblica e sopratutto della giustizia (che era in quel tempo una delle principali attribuzioni della sovranità politica), che dava loro una certa importanza e valse a costituire fra essi una classe influente e dirigente, quella dei *boni viri, homines prudentes, lauda-*

bilis famae. E tanto nei placiti e tribunali del vescovo che degli altri (come, ad es., in Toscana, in quelli della famosa contessa Matilde), che amministravano giustizia in nome dell'impero (avendo però di solito la sola presidenza inattiva), si vedono sedere giudici che, come è noto, facevano il processo, applicavano la legge e formolavano le sentenze, e più spesso assessori e *adstantes bonae opinionis et laudabilis famae, prudentes homines* ecc., talora fissi e condotti di terra in terra, ma spesso temporanei e associati nel luogo o nelle città in cui avea luogo il giudizio. E già nel sec. X si vede, p. e. in Verona, l'assemblea degli *urbani*, presieduta dal messo-conte chiamata a dare il proprio giudizio sull'operato del vescovo, apparendo così rivestito di funzioni delicatissime, e trasformandosi i pochi *adstantes* dei monumenti di età precedente in una novella potenza, che nella lotta fra conte, vescovo e clero figurerà presto in atteggiamento ben più risoluto: e in tal modo vi accenna all'albore non lontano dell'autonomia comunale. E sovente, per le gravi occupazioni politiche o per le guerre dei signori il processo rimanea interamente affidato a tali giudici, avendosi nelle città toscane rimaste fedeli all'impero esempî di tribunali ove la giustizia veniva amministrata non da podestà feudali, ma da cittadini investiti dell'autorità giudiziaria dall'imperatore. E negli atti di giurisdizione volontaria riguardanti specialmente beni immobili appartenenti a chiese, oltre la presenza del giudice che legalizzava il contratto e davanti al quale si faceva l'atto (e talora senza la presenza di questo) apparisce (giusta la l. 16 di Astolfo), a fine di aumentare la pubblicità dell'atto, la partecipazione (forse avanzo delle attribuzioni delle curie romane e dei curiali, cui già nei secoli VI e VII si erano sostituiti, quale aristocrazia locale, i cittadini notabili per importanza civile e militare, od *honorati* e i proprietarî o *possessores*, apparendo simile aristocrazia anche nelle città longobarde) di *boni homines* (detti anche *nobiliores, nobiles, honorati, idonei*), sia chierici che laici, appartenenti alle classi della cittadinanza intermedie fra il popolo minuto che stava risorgendo e le alte classi feudali che si estinguevano, come liberi proprietarî, piccoli feudatarî, negozianti dotti per pratica e scienza forense, cui anche si deve il rifiorire della vita cittadina. E i medesimi negli affari di chiese e minorenni fungevano da persone di fiducia per istimare i beni e riconoscere se la chiesa o il pupillo fossero avvantaggiati dallo affare, sorvegliavano se l'enfiteuta coltivasse bene, facevano da testimoni nelle cause di possesso, di confini e di stato e nelle donazioni (*collaudatio testium* del diritto longobardo), partecipavano alle inquisizioni ordinate dai giudici, decidevano controversie o come arbitri conciliatori richiesti dalle parti o per incarico del medesimo giudice (istituto di origine romana, se non si vuole fors'anche questo avanzo delle attribuzioni delle curie romane, certo estraneo al diritto longobardo); testimoniavano sulla consuetudine e sul diritto vigente. E talora si vedono esercitare poteri amministrativi, politici e di polizia a nome di tutta la cittadinanza. Ed è da ritenere che di fronte ai diritti dei sovrani e signori e dei loro ufficiali sulle città e, per quanto duro fosse lo stato di dipendenza, si sia sempre mantenuta una certa organizzazione e non sia mai venuta meno nelle città (che non saranno mai state nelle mani dei dominanti quegli inerti strumenti che si sono finora creduti) una certa amministrazione indipendente e tutta cittadina con appositi ufficiali; e che se sull'esistenza di questi e sulle loro incombenze ci è dato conoscere qualcosa solo in modo frammentario, non dovea essere indifferente

E fin dal principio del secolo XI (e in Toscana in genere sotto la supremazia delle margravie Beatrice di Lorena e Matilde, che era oramai ben lontana dal riuscire una dominazione o governo della città, ebbero campo di svilupparsi e rafforzarsi le libertà cittadine) appariscono sovente le città viventi di vita propria muoversi (come in Toscana, specialmente Pisa nelle grandi intraprese marittime) colla massima indipendenza e libertà, intraprendere guerre e conchiudere fra di loro trattati e paci e alleanze (nelle quali in Toscana dovevano prender parte i margravi se volevano conseguire il riconoscimento e usare dell'esercizio dei dritti di supremazia), ampliare il proprio territorio soggiogando i paesi vicini o anche piccoli signorotti indipendenti. Intanto si vedono in quasi tutte le città d'Italia impegnarsi nel sec. XI lotte, spesso sanguinose, delle minori classi sociali contro le maggiorenti. E di solito dapprima dei valvassori o bassa nobiltà feudale contro i vassalli o feudatarî maggiori o capitani che (p. e. in Milano avevano voluto usufruire, insieme al vescovo, in modo esclusivo, dei vantaggi della rivoluzione e del potere strappato dalle mani del conte e in esso riconcentratosi) man mano andavano lasciando le città per ritirarsi nelle proprie terre, insorgendo i primi, stretti in potente congiura, in nome dell'eredità dei loro feudi, forzando a far sua la loro causa l'imperatore Corrado, che, proteggendoli colla celebre costituzione sui feudi contro i grandi, intese accrescere il numero de' suoi partigiani e frenare o abbattere la potenza dei vescovi e dei grandi feudatarî; seguita indi dalla lotta del popolo o della borghesia (sopratutto *cives negotiatores*, mentre gli operaî della campagna e della città erano ancora, nella maggior parte, servi della gleba e delle officine e dovevano ancora aspettare per la loro emancipazione), contro i primi, contro la minore nobiltà feudale. E a tali lotte partecipavano anche necessariamente i signori delle città, costituendosi, sebbene temporaneamente e colla partecipazione di una sola parte della cittadinanza, un governo cittadino che ad ogni modo non potea non indebolire il potere dei dominanti.

E nelle città venute sotto la dominazione de' vescovi la classe dei *boni viri, homines prudentes, laudabilis famae* non tardò a mettersi in opposizione col vescovo, prendere il nome di *cives* in senso stretto, in opposizione ai *milites* e approfittare di ogni occasione per diminuire la potenza episcopale ed accrescere quella della libera cittadinanza, ed indurre il vescovo a lasciare loro privilegi giudiziarî ed altre immunità, diminuzioni o esenzioni di contribuzioni, o assicurare la libertà civile nei matrimonî e nella disposizione delle proprie sostanze e la retta amministrazione della giustizia o ottenere il riconoscimento dell'arimannia, sorgendo in germe gli elementi costitutivi del comune e alternandosi i placiti del vescovo con gli arenghi degli uomini liberi, stringendosi sempre più compatta ed atteggiandosi a partito di governo col mettere innanzi una magistratura ossia una commissione che dovea coadiuvare il vescovo nell'amministrazione della città, raccogliere l'autorità delegata all'avvocato e al vicedomino e avere in modo esclusivo la competenza negli affari esterni. E il vescovo, o stanco di resistere ai cittadini, o per le necessità del momento, o per liberarsi dall'avvocato che la vorava a costituire la sua potenza a danno della chiesa, finiva col cedere e si associava a quella borghesia, quel *populus tam maiorum quam minorum*, che poco a poco, di concessione in concessione, lo spogliò interamente delle pubbliche funzioni, solo lasciandogli talora un'apparenza più o meno larvata di autorità; e traendo a sè, o per patto

o per posteriore riconoscimento (e quasi sempre sotto forma di infeudazione) il governo della città e la scelta delle proprie Autorità e fondando, di solito senza violenti rivoluzioni, il libero Comune; o talora, profittando delle strettezze economiche del vescovo, compravano da lui per danaro le libertà e le istituzioni comunali; o sorse il Comune per accordo col vescovo a danno del conte.

Altrove, nella gran lotta divampata nel sec. XI quasi in ogni città per la riforma della disciplina ecclesiastica, la più parte dei cittadini confusi senza riguardo a classi sociali, si trovò ad un tempo contro il vescovo, il rispetto al quale come signore veniva tolto dalle condanne pontificie delle elezioni simoniache e feudali, e contro l'imperatore la cui potestà era combattuta e scemata dalla resistenza dei pontefici; e cui quindi identità di interessi stringeva insieme nell'opposizione al pontefice, cui aderiva il popolo. E la lotta del popolo contro la stessa nobiltà feudale si continuava (come in Milano) sotto forma di lotta del medesimo terzo stato dei cittadini favorevole alla riforma ecclesiastica (detti in Milano *patani*) (1) contro la nobiltà sostenitrice del clero maggiore. Onde il vescovo fu costretto ad abbandonare il governo della città, e i cittadini lasciati in balìa di sè appresero a governarsi ad amministrarsi da sè stessi. E, quando, al termine della contesa, il vescovo potè ritornare in città, si trovò spogliato della sua autorità secolare e il Comune costituito ed autonomo.

E se le libertà municipali delle città italiane non originarono, di certo progredirono e si stabilirono nel tempo della gran lotta per le investiture fra la Chiesa romana e l'impero germanico. Chè questo, per sollevare i cittadini contro i papi ed i vescovi aderenti alla causa papale, colmò i ribelli di favori. E talora i vescovi, inimicatisi gli imperatori, venivano spogliati di tutta la loro autorità e giurisdizione che dai medesimi imperatori si trasferiva ai cittadini, lasciando talora al vescovo il dominio di alcuni villaggi, o in intero, o in comune colla città che dovea però rispondere di tutti i i servizî verso l'impero. O le città, che non erano riuscite a indurre il vescovo ad affidare loro l'amministrazione, gittatesi al partito ghibellino, fecero spogliare il vescovo e mettere in possesso sè stesse dei poteri municipali. O quelle che avevano ottenuto qualcosa dal vescovo, ne approfittarono per isciogliere qualunque rapporto di dipendenza, chiedendo agli imperatori, cui giuravano fedeltà con omaggio, la conferma degli acquisti giurisdizionali e la investitura delle regalie (talora, per rispetto, unitamente ai vescovi) o della giurisdizione della città ed episcopio; o rendendo inutile l'investitura da parte del vescovo, o credendo a questa aggiungere quella imperiale. Ovvero i vescovi e i legati pontifici, che stringevano le leghe fra le città, si valevano della concessione dei diritti comitali per trarre i Comuni alla parte guelfa e averli contro l'imperatore. E talora passavano con molta facilità, a seconda delle circostanze, dall'imperatore al papa, dal partito guelfo al ghibellino. E dopo il concordato di Worms, non potendo l'impero più elevare alla sede episcopale un uomo suo, i cittadini facevano cadere la scelta su persona favorevole agli ordinamenti municipali, disposta a lasciarsi prendere le regalie e vivere in pace col nascente Comune. E in tal modo, o per violenza, o per usurpazione, o per volere dei vescovi o dell'imperatore, tutta o parte dell'autorità vescovile sulle città passò ai Comuni.

E in Milano la fusione delle tre classi, che avevano sperimentato le proprie forze e la difficoltà di vincersi, cioè il Comune con magistrati col mandato generale di governare la città, rendere giustizia e provvedere agli interessi comuni, non dovea avvenire che solo in mezzo alla lotta per le investiture, cioè dopo il secolo XI e dopo l'elezione di Giordano (1113) e la pacificazione generale degli animi e delle fazioni (verso il 1117). Nè il Comune nacque dalla mescolanza dei ceti, ma dalla prevalenza del popolo, o della borghesia, cominciata con Anselmo di Gius. (1097), che ad esso poi aderì, e continuata con Grossolano, succedutogli nel 1101, e dalla vittoria non in ordinata battaglia e in seguito a nuova guerra civile, ma quasi per la forza del suo peso, per la potenza del suo numero, per la diffusione delle nuove idee del medesimo, che era passato alla parte pontificia, sulla nobiltà feudale rimasta ostinata nella tradizionale politica imperiale.

Anche le città della Toscana avevano partecipato alle lotte per la riforma ecclesiastica (dichiarandosi in Lucca, al contrario che in tutte le altre città della Lombardia e della Toscana, la borghesia col popolo, insieme con gli ecclesiastici simoniaci e concubinari, in favore dell'imperatore e contraria a Gregorio e alla potenza margraviale) e al conflitto per le investiture (parteggiando Pisa e Lucca per l'Impero, Firenze per la Chiesa); venendo poi la divisione de' partiti determinata dagli interessi ecclesiastici e locali cui si era intrecciata la scissura fra la Chiesa e lo Stato.

E per varie vie, durante le lotte fra Matilde ed Arrigo VI, molte città toscane, parteggiando per la Chiesa o l'Impero e venendone perciò efficacemente favorite, iniziarono la propria indipendenza. Dopo la sconfitta data a Matilde nel Mantovano, nel 1081, Arrigo VI fece larghe concessioni a Pisa e a Lucca, dimostratesi a lui amiche, o, piuttosto, riconobbe e confermò le franchigie già esercitate di fatto dalle due città, consentite dalle leggi feudali e dall'ordinamento generale dell'Impero. Nel 1089 non solo garentì a Lucca l'integrità delle mura, ma le concesse facoltà di non permettere ad alcuno di costruire castelli nella città e nel contado per sei miglia intorno e assicurò agli abitanti che non sarebbero costretti a edificare palazzo imperiale; inibiva a qualsiasi giudice longobardo (cioè giudice tedesco della corte imperiale) di tenere giudizio o placito nella città di Lucca e suoi borghi, eccetto che alla presenza dell'imperatore in persona e dei suoi figli e dei cancellieri dell'impero, e annullava *consuetudines etiam perversas a tempore Bonifacii Marchionis duriter impositas* a danno di Lucca. E nel medesimo anno furono a Pisa garentite le antiche consuetudini *quas habent de mari*, si garentì la città da abusive pretese e le si concesse di far decidere per mezzo degli anziani di ogni località l'importo del *fodro* dovuto all'imperatore; e venne dall'imperatore dichiarato che non avrebbe nelle mura o nel territorio di essa (comitato pisano) mandato a far placiti alcun messo imperiale appartenente ad altro contado, escludendo così (cosa importantissima per la città) dall'ammi-

(1) È però da avvertire che in Milano, se forza principale della *patania* era il popolo, ne era però essenzialmente distinta: non era un partito, ma un'associazione, i cui componenti erano vincolati da un giuramento speciale, che si valeva, per combattere gli avversari, del popolo, entrando però a farne parte nobili e popolani; mentre l'avverso partito comprendeva, oltre l'arcivescovo, la massima parte del clero e la nobiltà, anche molti del popolo.

nistrazione della giustizia, le persone estranee e non dipendenti direttamente dal Comune e non obbligate a riconoscere ed applicare strettamente gli statuti e le consuetudini, e, quel che è più, si promise (se non havvi nel diploma interpolazione) *nec Marchionem aliquem in Tuscia mittere sine laudatione hominum duodecim electorum in colloquio facto sonantibus campanis*, cioè nell'assemblea popolare alla quale la cittadinanza veniva chiamata a suon di campana. Se il Comune non era nato, lo vediamo, si può dire, nascere sotto i nostri occhi; e dall'approvazione dell'invio del margravio imperiale passarsi all'assunzione diretta dal governo del margraviato, come si tentò già dopo la morte di Matilde, riuscendovisi però allora solo in parte. Ma Firenze doveva già avere ottenuto da Matilde le prime esenzioni che le aprirono poi la via all'indipendenza, anche prima che Arrigo le concedesse o, meglio, le riconoscesse alla rivale Lucca; quali il privilegio di non dare gastaldi, con funzioni di giudici, non nativi o tolti da altre contee, di non costruire palazzo comitale o porre la contessa la residenza fuori della città, l'uso di una propria misura, la riscossione (oltre a quelle per il re e per il marchese) di imposte per la città.

Morta nel 1115 la contessa Matilde, Arrigo VI mandò in Toscana un suo rappresentante, col titolo di *Marchio, Iudex et Praeses*, ad asssumere in suo nome il governo, ma l'opposizione del papa e l'attitudine delle città, che oramai si ritenevano indipendenti, e il disordine universale mandarono a fascio il margraviato, onde i rappresentanti dell'impero non poterono fare altro che mettersi alla testa della nobiltà feudale del contado e raccogliersi intorno alla medesima per formare un partito germanico e avverso alle città (e nei documenti del tempo i membri di questo partito vengono addirittura appellati *Teutonici*). E, oltre che per la conformazione superficiale della Toscana, anche per le lunghe lotte che dovettero sostenere contro tali signori grandi e piccoli, conti e capitani (*cattani*), le città della Toscana, se acquistarono man mano, non più in nome di Matilde o dell'impero, ma del popolo (come del resto di fatto si potea dire essere stato da un pezzo), vera autonomia e piena personalità e cominciarono a reggersi con consoli di loro libera elezione (precorrendo le altre città Lucca che era stata fino al secolo X la residenza dei margravi di Toscana) tardarono a raggiungere un alto di grado di prosperità e di sviluppo ed emersero più tardi di quelle della Lombardia e meno di queste per le vicende politiche, ma molto di più per la cultura intellettuale, come sopratutto Firenze.

In taluni luoghi dell'Italia settentrionale i vescovi davano mano al popolo contro i signori. E nei luoghi del Genovesato in genere, il Comune si costituì o strappando di mano al signore l'autorità od ottenendone cessione, o comprando le libertà e le istituzioni comunali mediante denaro, od ottenendo gradualmente concessioni fino ad ottenere che il signore non potesse elevare contro di essi nuovi castelli od altri mezzi per tenerli in freno e imporre perfino di non mettere più piede nel castello, e infine trarre a sè, di solito d'accordo col signore o per patti o per posteriore transazione, il governo della città.

A Genova sulla metà del secolo XI (1056) la cittadinanza era giunta a tale potenza da costringere il marchese che in nome dell'imperatore vi teneva la suprema autorità, a riconoscerne e giurarne talune consuetudini. E la compagna, colla formazione della quale si erano tutelati efficacemente i diritti contro il marchese e nella quale si era trovato un presidio contro le frequenti lotte cittadine, estendendosi sempre più venne assorbendo lo Stato, onde prese anche il nome di compagna del Comune, e da essa, a quanto pare, in breve uscì fuori il Comune, del quale tratto a sè il governo, l'affidava ai propri capi o consoli che dal 1° febbraio 1106 *consulatum per istos quatuor annos de communi et de placito tenuerunt* (finchè nel 1122 si cominciarono a nominare consoli ogni anno). Onde venne stabilito che nessuno il quale non consentisse farne parte, potesse venire eletto console o clavario, o essere assunto avvocato nel placito o nominato ad altre cariche; e nel breve della compagna del 1161 (non ancora in quello del 1151) troviamo fatto obbligo a tutti quelli fra i 16 e i 70 anni di entrarvi. Ma la protezione e l'obbligo di vendetta e di giustizia dovettero necessariamente essere estesi a tutti coloro i quali per l'età, il sesso, lo stato sociale non potevano assumere gli obblighi della campagna od esserne considerati membri effettivi, o a quelli che non erano stati chiamati a farne parte (*vocati*) e il cui ingresso non era stimato (*utiles*) assumendosi così colla separazione degli *utiles et vocati* dello statuto del 1143 dai *fideles* ed *habitatores* del *liber jurium* del 958 e la loro costituzione in classe, dal comune di Genova un carattere aristocratico che si andò sempre più accentuando. E pare che una potente aristocrazia cittadina stesse a capo del governo; e la nobiltà cittadina propriamente detta (che a Milano non sorse che dopo il secolo XII dall'unione dei ceti a Comune) era cominciata a sussistere molto prima, stante che l'associazione difensiva dalla quale sorse il comune già fin da' suoi primordi stava sotto la direzione di quella nobiltà, constituita principalmente da coloro che per dovizie, per nascita, per valore ed abilità nella direzione dei pubblici affari si venivano distinguendo sopra gli altri.

Altrove (come a Roma) il Comune nacque dall'insorgere della nobiltà minore (cui forse poterono unirsi i liberi esercenti arti e mestieri e la classe borghese) contro la maggiore.

In molti luoghi (per esempio in Modena) la nobiltà feudale non partecipò alla nuova istituzione del Comune, sorto immediatamente (talora, dietro concessioni imperiali di vari diritti di libertà municipale e franchigie, giungendosi man mano fino alla piena ed assoluta ed alta giurisdizione negai affari civili e criminali), e da un libero ceto di cittadini (*arimanni* o *cives*) e si tenne per lungo tempo raccolta in separata comunanza fuori della società municipale: e solo poco a poco, a misura che la città cresceva a sempre maggior possanza, entrò a far parte del Comune o volontariamente, per godere i vantaggi che la comunanza con essa le presentava, o costrettavi dalla forza.

In qualche luogo minore invece venne il Comune formato esclusivamente dalla nobiltà o dai *milites*, che, strettisi insieme, trassero il potere di mano al signore; apparendovi l'autorità costantemente nelle mani dei nobili legati in alberghi o parentele politiche.

Ma, in generale, si può affermare che il Comune sia stato prodotto dalla ribellione dei vassalli inferiori, mercanti ed artigiani contro l'aristocrazia feudale, o anche di alcune classi sociali contro altre, specialmente del capitale mobiliare contro la ricchezza territoriale.

I Comuni rurali poi risultano dall'emancipazione delle plebi contadinesche dai loro signori che, o non potendo lottare contro le vive forze di esse, o spontaneamente per rimediare alla deficienza di braccia a far fronte ai maggiori bisogni di produzione e profittare dell aumentata richiesta

di prodotti agricoli, dovuta all'incremento della popolazione urbana, cedettero ad esse parte dei diritti, vendettero carte di libertà e riconobbero il Comune rurale amministrato da quelli che prima erano stati servi, facendo crescere all'ombra del loro castello libere istituzioni municipali da loro autorizzate.

18. La prima forma del regolare governo dei Comuni italiani fu, come si è veduto, quella col reggimento dei consoli, che vediamo apparire quasi contemporaneamente in varie delle nostre principali città negli ultimi anni del secolo XI (come quando la vita comunale è già formata e sviluppata e il libero reggimento solidalmente costituito); pur restando la manifestazione più palese dell'autonomia, senza che sia ancora dato determinare con sicurezza dove si ritrovino per la prima volta; e sul problema delle cui origini (uno dei più curiosi della storia del nostro diritto) si affaticano da mezzo secolo storici e giuristi, basandosi su scarsi documenti e non del tutto sicuri e prevalendo perciò le ipotesi sulle prove di fatto.

Respinte oramai le teorie che ritenevano i consoli dei Comuni medievali avanzo d'istituzioni romane (Savigny e Capponi) o li ricollegavano a quelli delle arti, ed ai capi delle corporazioni commerciali (Perrens), o ai pretesi antichi capi del Comune economico (Maurer, Leo Hegel) o con lo scabinato (magistratura esclusivamente giudiziaria e non politica o amministrativa non iscomparsa dopo la istituzione del consolato) e anche quella recente del Kap-Herr (1), il quale avanzò l'ipotesi che in Toscana fossero i consoli delle città (che si ritrovano di buon'ora in luoghi ove predominavano elementi d'industria e di commercio) derivati dall'organamento dei mercanti e dai *consules maritimorum* dell'Italia meridionale (che invero si mostrano alcune diecine di anni più tardi di quelli delle città e, come è stato dimostrato dal Valroger (2), non prima del secolo XIII) appariscono degne di considerazione solo due teorie. Quella sopratutto del Davidson (3), (cui si è di recente accostato anche lo Schiapparelli (4), che li ricollega direttamente coi *boni homines* o *boni viri*, dei quali abbiamo tenuto parola (e che per lui sarebbero stati i magistrati delle vicinie) e ritiene il consolato uscito dalle fila di questi reputando la giurisdizione dei consoli essersi sviluppata dall'esercizio del potere arbitrale e della giurisdizione dei *boni homines*, il cui arbitrato mostrerebbe, fino allo sviluppo della giurisdizione consolare, essersi sostituito sempre più alla sentenza del giudice divenuta sempre più rara. Derivano poi le attribuzioni governative e di sovranità dei consoli dal probabile passaggio della custodia dei comuni interessi di un limitato distretto da tutti i *boni homines* (cui si potrebbero identificare i *nobiles et alii cives* della città di Firenze e i *maiores florentio clerici et laici*), ossia da coloro i quali venivano ad emergere e che avevano in mano il potere, perchè prestavano il servizio militare ed esercitavano tutti i dritti civili, senza riguardo alla nazionalità, professione di legge e condizione individuale), in una delegazione o giunta, i cui membri erano detti consoli, e nelle cui mani venivano a riunirsi gli affari politici, giudiziari ed amministrativi che prima si vedono esercitati più o meno chiaramente dai *boni homines*. E i poteri militari dei consoli si spiegherebbero agevolmente colla considerazione che i *boni homines* formavano nel medesimo tempo la corporazione che aveva l'obbligo della milizia. La differenza fra *boni homines* e consoli sarebbe più apparente che reale, tanto più che l'adozione del nome di *console* potè essere effetto dell'invadente classicismo. Il passaggio poi, sia per concessione sia per usurpazione, della funzione di arbitro in quella di giudice e l'aggiunzione della giurisdizione contenziosa alla volontaria sarebbe da indagarsi per ogni singolo caso; e l'acquisto di tali altri diritti non avrebbe nulla che vedere coll'origine del consolato, ma riguarderebbe piuttosto la quistione dello svolgimento.

Lo Zdekauer indi, a proposito del primo lavoro del Davidson (5), osservò a ragione che rimane da provare per gran parte della giurisdizione volontaria, e specialmente per la tutela, se la competenza giudiziaria dei consoli *ab origine* corrispondesse con quella dei *boni homines;* e che l'arbitrato, il lodo dato dai consoli giuridicamente non è più l'arbitrato de' semplici *boni homines;* questo per la sua natura intrinseca è un atto privato, quello un atto pubblico. E altrove (6) notò che in Pistoia i primi atti, in cui si manifesta l'attività dei Consoli, sono atti di giurisdizione volontaria, e precisamente tali che si riferiscono ai diritti di suprema tutela su chiese, riservati al re.

Il Santini poi (7) da un esame accurato dei documenti degli archivi di Firenze e di altri luoghi della Toscana, concluse che la procedùra arbitrale conservò in ogni tempo il suo spiccato carattere diverso ed opposto a quello della contenziosa e quindi le origini dei tribunali consolari con giurisdizione contenziosa non si possono far derivare dagli atti di giurisdizione volontaria e dalle definizioni fatte *extra placitum*, come lodi, arbitrati, ecc.; essere improbabile che, anche dove (come in Firenze) mancano documenti, le curie consolari siano sorte *ex novo* al tempo del libero governo senza che esistesse prima un qualche istituto somigliante, trovandosi nelle altre città della Toscana, ove pure mancano assolutamente giudicati cittadini prima che compariscano le curie consolari, prove dell'esistenza di tribunali retti da magistrati locali nel periodo proconsolare. L'equivalenza del nome fra i *boni homines*, cittadini cui erano commesse le definizioni arbitrali, e i *boni homines*, cittadini eletti a rappresentare il popolo, ed investiti talvolta di attribuzioni politiche non dissimili da quelle che ritroviamo poi nelle mani dei consoli, dei quali furono perciò i precursori, non permette indurre che si trattasse delle medesime persone e i primi siano stati i precursori dei consoli sedenti in tribunale (essendo state, nel tempo più antico) le denominazioni di *uomini, buoni uomini*, parole generiche, equivalenti alle nostre, personaggi autorevoli e simili, che i consoli appariscono avere attribuzioni esclusivamente politiche, e presiedere i tribunali cittadini *come autorità politica* e quali successori delle antiche autorità margraviali e comitali; e nel documento del 1183 unico addotto dal Davidhson (8)

(1) *Bajulus, Podestà, Consules*, in *Deutsche Zeitschrift f. Geschichtswiss.*, v, 2, 1891.

(2) *Institutions des consuls de mer*, in *Nouv. Revue hystor. du droit*, xv, agosto 1891.

(3) *Entstehung des Consulats*, ecc. in *Deutsche Zeitschrift f. Geschichtswiss.*, vi, 22.

(4) In *Memorie dell'Accademia delle scienze di Torino*, f. II t. XLVI, 1896.

(5) *Orig. del Consolato* trad. in it., in *Arch. storico*, t. IX, 1892.

(6) *Sui frammenti più antichi del constituto di Pistoia* (*Riv. it. per le scienze giuridiche*, vol. XII. 1897, pag. 75 e seg.).

(7) *St. sull'ant. cost. del Com. di Firenze*, in *Arch. storico*, t. XVI, 1895.

(8) *Origini del consolato* (trad. dal tedesco in *Arch. stor. ital.*, tom. IX 1892).

quale esempio di intervento del console come magistrato sedente in tribunale, non è un giudicato, ma una vertenza definita *extra placitum* per lodo dei *provisores* dei giudici della curia, nel quale il console interviene invece quale semplice cittadino testimonio.

Manca di conseguenza ogni indizio del passaggio dalle funzioni arbitrali dei *boni homines* senza carattere ufficiale (e che non sembrano ufficiali permanenti del Comune, ma persone in buona posizione, stimate per vari titoli, e quindi chiamate a prestar l'opera loro ove si richiedevano uomini valenti; classe sociale e non una specie di organismo politico-sociale con vero ufficio pubblico) alla giurisdizione contenziosa dei consoli (1). Nè si può ammettere con fondamento il tramutamento in consoli dei magistrati degli antichi tribunali cittadini, chè dove si ha memoria di simili curie, è provato che gli ufficiali preposti alle medesime continuarono ad esistere anche durante il governo consolare; ed anzi stettero sotto la dipendenza dei consoli, coi quali di conseguenza non si possono confondere. Quando le città riuscirono a sottrarsi del tutto alla giurisdizione margraviale, l'alta giurisdizione, come ogni altra podestà, passò ai Consigli cittadini, che si raccoglievano a suon di campana, presieduti da autorevoli cittadini eletti indistintamente da tutto il popolo, detti anticamente *boni homines* e poi consoli e depositari, quantunque con limitazioni del supremo potere del Comune, la cui approvazione era necessaria per i negozi d'importanza eccezionale.

Spesso i consoli e le curie e in genere tutti gli ufficiali e i Consigli stessi, nei quali risiedeva la sovranità, appariscono quali Balie (termine che genericamente designava una commissione temporanea di boni uomini incaricati di fare un'inchiesta o sbrigare un affare pubblico determinato, riferendone alle assemblee) forma originaria e primitiva in cui si manifesta la vita politica del Comune, divenuta fissa (2).

I consoli (detti talora anche rettori) venivano eletti (generalmente per un anno e con divieto di rielezione per uno o più anni) di solito dalla cittadinanza per elezione indiretta; ma talora gli elettori venivano scelti dai consoli uscenti o designati da persone determinate dallo statuto: salvo l'investitura dell'antico signore laico od ecclesiastico, ove la città al medesimo conservasse una qualche soggezione.

Il numero variava (e nelle medesime città e nello stesso anno) da due a ventuno: talora era in relazione colle divisioni della città per porte, quartieri, sestieri o per parentele politiche. Sovente però uno sembra il principale; e qualche volta, forse in circostanze gravi e difficili, le città appariscono governate da un dittatore, detto Signore della città. Non potevano essere eletti consoli gli ecclesiastici, quelli che avessero vincoli di vassallaggio, contrari al Comune o giuramenti dai quali fossero impediti di esercitare l'ufficio con giustizia e rettitudine.

Nell'assumere l'ufficio prestavano giuramento di tenerlo ad onore di Dio o per utilità della città e governare con giustizia e conforme alle leggi ed agli statuti. E talora il popolo prestava ad essi giuramento: e dovea loro ubbidienza in tutto quanto ordinassero nell'interesse e servizio del Comune.

Spesso quelli usciti di carica agivano insieme con i nuovi. Rendevano pubblico conto della loro gestione. Esercitavano in origine tutto il potere esecutivo e l'autorità spettata al vescovo o al conte, al quale si erano sostituiti; quindi amministravano il pubblico danaro, comandavano l'esercito e giudicavano nelle materie civili e penali. In caso di disparere prevaleva la maggioranza: a parità di voti, rimettevano la decisione a un arbitro. Talora (e sopratutto in Genova, Lucca e Siena) appariscono *consules causarum*, *treguani consules iustitie*, o più frequentemente *consules de placitis* (che pure ebbero talora una certa partecipazione nelle cose di governo e negli atti di carattere pubblico, come rappresentanti del Comune, nella legislazione ed anche nel comando dell'esercito) e conservarono per lungo tempo il carattere di supremo magistrato e anche nell'età potestarile (forse anteriori al consolato della repubblica, conducendo ad esso, piuttosto che derivare, come si è ritenuto, da quello) con funzioni di giurisdizione contenziosa civile, come in Genova, dapprima in determinate cause (ma, dopo avere avuto competenza per l'intero Comune, ricollegandosi alla organizzazione del popolo in compagne, corrispondendo ad ogni compagna una curia con speciali consoli) e indi per tutte le cause civili fra soli cittadini, o (come in Siena) di carattere intermedio fra l'arbitrato e il giudizio civile e terminanti non, come la procedura bannale, con una sentenza o condanna, ma con una definizione o lodo, sia fra *cives* che tra *forenses* e *foretanei* e caratterizzata dalla mancanza del *bannum* (che sta in antitesi del *placitum*, dal quale rimangono escluse in massima le azioni di credito, perchè si conseguono col procedimento bannale e devono finire con una condanna) ed anche insieme ai consoli del Comune o *reipublicae* (come furon detti quelli ai quali spettava il restante dei poteri, non perdendo anche del tutto l'ingerenza nell'amministrazione della giustizia civile) funzioni di giurisdizione volontaria, quali l'*interpositio auctoritatis* e la disposizione sulla validità materiale o formale dei contratti e sopratutto patti dotali e quindi anche (ed eziandio in Siena) sull'autenticazione delle copie di atti notarili e la sorveglianza su tutto ciò che riguardava la tutela dei minori (il che in Siena divenne principale occupazione della loro curia) e la rappresentanza del Comune per i diritti privati di esso. E talora (come a Lucca e Genova) le parti litiganti commettevano loro la decisione delle controversie quali arbitri: e a Genova, in casi straordinarî, i consoli del Comune loro delegavano la propria giurisdizione. Non si può poi stabilire se i tre *consules dominarum* di Siena con competenza nelle azioni di donne e contro donne, si siano staccati dal consolato del placito, o ambo risalgano a origini comuni. E, in contrapposto ai *consules de Comuni* o *reipublicae*, che vennero appellati *maiores*, si dissero *minores* tutti gli altri ufficiali preposti ad altre funzioni o alle corporazioni (consoli del mare, dei mercanti, della milizia, degli stranieri, delle arti, paratici).

Altri ufficiali erano destinati a determinate funzioni giudiziarie o finanziarie (giudici di appello o *cognitores appellationum, provisores, sindaci, cancellarii, vigiles, camerarii*, provveditori della Biccherna, camarlinghi, collettori di dazi, pretori preposti alle misure e alle divisioni, custodi, etc.). Uno dei consoli veniva talora mandato a rendere giustizia nelle terre del distretto.

I consoli venivano assistiti nell'amministrazione della

(1) Cfr. anche, in tal senso, Hegel, *Die Entsteh.* cit., e Cipolla, recens. di Davidhson in *Riv. st. it.*, XV; Salvemini, in *Rev. histor.*, t. 68, 1898.

(2) Cfr. Zdekaner, *Costit. del Com. di Siena del 1262*, Siena 1888.

giustizia dal collegio dei giudici ed avvocati (*causidici*). E negli affari di governo dai medesimi: ai quali, quando si formò in seno alla generale assemblea un popolare Consiglio, si aggiunsero consiglieri in numero vario scelti (per un anno, e talora con divieto di rielezione per un determinato tempo) da alcuni elettori deputati dall'assemblea popolare ed appellati *sapientes* e anche (per l'obbligo di custodire il segreto, o *credentia*, sugli argomenti pei quali venivano interpellati) *credentiarii*, *silentiarii* (onde l'intero Consiglio veniva denominato *Credenza*), o eziandio senatori o buoni uomini; richiesti per tutti gli affari di qualche importanza: come alienazioni di immobili, ordinanze o provvedimenti generali, modificazioni (e talora anche interpretazione) di leggi, disposizione, oltre una certa misura, dei redditi del comune, punizione dei cittadini negli averi e nelle persone, intraprendere guerra, levare eserciti, vietare commercio, mettere imposte, eleggere ambasciatori. Nelle cose di maggiore importanza si interpellavano, insieme ai consiglieri, anche altri ragguardevoli cittadini eletti parimenti nell'assemblea popolare.

Ma i negozi più gravi, dopo il voto del Consiglio, venivano sottoposti all'assemblea dei consociati (nella quale risiedeva la sovranità) del popolo, appellata *colloquio*, *concione*, *arringo*, *parlamento*, *massa*; su cui vedi la voce **Parlamento**.

A rappresentare l'intera cittadinanza talora, in luogo dei consoli, si ricorreva ad uno dei cittadini, o ad un altro determinato ufficiale.

E i Comuni, in principio, non ebbero una costituzione determinata; nessuna legge regolava la forma di governo; d'anno in anno si deliberava il da farsi, e per gli stessi Consigli non erano determinati nè il numero dei componenti nè le attribuzioni. Per esempio, a Siena il Consiglio della Campana decideva ogni anno, quasi assemblea costituente, quali affari dovessero trattarsi direttamente dal Consiglio, quali affari darsi ai magistrati o balìe, sia nella forma di delegazione di potere, sia temporanea per dati affari, sia permanente per taluni affari che venivano a presentarsi continuamente, e pei quali bastava che il Consiglio dettasse negli statuti talune norme direttive (1).

19. Ma i nostri Comuni medievali, anche per il loro carattere di associazione, non erano in quel tempo Stati pienamente sovrani e senza alcuna Autorità superiore o vere repubbliche indipendenti, ma solo autonomi: avendo avuto il moto comunale, fra i suoi principali obietti, quello di fare entrare le associazioni borghesi nei quadri della feudalità, professando sempre di riconoscere la supremazia dell'impero e dovere ubbidienza e fedeltà all'imperatore che non avea rinunziato ai diritti essenziali della sovranità, secondo il concetto di allora, quali i tributi e la suprema giurisdizione. Onde nelle città, la cui signoria non apparteneva nè al vescovo, nè al conte, teneva un proprio rappresentante o legato, che talora dovea anche confermare i consoli eletti dal popolo e dare loro l'investitura dell'ufficio.

Nè in quelle, in cui i poteri esercitati ora dal Comune per mezzo dei propri magistrati erano stati tolti gradatamente al vescovo o al conte, antico depositario dell'autorità imperiale, cessarono completamente i diritti di quelli e specialmente del primo.

Così il vescovo investiva e confermava i funzionari municipali. E talora mantennero i vescovi e spesso accanitamente difesero l'esclusivo esercizio di giurisdizione, o conservarono per lungo tempo vari diritti utili, quali la moneta e, più lungamente ancora, i dazi alle porte della città, sulle rive e porti dei fiumi, sui ponti, sui mercati e in qualche luogo anche parte dei redditi della giurisdizione o le eredità vacanti. O serbarono, e anche in parte, funzioni giudiziali.

Così, o si lasciò alle parti portare i loro piati ad essi o ai giudici cittadini; o si riservarono l'appello, il duello giudiziario, materie di onoraria giurisdizione (come la nomina dei tutori e curatori, autorizzazione, alienazione della sostanza de'pupilli), o le cause maggiori o per dati delitti, o per quelli che portavano una pena di sangue, o per i soli casi gravi e alto tradimento: e in genere le cause matrimoniali, di usura, quelle riguardanti chierici o loro dipendenti (mantenendo la curia o famiglia del vescovo, ossia l'unione delle persone legate a questo con vincolo feudale, per molto tempo la propria consistenza e riscontrandosi in possesso di privilegi per cui si distinguea dal Comune), duelli, apertura di testamenti, o la vigilanza sulle macellerie, forni, molini, mercati, con diritto di tenere placito nei giorni di fiera sulle controversie nate dalla valutazione delle monete. E altrove anche il diritto di approvare le leggi, o almeno di pubblicare quelle fatte dalla cittadinanza; e nominare (fra i proposti dalla cittadinanza) i consoli e indi i podestà, i quali dovevano giurare di essere fedeli, amministrare lealmente in nome del vescovo, rispettare i diritti, non fare leghe nè altri attentati contro il signore. E, per un secolo, nelle diverse città (e anche dove, come, p. e., in Genova, non era mai stato capo politico) si vede concorrere il vescovo insieme coi consoli e col popolo nel governo e nella trattazione dei migliori interessi del luogo (e talora, ad intervalli, anche in seguito); o affidata a quello la giurisdizione nel caso di mancanza de'consoli. Talora fra le due podestà si veniva ad urti violenti (specie nel sec. XIII), lanciando i vescovi la scomunica contro il Comune e durarono le lotte anche nei secoli seguenti.

E nei primi tempi i cittadini, sia nelle convenzioni col vescovo, sia nei diplomi imperiali ad essi, non ottennero che il governo territoriale e le regalie entro le mura: nel comitato lasciarono al vescovo l'esercizio delle funzioni. Ma i consoli non tardarono (spesso dietro ribellioni dei dipendenti dalla Chiesa, talora per accordi o convenzioni coi vescovi che si vollero confermati dal papa o dall'imperatore) ad occupare tutto il comitato, salvo le terre patrimoniali della Chiesa: seguendo poi anche lentamente o parzialmente la perdita della giurisdizione allodiale e feudale della Chiesa.

Avanzi meno notevoli dell'antica autorità mantennero i conti ed altri signori secolari: come principalmente i duelli, la volontaria giurisdizione ed una parte dei redditi; e talora anche giudicarono dei maggiori crimini e tennero i grandi placiti e (anche a mezzo il sec. XII) disputavano coi cittadini sul dritto di eleggere i consoli. Ma indi, poco a poco, o per forza o per danaro e transazione, vennero rinunziando alla cittadinanza gli ultimi loro diritti; e quelli che avevano conservato il titolo di conti della città (titolo che alcuni mantennero ancora per qualche secolo, insieme a parte dei diritti) dovettero abbandonare e questi e la città stessa e ritirarsi ad esercitare i diritti propri della signoria feudale nei loro castelli e consortili delle antiche famiglie comitali ed altri feudatari del contado, a fine di meglio resistere alla

(1) Zdekauer, *Costit. del Com. di Siena*, cit.

città; si univano insieme sotto capi comuni, e talora anche sotto rappresentanti imperiali. Ma le città, divenute più forti, obbligarono il conte e gli altri feudatarî a riconoscere anche colà la propria supremazia, o li spogliarono della loro autorità e giurisdizione (non tollerandone nelle terre del circondario altra fuori della propria), facendosi prestare dagli abitanti di quei luoghi giuramento di fedeltà, e mandandovi, o almeno deputandovi, consoli, podestà ed altri governatori. Così lo Stato cittadino si allargò poco a poco anche sul contado e su tutto l'antico territorio vescovile. E il popolo della città costringeva (talora dietro valida resistenza ed opposizione o per via delle armi) i conti e feudatarî a farsi suoi vassalli e concittadini, fabbricare case in città e abitarvi una parte dell'anno (*giurar l'abitacolo*, come si diceva in Firenze), far guerra col Comune, portare gli altri pubblici pesi e stare in giudizio davanti ai magistrati cittadini: formandosi così talora una nobiltà interna che si trovò più volte in lotta col Comune popolano.

Salito al trono imperiale nel 1152 Federico I, questi, pieno la mente della grandezza della maestà imperiale (e fors'anche accorgendosi che le città italiane, in cui l'impero avea favorito i cittadini contro i vescovi partigiani dei papi nella lotta delle investiture, sperando legarli alla sua causa, non volevano acconciarsi ad alcuna soggezione e, pur riconoscendo l'alto dominio dell'impero, rifiutavano obbedire agli ordini che venivano dalla Germania), discese nel 1154 in Italia coll'intento di richiamare allo Stato gran parte dei diritti goduti dalle città, e principalmente l'elezione dei consoli. E, sottomesse e punite varie città (come Chieri, Tortona, Brescia) che rifiutavano eseguirne gli ordini, e costretta nel 1158 a capitolare Milano, raccolse in quel medesimo anno la dieta a Roncaglia, ove fece compilare dai quattro dottori bolognesi Bulgaro, Martino, Iacopo ed Ugo, e da ventotto deputati delle città italiane, i diritti spettanti all'impero o regalie, nel cui numero vennero posti, oltre le contribuzioni dirette (*arimandiae*), i dazi, il fodro ed altri servigi e diritti utili, anche la potestà di costituire i magistrati che dovevano esercitare la giurisdizione nei Comuni, *potestas constituendorum magistratuum ad justitiam expediendam*: dichiarando l'imperatore di volere riconoscere e mantenere tutte le esenzioni che i popoli avevano conseguito per privilegio dei suoi predecessori, ma non quei diritti che esercitavano con sola giustificazione del tempo o della consuetudine. E procurava intanto far risorgere e ristabilire la decaduta od oppressa autorità signorile e vescovile nelle città e i relativi privilegi, per contrapporla ai Comuni ed ai cittadini, e trarre profitto dalle lotte intestine; e appare altresì (punto che ha ancora bisogno di dilucidazione) che procurasse di far sorgere e contrapporre nuovi piccoli Comuni ai Comuni antichi e possenti.

Son note la resistenza delle città alle pretese imperiali, i feroci castighi inflitti dall'imperatore a Crema ed a Milano, le due leghe delle città della Venezia e di quelle della Lombardia e Romagna, fusesi indi insieme, associandovisi anche le città dell'Emilia; e le vicende della terribile guerra, terminata, dopo la battaglia di Legnano (29 mag. 1176), con la tregua di Venezia (1° agosto 1177) e indi la pace di Costanza (25 giugno 1183). E con quest'ultima, che saldò l'autonomia delle città italiane e il passaggio dell'autorità nei Comuni, dando loro la sanzione del diritto, e legalizzò la nuova forza delle città, venendo messo il feudalismo in balìa dei Comuni, fu convenuto che le città conserverebbero, dentro e fuori le mura, le regalie e le consuetudini che avevano *ab antiquo* nella città e territorio, riguardo alle imposte, fodro, boschi, pascoli, ponti, acque, molini ed altri diritti utili, al diritto di tenere eserciti, fortificazione delle città, alla giurisdizione civile e criminale, conservarsi e riconoscere le leghe e i patti fra le città, e regolare con leggi gli interni rapporti e quelli dei cittadini. Dovevano però riconoscere l'autorità e supremazia dell'imperatore, cui tutti i cittadini dai 15 ai 70 anni erano tenuti a prestare giuramento di fedeltà: prestazione che per quelli che non lo avessero ancor dato, dovea rinnovarsi, dietro richiesta dell'imperatore o del nunzio di lui, ogni decimo anno. E all'imperatore dovea corrispondersi il censo e, quando venisse in Italia, l'antico fodro regale, tenerglisi in buon assetto le strade e i ponti, e ben provveduti del necessario i mercati. Le regalie non concedute alle città dovevano riconoscersi, in ciascuna città e suo territorio, da una Giunta composta del vescovo, di alcuni uomini della città e dell'episcopio, idonei e di buona opinione e senza odio contro la città e l'imperatore. Ma la città potea sottrarsi a tale investigazione pagando all'imperatore un censo di 2000 marchi d'argento all'anno, da potersi dal medesimo diminuire qualora sembrasse enorme. Confermò le concessioni fatte dai suoi predecessori e da lui prima della guerra, prestandosi in corrispettivo i servizî soliti, ma non censo; però annullò i privilegi concessi, in occasione della guerra, in danno delle città, luoghi e persone della lega. Continuavano le città ad eleggere liberamente i consoli, coll'obbligo di sceglierli fra quelli che avessero giurato fedeltà all'imperatore o la giurassero prima di ricevere il consolato. E, riguardo ad essi, l'imperatore avea proposto che quelli che non ricevevano l'investitura dal vescovo, la richiedessero gratuitamente per sè e successori dall'imperatore o nunzi di lui in Lombardia, dovendosi rinnovare ad ogni mutamento di imperatore. Gli italiani invece proponevano che *civitates ab imperatore, qui pro tempore est vel erit, vel ab eius misso in Lombardia pro consulatu vel potestate, semel investituram accipiant pro comuni civitatis*. Venne stabilito che nelle città, in cui non si era conservato tal diritto al vescovo, dovessero i consoli prendere gratuitamente l'investitura ogni cinque anni dall'imperatore in persona; negli altri anni, se egli non si fosse per avventura trovato in Italia, dal rappresentante che teneva nella città o nella provincia. E, appena conclusa la pace, non pochi consoli delle città ricevettero l'investitura dall'imperatore. Era stato dapprima proposto dall'imperatore che si recassero al suo rappresentante in ogni città le appellazioni per cause di oltre 100 lire. I nostri invece volevano che mai si ricorresse in appello a Cesare o al suo vicario. Venne infine riservato all'imperatore, o al rappresentante (che il medesimo era tenuto avere in suo nome per giudicare a tenore delle leggi e consuetudini della città), il giudizio di appello nelle cause eccedenti il valore di 25 lire imperiali, oltre i duelli e le giurisdizioni volontarie. Le città in tal modo, acquistando posizione di liberi ordini imperiali, accanto ai principi, venivano assimilate nel diritto e nel fatto ai grandi vassalli della Corona, senza però prestare i servigî feudali. I consoli venivano sostituiti ai conti, ma, mentre questi rappresentavano il sovrano presso i liberi del comitato, i consoli rappresentavano questi presso l'imperatore.

Ma a parecchi dei diritti riservati rinunziarono in breve sia Federico, sia i successori di lui, per piccola somma o gratuitamente. E, nonostante il riconoscimento della suprema autorità dei Cesari e della presenza dei loro rappre-

sentanti, l'autorità e la giurisdizione delle città si venne man mano allargando, per guisa che i giureconsulti del sec. XIV osservavano spettarne ad esse nel proprio territorio altrettanta quanta ne avea l'imperatore nell'impero. E di tale libertà e condizione vennero a partecipare eziandio le città dell'Italia media e della Toscana. Ivi, dopo rivendicati, probabilmente da Federico I, almeno in diritto, i contadi feudali e le giurisdizioni che i Comuni avevano occupato, non ritenendole valide senza l'approvazione sua, da parziali restituzioni e riconoscimenti dei diritti comunali e giurisdizionali e restituzioni del contado, si venne man mano ad una ricognizione giuridica piena e generale, simile a quella delle città lombarde dopo il patto di Costanza, la cui condizione divenne di diritto pubblico nei municipî italiani.

20. Intanto nelle città durante la lotta col Barbarossa e dopo, per il bisogno di dare maggiore unità e forza al potere e di avere un capo meno accessibile alle influenze delle aderenze e dei partiti o fazioni che si erano venuti di nuovo suscitando (sia tra guelfi e ghibellini che fra la nobiltà, confusa anche per gli ordinamenti militari coi mercanti grossi o borghesia grassa, e la plebe operaia e industriale, la quale pretendeva partecipazione sempre più larga nel governo del Comune che era talora monopolio degli ottimati) ed evitare le gare e lotte pel conseguimento del consolato, o per potere con quell'autorità dominare la parte contraria, si venne man mano sostituendo (non violentemente e quale risultato di una rivoluzione, ma come prodotto di un lento svolgimento terminato solo sulla fine del secolo XIII e reso possibile anche dal fatto che, come abbiamo sopra notato, il Comune non aveva una costituzione determinata e ogni anno si deliberava la forma e l'ordinamento del governo e dell'amministrazione) alla cima del governo cittadino, in luogo dei consoli, un solo individuo, indicato nei primi tempi con una perifrasi o col titolo di *dominus* della città, e indi generalmente con quello di podestà (*potestas*), al quale venne da principio aggiunto quello di *rector*. Dapprima (e talora, come a Siena, fin dopo la metà del secolo XIII), sia a seconda della maggiore o minore tranquillità interna, sia dell'influenza delle famiglie più potenti della città, cui dovea tornare grave vedersi escluse dal governo supremo delle terre, sia fors'anche talora per la difficoltà nell'accordarsi sulle persone da eleggere a consoli o a podestà, si ebbe una frequente alternativa (e anche perfino contemporaneità) fra consoli e podestà, e solo un trentennio dopo la pace di Costanza questi ultimi divennero magistratura ordinaria. Rimasero però sotto del podestà i consoli minori, *justitiae*, del placito, de' mercanti, delle arti, de' *milites* o dei cavalieri e simili; e in qualche luogo (come a Piacenza, Belluno e altrove) eziandio i consoli del Comune, i quali continuavano ad aver parte nel governo e a rappresentare il Comune, e concorrevano col podestà o col suo vicario nel rendere giustizia. Non di rado poi si incontrano, sopratutto quando nessuno dei partiti riusciva ad imporsi ai suoi avversari, più podestà in una medesima terra appartenenti ai differenti partiti; e talora eziandio un solo podestà per più terre.

Essendo in genere scopo della creazione del podestà lo avere un capo estraneo alle fazioni cittadine, non dovea essere cittadino, ma di una terra collocata di solito ad una certa distanza (onde uno scambio vivissimo di vedute fra le città dell'Italia settentrionale e centrale), e che fosse retta dal medesimo partito ed amica e differente da quella dell'immediato predecessore, e nella quale non avesse ufficio persona del paese che lo eleggeva: incontrandosi però talora podestà non forestieri. Gli era vietata la familiarità coi cittadini.

La durata della podesteria andò sempre più diminuendo (di solito sei mesi), salvo però casi eccezionali di podestà nominati per più anni. Il modo di elezione non era sempre determinato dalle leggi, ma veniva fissato di volta in volta, di solito dalla principale rappresentanza della cittadinanza, cioè dal maggior Consiglio, a cui spettava di solito anche l'elezione, che regolarmente avea luogo sui nomi proposti da una Giunta eletta o a sorte o in altro modo, sovente complicato, che talora però eleggeva senz'altro il podestà; scegliendosi in qualche luogo da certi ufficiali o estraendosi addirittura a sorte fra quelli che erano o sembravano eleggibili; o richiedendosi da qualche terra di mandare il migliore cittadino, o rimettendosi la scelta o al sommo pontefice o a qualche signore potente. Era tenuto a giurare al momento dell'accettazione, e, dopo entrato in città, lo statuto del Comune *ad librum clausum*, per non eccettuarne qualche disposizione con restrizioni mentali; e il popolo prestava giuramento di obbedire al podestà (*iuramentum sequimenti*). Assumeva il governo con solennità. Si diceva, come i consoli, per grazia di Dio. Ad evitare poi che si facesse tiranno, oltre la brevità dell'ufficio e l'isolamento in cui venne collocato, la disposizione di non potersi prendere a podestà il suddito di alcun signore, nè il signore di altra città o qualche suo parente, vennero segnati angusti confini al potere di lui e molte cose gli vennero divietate, anche all'infuori dell'esercizio del medesimo. Finito l'ufficio, era soggetto a sindacato per un numero vario di giorni.

Maggiore autorità risiedeva nei Consigli, massime nel generale Parlamento, risiedendo in esso la sovranità del popolo. Ma l'autorità e l'azione di questo, che di diritto era pur sempre il vero depositario del potere del Comune, si era venuta alternando, apparendo poco opportuno trattare gli affari pubblici in un corpo così numeroso, specialmente in tempo di pubblico pericolo e di civili passioni; e non si raccolse che per ricevere comunicazione delle deliberazioni del Consiglio, o per assistere a pubbliche cerimonie, o per dare solennità e ratifica ad atti di grande importanza politica; e infine solo quando dovesse decidersi dell'esistenza politica del Comune, venne devoluta ogni autorità al Consiglio. Ché venne istituita una delegazione del Parlamento o un Consiglio su più larga scala dell'antico per discutere e provvedere sulle materie di spettanza del Parlamento, appellato Consiglio generale, gran Consiglio, Consiglio maggiore, grosso e lungo, o un Consiglio della campana dalla maniera colla quale veniva radunato, e tratto in numero vario a seconda delle città e dei tempi (da 60 a 2400) dai membri dal Parlamento, cioè unicamente fra i capi di casa, cittadini di determinata età, di solito annualmente (talora a vita o ereditario) per vario modo di elezione e distribuendosi equamente fra i vari quartieri o parentele politiche nelle quali era divisa la città, che spesso eleggevano ciascuno i propri consiglieri. E insieme ai detti consiglieri prendevano parte alla trattazione e alle deliberazioni del Consiglio molti magistrati, i capi delle società dei militi e dei mercanti, i membri del collegio dei giudici ed avvocati, i professori (come a Bologna), i cavalieri di corredo (come a Milano), o anche rappresentanti di terre soggette, o altri uomini che godevano la pubblica fiducia.

Generalmente rimase l'antico Consiglio, appellato speciale, minore, segreto e privato, dei scelti, di credenza (nome talora dato anche all'altro, o, come a Bologna, ad un

terzo Consiglio differente dal maggiore o generale, e dal minore o speciale, e nel quale entravano tutti i dottori di legge); o, dal numero dei suoi membri, dei dodici, venti, ventiquattro (Siena), cento, quattrocento, seicento, ecc. I membri di solito erano tratti da quelli del Consiglio maggiore, e spesso sedevano insieme ad essi i consoli delle società, i professori, i giudici.

Venivano i Consigli convocati dal podestà, dietro il parere di certi ufficiali: oltre le tornate ordinarie a tempi fissi. Raffreddatosi l'entusiasmo, si dovettero stabilire pene per i negligenti e premi per i diligenti. Le sedute poco a poco divennero segrete. Con vari provvedimenti veniva tutelata la libertà dei Consigli, delle discussioni e dei voti. Vari erano i metodi di votazione. Gli statuti determinavano quali cose fossero di spettanza dell'uno o dell'altro Consiglio.

In alcune città eravi un terzo consiglio, destinato ad assistere continuamente il podestà nelle sue ordinarie incombenze (Seniori, Anziani, Savi, ecc.).

Non pochi ufficiali erano sotto il podestà: taluni stranieri, condotti dal podestà, altri cittadini o eletti (di solito per brevissimo tempo e con sottoposizione al sindacato e divieto di sostituzione) dal maggior Consiglio, o per iscrutinio, o *ad brevia* e per *apodixas*, o a sorte o per elezione mista di sorte. Nelle città soggette continuava l'ordinamento descritto: ma il podestà e il seguito forestiero di questo venivano mandati dalla città dominante, o anche talora eletti dalla città suddita, scegliendoli però sempre fra i cittadini di quella, o almeno di accordo e giusta l'avviso di quest'ultima.

Nei Comuni rurali troviamo il reggimento consolare anche nel secolo XII. E i consoli (eletti talora dalla popolazione, ma più di frequente dai signori, e al di sopra dei quali stava un rappresentante di questi che esercitava la giurisdizione e riscuoteva le multe e i tributi) vi rendevano giustizia nelle materie civili e penali, tranne i casi di alto criminale: e, tolta l'ubbidienza al signore cui giuravano anche fedeltà al momento di assumere l'ufficio, avevano posizione simile a quella dei consoli della città. E, venuti sotto il dominio delle città, queste continuarono dapprima a tenervi consoli, indi un capo o governatore con titolo di podestà, capitano o vicario, e, nei luoghi forti, di castellano: scelti (di solito per un anno) in genere da essa, e fra i cittadini delle medesime, ma talora anche su proposta della terra cui veniva dato, e con giurisdizione molto ristretta. Ogni terra poi avea un certo numero di ufficiali indigeni, appellati giurati, campari, saltari, scelti dai medesimi abitanti, il Consiglio e il Parlamento, o solo quest'ultimo.

E alla medesima guisa delle terre soggette in patria, cioè con podestà mandati dalla città dominante, Consigli e Parlamenti, erano rette anche le colonie.

21. Esistevano, o meglio duravano nei Comuni, le corporazioni di arti e le associazioni particolari, la cui prosperità e autonomia era stata favorita; che, necessarie per dare ordine e forza alle plebi a fine di proteggere i propri interessi contro la feudalità, erano venute, col progredire dei tempi, crescendo ed allargandosi, e nell'epoca della quale ci occupiamo, avevano acquistato grande svolgimento ed importanza nella vita pubblica. Nè erano ordinati a corporazione solo i mestieranti; ma anche i mercadanti e i banchieri, quelli che professavano le arti liberali, come i maestri, i notai, i medici e perfino i giudici (onde le arti maggiori e le minori). E anche i nobili (*milites*) facevano corpo (*societas, commune*) a sè, con propri consoli che partecipavano al governo del Comune: e talora, disprezzando i diritti degli altri cittadini, dominavano da signori.

22. Come la nobiltà era naturalmente armata, lo vollero essere anche le arti per difendersi dalle soperchierie: costituendosi nelle arti altrettante compagnie armate, che però di solito si tennero distinte dalle corporazioni di arti, formando corpo a sè (come la società della concordia della plebe [*peditum*], detta poscia società delle armi del popolo, di Lucca.

Ottenute le armi, fu agevole alla plebe ottenere parte nel governo. Già alcune delle arti maggiori avevano conseguito, come i nobili, di esservi rappresentate a mezzo dei loro consoli, o almeno dei consoli dei mercanti. Ma le arti minori, tranne rarissime eccezioni, alla fine del secolo XII erano ancora escluse da ogni ingerenza nel Governo: e i ricchi e i potenti abusavano dell'autorità per opprimere il popolo con balzelli e negargli giustizia. Ma, non molto dopo la loro istituzione, le società armate vollero che fosse udita la loro voce nei pubblici affari: indi chiesero lo stesso anche le ultime corporazioni delle arti, e quando fu loro negato dai maggiorenti, lo conseguirono, in modo vario, colla violenza.

Altrove, non potendosi imporre alle classi che avevano in mano il potere, si unirono fra di loro: e, staccandosi dal resto della cittadinanza, costituirono un Comune a sè, che fu detto Comune del popolo, comunanza del popolo, o anche semplicemente comunanza o popolo: quasi Stato dentro lo Stato, con proprio capo, cui fu dato il nome di capitano del popolo, e che, a somiglianza del podestà, dovea essere forestiero, illustre, del partito dominante. Venne eletto prima per un anno e poi per sei mesi (o anche per due); conduceva seco giudici, militi ed altri ufficiali; veniva in città alcuni giorni prima di assumere l'ufficio e vi restava alla fine a sindacato. Più tardi ebbe talora anche il nome di difensore (ed anche abate) del popolo o priore. Era circondato dagli anziani, o buoni uomini o priori o savi, ventiquattro (Siena), sortiti in numero uguale per ciascuna arte o pei singoli quartieri della città, i quali (per estendersi il più possibile la partecipazione al governo) duravano in carica due o tre mesi e talora stavano soli, senza capitano, alla testa del popolo. Indi si venne costituendo un consiglio, e poi due, speciale o di credenza e generale, oltre la radunanza di tutti gli artieri. Ciascuno dei due Comuni trattava da sè i propri affari e avea il suo statuto: negli affari che interessavano tutto lo Stato si dovevano porre di accordo e per restare obbligata l'intera cittadinanza, occorreva l'approvazione da ambo le parti: onde, discussa la cosa dai consigli del popolo (o del capitano) si trasmetteva a quelli del Comune o del podestà o viceversa. Potea però deliberarsi nel Parlamento, il quale era unico, per ambo i Comuni, sotto la presidenza del podestà. La rappresentanza del Comune di fronte all'estero spettava insieme al podestà e al capitano.

Ma talora il Comune del popolo e le sue deliberazioni ebbero il passo sul Comune del podestà e gli statuti del medesimo, come soprattutto a Firenze, quando sulla fine del secolo XIII le arti (dapprima le sole maggiori o popolo grasso; indi, nel secolo XIV, man mano anche le minori e il popolo minuto, tornandosi poi al governo del ceto medio) trassero a sè il governo; ed anche in Siena.

Altrove poi, fusi nuovamente in uno i due Comuni, del popolo e del podestà, questo rimase il capo del governo, circondato però dagli anziani, senza dei quali non potea de-

liberare alcuna cosa, e che tenevano insieme a lui la rappresentanza del Comune; e la cui opinione, in caso di disparere col podestà, era prevalente, mentre quello era tenuto mandarne ad esecuzione le deliberazioni. Ma gli anziani non si scelsero più dappertutto esclusivamente fra gli artieri, ma anche fra le classi più elevate; e scelsero nel proprio seno una deputazione per gli affari giornalieri di minor momento. Per le materie più gravi si riferiva al Consiglio minore; e, dopo la pubblicazione di questo, al maggiore, ma talora prima si interrogavano i capi o gastaldi delle arti, che non di rado intervenivano anche alla discussione nel consiglio degli artigiani e sempre prendevano parte ai Consigli. E questi come anche gli uffici del Comune si componevano di maggiorenti e artieri; e al capitano del popolo, quando lo si eleggeva, si affidò una parte concorrente col podestà nell'amministrazione della giustizia, e d'ordinario il potere punitivo. Però il popolo continuava ad avere i propri Consigli: trattava a parte i suoi particolari interessi, dava le proprie istruzioni agli anziani e poteva chiedere al podestà di radunarli. E in alcuni luoghi continuarono a restare divisi i consigli del popolo e quelli del podestà, e a deliberarsi separatamente delle cose riguardanti l'intera città e in caso di contraddizione fra lo statuto del popolo e quello del podestà prevalevano le disposizioni del primo.

Nè nobili e popolani erano sempre divisione di classi, ma sovente partiti politici, e non di rado uomini nobili capitanavano le parti del popolo.

E spesso, malgrado i gravi dissidî, il sentimento del bene della città facea dimenticare le divisioni, e tutti univa in un comune pensiero.

Talora, come in Perugia sullo scorcio del secolo XV, il capitano del popolo venne creato quale espediente di accentramento, per garentire il pacifico possesso del contado.

23. L'accentramento costante e progressivo della suprema autorità e il restringimento de' poteri nelle mani di pochi coll'esclusione di chi si reputava avversario o emulo e la stanchezza delle lotte cittadine, contro cui erano stati vani i provvedimenti, e anche l'inettitudine del popolo a governarsi, giovò ai casati che miravano a farsi signori del luogo e condusse nel secolo XIII all'accentramento del potere in una sola famiglia e indi in un solo individuo e allo stabilimento di quelle che furon dette tirannidi o signorie: su cui vedi la voce **Signoria**, n. 2.

L'organizzazione della vita cittadina e lo scemare dell'autonomia interna variava da principato a principato e nelle città di un medesimo principato: sia per i diversi poteri conferiti da ciascuna al suo signore, per le diverse condizioni onde gli si era per forza d'armi assoggettata, per il differente modo onde i primi venivano esercitati e le seconde mantenute. Il principe avea nei singoli Comuni uno o più rappresentanti, appellati vicarî generali, governatori, capitani, visconti, rettori, ecc. Per la cura non solo degli interessi locali, ma di quelli particolari del principe e dei pubblici, v'erano molti ufficiali per la giustizia, la polizia, la finanza, la milizia. La carica di podestà è avvilita ed ecclissata da non poche dignità più elevate. I principi, di regola, preso possesso di una città, vi destinavano un podestà di loro gradimento; indi acquistarono definitivamente in grazia del voto popolare o provvedendo a volontà alla carica e talora lasciandola vuota, il diritto di eleggere il podestà, segnandogli i confini della giurisdizione e della durata in ufficio e minacciandolo di disgrazie e di multe se non ubbidiva loro ciecamente.

Il Parlamento, già da lungo tempo scaduto per le tumultuarie intemperanze delle plebi, fu lasciato vivere e qualche volta interrogato, finchè i principi non si sentirono abbastanza saldi e forti per fare a meno dei facili favori della piazza.

Il maggiore e minor Consiglio non iscomparvero, ma si trasformarono in docili strumenti di tirannide.

24. Nelle isole delle lagune adriatiche, governate, come le altre terre minori d'Italia nel secolo VI, da *tribuni*, appellati da Cassiodoro *tribuni maritimorum*, colla potenza e la ricchezza, crebbe gradatamente anche l'indipendenza dall'impero d'oriente, la cui sovranità divenne poco a poco affatto nominale (rendendosi talora perfino omaggio di sudditanza ai principi franchi), finchè nel secolo XI (quando si potè dire anche veramente fondata la potenza marittima di Venezia) venne omesso negli atti pubblici il nome dell'imperatore di Bizanzio. L'autorità era nelle mani del popolo (o meglio delle principali famiglie) che eleggeva i tribuni (o uomini antichi) annali per le singole isole, con funzioni anche giudiziarie; e, per gli affari di comune interesse, si radunava in Eraclea un'assemblea federativa (*Concione*, *Arengo*). Ma, non apparendo tale forma di governo, abbastanza forte e compatta (anche per le gare e contese fra' tribuni) contro le minaccie dei longobardi, sulla fine del secolo VII (697?) ai primi del secolo VIII (712), radunatisi in Eraclea tutti i nobili e plebei, insieme al patriarca, vescovo e clero, fu deliberato accentrare il supremo potere governativo e giudiziario (e indi anche militare) nelle mani di un doge elettivo, i limiti della cui autorità rimasero a lungo incerti: sostituito indi per pochi anni (737-742) per la gelosia delle famiglie tribunizie (o per influenza bizantina) da un maestro dei militi annuale, probabilmente con sola autorità militare. Le singole isole continuarono ad essere governate da tribunî (e indi da giudici) e rettori e talune, per influenza longobarda, da gastaldi. La sede del doge da Eraclea fu trasportata a Malamocco e indi a Rialto. Il doge, negli affari più importanti (specie nelle materie da portare all'assemblea popolare), prendea consiglio dai vescovi ed abati delle isole, ed insieme dai principali cittadini (*primates*, *sapientes*, *consiliatores*, *iudices*). Ma nelle cose più gravi (legislazione, imposte, elezione de' principali magistrati) la suprema autorità risiedeva nella concione di tutto il popolo (*collaudatio populi Venetiarum*, *concio* o *aringum*), che però di solito non faceva che approvare le deliberazioni di chi la presiedeva (cioè del Doge, o, in caso di seggio vacante, del patriarca di Grado) e non era punto un'assemblea popolare sovrana. E in essa appariscono ben presto costituite le tre classi de' *minores*, de' *mediatores* e de' *maiores* i quali assai per tempo cominciarono a procurare di trarre il potere di mano tanto alle altre classi che al doge, frenando e indebolendo l'autorità di questo, anche perchè non degenerasse gradatamente in sovranità assoluta, col vietargli l'associazione di colleghi e porgli accanto (in modo ordinario dal 1032, ma già prima temporaneamente sotto il governo di qualche doge) due tribuni o consiglieri o assessori annuali e (1094) il magistrato de' giudici del Comune o della terra, appellato indi del Palazzo o della corte del Doge (e più tardi del Proprio). Secondo la tradizione e i cronisti, nel 1172 ad opera dei *maiores*, profittando del malcontento del popolo insorto contro il doge per i disastri della spedizione di Costantinopoli, venne istituito (o almeno regolarmente ordinato) un maggior consiglio di 480 (450 o 470 membri) eletti annualmente da dodici elettori (presi

due per sestiere). E forse nel medesimo anno (secondo altri già nel 1032) sarebbe stata resa obbligatoria per il doge la chiamata per consiglio de' più cospicui cittadini (da scegliersi però dal medesimo), appellati, dall'invito che veniva loro fatto, *pregadi* o *rogati*. I tribuni consiglieri vennero da due portati a sei (uno per ciascun sestiere) eletti annualmente dal maggior Consiglio: prendendo col tempo il nome di Consiglio del doge o minor Consiglio, e insieme al capo del Governo, anche quello di Signoria. Ma probabilmente tale nuova costituzione si era venuta formando poco a poco, manifestando per la prima volta nel famoso anno 1172 la solidità oramai raggiunta. Indi il popolo venne spogliato del diritto di eleggere il doge, che spettò ad alcuni individui, scelti dapprima dalla concione popolare, e in seguito dal maggior Consiglio, comunicandosi però sempre (fino al termine della repubblica) la scelta al popolo. Il sistema di elezione in processo di tempo (1268) si modificò e complicò per escludersi l'influenza dei partiti e l'àmbito. Ma la nobiltà volle ridurre sempre nelle proprie mani tutta l'autorità dello Stato e vi riuscì nel corso del secolo XIII: riducendo man mano a nulla il potere del doge, circondandolo di precauzioni e sorveglianze e lasciandogli quasi solo esteriori onoranze.

La Quarantia (detta più tardi del criminale), istituita nel 1179, traendosi verosimilmente dal maggior Consiglio (sotto la presidenza del doge e votandovi anche i sei consiglieri dogali), per portarsi al suo esame tutte le proposizioni da sottoporsi poi alla deliberazione del maggior Consiglio, poco a poco, oltre che giudicare in via di appello da tutti i tribunali del territorio della repubblica, in qualunque specie di cause civili e criminali, divenne la principale magistratura dello Stato, arrogandosi autorità in tutta l'amministrazione e le faccende politiche ed economiche dello Stato ed ingerenza anche nei trattati internazionali, tanto da sospendere talora perfino i decreti del maggior Consiglio. E i tre capi della medesima, che si mutavano ogni due mesi, si unirono (fine del secolo XII o principio del XIII) alla Signoria.

Tolta nel 1230, per decreto del Gran Consiglio, al doge la facoltà di scegliere i Pregadi, il numero di questi venne fissato a 60, da eleggersi ogni anno da quattro elettori nominati a sei per volta dal maggior Consiglio, e poi da questo direttamente, con la forma usata nel nominare gli altri pubblici ufficiali, fra quelli di età non inferiore a 35 anni, che avessero occupato una delle cariche più importanti e (per legge del 1311) fossero membri del maggior Consiglio. In tale corpo (cui venne dato l'appellativo di Senato) furono, sulla fine del secolo XIV, chiamati a sedere eziandio i membri della quarantia: aggiungendosi indi altri 20 membri (la *Zonta*) e poi 40 o 60, poi i più nobili e ragguardevoli. Prendevano parte alle deliberazioni anche il doge e i suoi consiglieri che lo presiedevano, i procuratori di S. Marco, i membri del Consiglio dei dieci ed altre dignità. Al Senato spettava dare l'ultima decisione negli affari ordinari del governo: e inoltre inviare ambasciatori, far guerra e pace, mettere imposte ed amministrare il pubblico denaro. Eleggeva ogni sei mesi i sedici savi, detti anche il collegio, che lo convocavano, ne preparavano gli affari, vi facevano le proposte e costituivano il vero potere esecutivo, e insieme ai dieci della Signoria, formavano il pieno collegio con determinate attribuzioni.

Il Consiglio maggiore, detto anche generale (il numero dei cui membri non rimase costantemente di 480, aggiungendovisi anche, sulla metà del sec. XIII, i pregadi, i magistrati della città e quelli che avevano esercitato cariche fuori), che poco a poco divenne il corpo sovrano della repubblica, venne sostituendo agli elettori estranei elettori scelti nel proprio seno, ponendosi così sicuro fondamento al dominio dell'aristocrazia, sulla fine del sec. XIII venne chiuso affatto ai plebei mercè la serrata del maggior consiglio, operatasi con una serie di leggi (la prima e fondamentale del 1297), affermandosi però e completandosi solo più tardi, quando venne chiuso l'adito all'assemblea sovrana per aver coperto magistrature, e si difficultò apertamente quello per elezione, divenendo così lo appartenere al maggior Consiglio ereditario in un corpo ristretto di famiglie. Rimase però la sovranità nominale nel popolo che avrebbe dovuto esercitarla a mezzo della concione, che, ridottasi a mera forma, venne abolita del tutto nel 1423, eccetto che per accogliere l'annunzio dell'elezione del doge. E nel 1462 al nome di *Comune Venetiarum* si sostituì quello di Signoria. Al primitivo modo di elezione dei membri del maggior Consiglio si sostituì nel 1319 la sorte col costume veneto delle palle d'oro: e due anni dopo si ammisero indistintamente tutti i patrizi che avessero compiuto l'età di 25 anni. Ma la posizione di fatto del maggior Consiglio venne scemando a partire dal sec. XIV: quando, dopo l'istituzione del Consiglio dei Dieci, la somma del governo venne nelle mani di questo e del Senato.

Grande autorità legale avevano i tre avogadori del Comune, i quali si incontrano già nel sec. XII, che, introdotti probabilmente per sostenere le ragioni del fisco nei processi civili e penali, e decidere le cause delle particolari persone contro il Comune e viceversa, divennero giudici delle appellazioni ed acquistarono grande autorità ed importanza eziandio negli affari di governo e potere di sindacato, sì da venire paragonati ai romani tribuni della plebe. Ma si ecclissò col crescere di quella del Consiglio dei Dieci.

L'occasione alla creazione di questo venne offerta dalla congiura di Baiamonte Tiepolo (1310). Istituito dapprima, per soli due mesi, quale una delle solite Giunte straordinarie con larghissimi poteri (quale quello perfino di sospendere o non eseguire gli ordini del maggior Consiglio) allo scopo di perseguitare e punire gli autori della congiura e i loro complici, venne confermato dapprima di due in due mesi, indi successivamente per 5 anni (1312) e per 10 (1317 e 1325), finchè nel 1335 divenne ufficio permanente. I dieci venivano eletti, a pochi per volta, nelle varie adunanze del maggior Consiglio, duravano in carica un anno con divieto di rielezione; sceglievano nel proprio seno tre capi da cambiarsi ogni mese, cui spettava l'iniziativa degli affari, preparare i processi e far eseguire le risoluzioni del Consiglio stesso; e nelle deliberazioni si aggiungeva ad essi il doge e i suoi consiglieri e assisteva un avogadore del Comune per impedire ogni atto contrario alle leggi. Compito precipuo del Consiglio era quello « di conservare la quiete e la libertà dei sudditi (proteggendoli dall'autorità dei prepotenti) e giudicare quei casi che sembravano richiedere particolare autorità e forza ». E l'autorità, col processo del tempo, ne crebbe a segno da arrogarsi di modificare le leggi date dai corpi maggiori dello Stato e ingerirsi in tutti gli affari civili e criminali, interni ed esterni, dirigendo persino le relazioni diplomatiche.

Ad eseguire poi più sicuramente il mandato affidatogli, il Consiglio dei Dieci istituì due inquisitori, detti anche esecutori dei Dieci, che restavano in carica un mese e avevano l'investigazione preliminare o generale dei delitti.

25. Intanto nell'Italia meridionale le città, che, quasi abbandonate a sè stesse, durante le invasioni longobarde, dovettero da sè difendere la propria indipendenza, erano andate scotendo la dominazione imperiale bizantina, solo pagando i tributi che pur talora mancavano; e, rimanendo d'ordinario in istato di dipendenza politica dall'impero bizantino, si vennero dando proprî ordinamenti, finchè senza violenza si distaccarono definitivamente, costituendosi quali Stati a sè. Così si formò anzitutto il ducato di Napoli, dal quale si vennero poi distaccando, nelle lotte contro i longobardi e poi i saraceni, quelli di Gaeta, Amalfi e Sorrento, con capo appellato in Gaeta nel secolo IX *hypatus* (*consul*) e indi *consul et dux*, e, in Amalfi e Sorrento, prefetto.

Altre città insorsero contro l'impero d'oriente e si francarono dalla dominazione del medesimo verso il 1000. Memorabile è sopratutto la insurrezione pugliese e la sollevazione di Bari.

Pare che nei ducati continuassero a vivere le corporazioni di arti e mestieri.

Ad ogni modo non può dubitarsi che, almeno nel sec. XI, si siano avuti nelle varie città dell'Italia meridionale tanto nei paesi già bizantini che ne' longobardi, cresciuta l'autorità popolare, liberi ordinamenti comunali, apparendovi la forma repubblicana consolare assai prima che nell'Italia settentrionale e centrale.

Del rimanente, stante l'ignoranza in cui siamo riguardo alla costituzione comunale meridionale, nulla possiamo affermare di sicuro.

Tra i Comuni dell'Italia meridionale furono notevoli, oltre Gaeta, Amalfi, Sorrento e Napoli, anche Bari, Trani, Barletta e Benevento, dove il Comune nacque da un moto cittadino analogo a quello di Milano, ma anteriormente a questo, cioè dalla reazione dei nobili contro la potenza dei feudatarii maggiori, e indi dei cittadini mediani contro i nobili stessi. Ma, oltre che perchè furono nel secolo XII sottomessi da'sovrani normanni, passeggiero ne fu lo splendore e non poterono arrivare alla grandezza degli altri Comuni italiani, anche perchè vennero rovinati dalla concorrenza de'Pisani, Veneziani e Genovesi.

Capo IV. — Vicende posteriori.

26. Dominazione normanna. — **27.** Dominazione sveva. — **28.** Dominazione angioina. — **29.** Le repubbliche siciliane dopo il Vespro. — 30 e 31. Dominazione aragonese. — **32.** Stato pontificio. — 33. Piemonte e altri principati italiani. — **34.** Fine degli Stati comunali. — 35. Dominazione spagnuola. — 36. Riforme dei secoli XVIII e XIX e riduzione dei Comuni a pure amministrazioni economiche.

26. Nell'Italia meridionale, i normanni si sovrapposero agli antichi signori ed alle città, togliendo loro l'autonomia e la potestà politica; e lasciando solo le antiche consuetudini municipali o concedendo talora nuovi privilegi e franchigie, confermando gli antichi possedimenti e conservando probabilmente l'ordine dell'amministrazione e la forma del reggimento e talora il diritto di coniar moneta o la facoltà di dare i cittadini il loro parere e rifiutare i giudici forestieri non accetti.

E rimonta verosimilmente all'epoca normanna l'antica consuetudine di potere le università eleggere ogni anno giudici, maestri, giurati e altri proprî ufficiali, cui si accenna nei documenti dell'epoca angioina.

Tentarono poi talune, in occasione delle frequenti guerre e rivolture del regno normanno, rivendicare alcuno degli antichi diritti, ed ottenere un reggimento proprio più o meno soggetto alla suprema autorità regia: ma vennero tosto debellate.

Per quanto poi riguarda la Sicilia, apparirebbe che nelle terre abitate insieme da due o più genti diverse, ciascuna costituisse una università abitante il proprio quartiere, con proprî rappresentanti, ritenendo ciascuna gente o portando seco la propria forma di municipio. Il che spiegherebbe il fatto del non vedersi, prima dello scorcio del sec. XII, distintamente apparire il municipio delle primarie città dell'isola: non essendo possibile fra tanti corpi od università, sia mussulmani o israeliti che piccoli consorzî cristiani, immaginare alcuna comunanza di vita municipale, tanto che si avevano (almeno in Palermo) anche speciali ufficiali regî per le singole università: ai quali si sostituirono, col fondersi delle varie popolazioni, magistrati de'quartieri o di parti della città, che continuarono per lungo tempo ad avere in parte reggimento distinto, e giudici e giurati ed altri ufficiali minori in essi eletti e ad essi particolarmente preposti, pur restando ad ognuno la giurisdizione nell'amministrazione di tutta la città, mentre, per il grande numero e il soggiorno separato, riuscivano veri comuni le università (*gemà*) degli israeliti e mussulmani. E solo quando si furono accomunati i cittadini cristiani e fu messo insieme quel grosso di borghesia, il cui municipio prevalse su tutte le università minori, venne a formarsi in tali città il vero municipio.

Nei documenti vengono ricordati ἄρχοντες, anziani (γέροντες), buoni uomini (καλοὶ ἄνθρωποι), che, convocati dai feudatarî o dagli strateghi od altri giudici od ufficiali regî assistono ad atti di donazione nelle cause di proprietà rurali o di confini, agli accertamenti di titoli di proprietà o descrizioni dei limiti di poderi per determinare questi o farne testimonianza, o assistono gli ufficiali dello Stato per la determinazione de'diritti di feudatarî, o secondo il loro avviso il giudice decide le controversie o rappresentano addirittura il comune. Ma nè essi, nè i maestri dei borgesi, ricordati in alcuni documenti, sono da ritenersi veri magistrati o ufficiali esecutivi del Comune con funzioni permanenti.

Ed è di dubbia autenticità, o almeno interpolato, il diploma di Ruggiero del 1129 (che apparirebbe confermato da Guglielmo I nel 1164), ove, fra l'altro, si concederebbe ai messinesi di non potere essere giudicati che da magistrati eletti da loro e i cittadini fossero chiamati a consiglio dallo Stratigoto o da giudici per discutere le pubbliche faccende. Nè ci pare che le parole *officiales reipublicae* premesse nell'Assisa XIX o XXV alle parole della l. 1, C. IX, 28 (da cui son tratte) *iudices qui tempore administrationis*, ci accusino il funzionamento normale del regime municipale e con quest'aggiunta si adatti il vecchio testo romano ad una condizione di cose essenzialmente nuova (1), intendendosi qui per *officiales reipublicae* gli ufficiali dello Stato che non fossero propriamente giudici.

Molta luce sugli ordinamenti municipali dei tempi anche normanni, dà un diploma di Nicosia del 1203. Ivi il diritto di disposizione di proprietà del Comune di una chiesa fondata dal Municipio appare esercitato da *Drusiano et Joseph de Ytalia de regio mandato... una cum coeteris bonis hominibus et universo populo Nicosino* (e non già, come

(1) V. in tal senso Savagnone, in *Circ. giur.*, XXVII, 1897.

afferma l'Amari (1), dai buoni uomini di Nicosia insieme con due commissari del re e con tutto il popolo); e tra i buoni uomini sono sottoscritti due giudici giurati e due baiuli; onde appariscono due ordini di rappresentanze municipali: il Consiglio generale, dove era chiamato tutto il popolo, cioè tutti i borghesi (che ad Amari, secondo noi senza fondamento, sembra privilegio delle colonie lombarde, non credendo egli potere ammettersi nelle altre città, se nol provino nuovi documenti) e i buoni uomini, che pare componessero un Consiglio ristretto, nel quale intervenivano anche i baiuli, ufficiali amministrativi e giudici regi: apparendo la presidenza del Gran Consiglio affidata (forse per provvedimento generale per tutti i corpi municipali ad appositi delegati del principe). Non puossi affermare se i due giudici giurati fossero veramente uffiziali esecutivi del Municipio. Ma, ad ogni modo, la più parte dei Comuni possedevano terre per cui avevano obbligo di corrispondere al fisco una rendita annuale e somministrare marinai alle flotte reali, che dovevano amministrarsi per conto e beneficio del Comune, e la ripartizione della colletta secondo le facoltà degli abitanti, e la cura dell'annona, e la soddisfazione di altri bisogni, e la cura di opere pubbliche, più che al magistrato locale regio, sembrerebbero appartenere alle cure di un Consiglio o corporazione municipale. E se, d'altra parte, nella costituzione normanna non appariscono vestigia di altri magistrati locali che di *vicecomites*, baiuli e stratigoti, di elezione regia o baronale, non appare inverosimile che tali magistrati, istituiti da principio come locali strumenti del potere governativo e regio, tendessero già fin da quest'epoca a mutarsi in uffiziali proprî dei diversi Comuni; e in qualche diploma della fine del sec. XII il baiulo appare di fronte allo stratigoto e delegato del Governo, quale naturale funzionario della cittadinanza borghese e capo municipale del luogo. E in generale può credersi che gli ordinamenti municipali di Federico non fossero che una ratifica del fatto esistente: e che anzi le aspirazioni e le idee fra le popolazioni del regno, fossero procedute per modo da mirare più in là, potrebbe essere attestato dai provvedimenti medesimi con cui (come vedremo) Federico pensava contenerle e reprimerle. E invero già in quest'epoca alcune popolazioni appariscono (anche per le conferme e ricordi di antiche consuetudini, contenute in monumenti dell'epoca angioina) abilitate a concorrere all'elezione dei loro magistrati comunali e deliberare inoltre, nelle adunanze e parlamenti popolari, intorno ad affari d'interesse comune.

27. Federico II lasciò alle città l'uso delle proprie consuetudini, purchè (come già sotto i normanni) non fossero contrarie alle nuove leggi, accordando solo ai Palermitani con diploma del 1233 le consuetudini delle quali avevano goduto al tempo di Guglielmo il Buono, *non obstantibus novis constitutionibus nostris*. Ne riconobbe, o, meglio, confermò la personalità giuridica, disponendo (const. II, 11, *Generalis*) che nelle cause criminali fossero, al pari che nelle civili, rappresentate da un sindaco: non però, per accrescerne i privilegi, ma, come si legge nella stessa costituzione, per togliere le difficoltà provenienti dal non poter convenire o essere convenuta l'intera università.

Volle egli subordinati i Comuni all'autorità sovrana. E vide di mal animo (non solo in Italia, ma in tutta Europa la tendenza delle città a costituirsi a Comune autonomo francandosi dall'autorità imperiale e creandosi propri magistrati. Onde nella const. 1, 50, premettendo che *satis abundeque sufficiant officiales a nostro culmine sub stabiliti ad hoc ut tam in civilibus quam criminalibus causis unusquisque iustitiam valeat invenire*, dichiarò di non riconoscere la consuetudine (che egli appella illecita usurpazione) invalsa in alcune parti del suo regno, di crearsi potestà, consoli e rettori. E ordinò *nec aliquis sibi auctoritate consuetudinis alicuius vel ex collatione populi officium aliquod aut iurisdictionem usurpet* (le quali parole rilevano, come è stato bene notato, l'esistenza da lungo tempo dei municipî e il regolare funzionamento del suffragio popolare); *sed officiales tantum a nostra majestate statutos, vel de mandato nostro scilicet Magistros Iustitiarios, Camerarios, Baiulos et Iudices* (dalle quali parole non crediamo si possa detergere quali e quante fossero le funzioni venute in mano dei municipî, una vera autonomia con larghissimi poteri esecutivi, giudiziarî ed amministrativi), *ubique per regnum volumus esse, et tam iura nostra, quam nostrorum fidelium ministrare*. E contro le università contravvenienti minacciava la perpetua desolazione, la riduzione dei cittadini tutti in perpetuo allo stato di angarî, e contro chi avesse accettato alcuno dei detti ufficî, la pena capitale. Ma tali terribili sanzioni non pare abbiano raggiunto lo scopo desiderato. Se i baiuli e giudici erano quelli che in ciascun luogo appariscono investiti dell'amministrazione pubblica interna, e convocavano il Consiglio pubblico, curavano le rendite pubbliche e conservavano il suggello del Comune, forse in quest'epoca continuò la tendenza dei magistrati governativi o locali a mutarsi in uffiziali comunali. E potrebbero apparire continuazione di quanto avea avuto luogo anche in questo periodo, quanto si è detto nel precedente numero apparire dai documenti dell'epoca angioina (nella quale non furono certamente concesse nuove franchigie) e i ricordi di adunanze o, come allora chiamavansi, parlalamenti popolari, nei quali oltre che eleggersi gli ufficiali del Comune, si deliberava sopra gli statuti.

Morto Federico, sotto Corrado non appare fatta alcuna novità riguardo ai municipî.

Ma nelle lotte fra la Chiesa e Corrado e Manfredi e nei disordini di quest'epoca dovette crescere l'importanza delle municipalità; ed i papi per deprimere il partito ghibellino, si appoggiavano al popolo delle università e procuravano, a mezzo dei loro legati, sollevare i Comuni dell'Italia meridionale contro l'imperatore. Col nome di Comune si appellano Napoli e Capua, che, ribellatesi, avevano forse preso una forma più stabile di reggimento, come anche Foggia ed altre città. Alle deputazioni delle città del regno promettevano i pontefici l'osservanza delle franchigie e privilegi e l'assicurazione di concederne altre. E nel giugno 1251 il papa rilasciava ai Napoletani un diploma nel quale concedeva *omnem libertatem in assumendis potestatibus et statutis edendis aliis, quam fideles nostri de Patrimonio b. Petri habere noscuntur*. E narra Saba Malaspina nella sua Cronaca (*ad h. a.*) che gli abitanti di Foggia, morto Federico, *constituerant sibi consiliarios in civitate praesidentès, et formam judiciorum solitam transmutantes non jam apud praesidem a principe constitutum, vel apud eius baiulum, ex more ordinatum, criminales aut civiles querimonias causasque tractabant, sed apud praedictos consiliarios noviter creatos petendam sibi exequen-*

(1) *St. dei Mussulm.*, l. v, c. 10.

damque iustitiam decernebant; però, *praetendentes alias fidem et obedientiam regiam, et se ad novitatem illam processisse, salva fidelitate regia asserebant.* Altre città si dell'Italia meridionale che della Sicilia si ressero addirittura a forma repubblicana; e, gridato il Comune sotto l'apparenza della protezione ed alta sovranità della sede apostolica, sull'esempio delle città della Toscana e della Lombardia vi costituirono il podestà. E si vedono lettere di papi indirizzate *Potestati, Consilio et Comuni.* E nel corso di due anni le città, terre e castelli si consolidarono e fortificarono con reciproche alleanze e patti quasi a guisa di confederazione, e si armarono e fecero spedizioni ed occupazioni per proprio conto. Sottomesse da Manfredi, tornarono le città allo stato, quale al tempo di Federico II: e pochi anni appresso quelle repubbliche venivano dal cronista Barlolomeo di Neocastro (*ad h. a.*) appellate repubbliche di vanità.

28. Sotto la dominazione angioina lo sviluppo del reggimento comunale venne ostacolato sia dal potere regio, sia (e fors'anche più) dalla baronia che cominciava ad ingerirsi perfino nelle elezioni degli ufficiali delle terre feudali: e ben poca appare la vita municipale. Conservarono le università le facoltà che appariscono avere avuto per lunga consuetudine, di eleggere i giudici, maestri giurati ed altri ufficiali pel bene della comunanza. L'elezione dei giudici (il cui ufficio non si limitava alla sottoscrizione degli strumenti, ma avevano anche funzioni puramente amministrative, si soleva ordinare dai giustizieri delle provincie alle università nel mese di settembre, principio dell'indizione e dell'anno accademico): dopo l'elezione i giudici soddisfacevano alla Corte un certo diritto, ed ottenevano lettere regie di conferma. E da moltissimi diplomi appare come ogni anno, insieme ai giudici, si eleggessero i maestri giurati, sorta di ufficiali soprattutto di polizia, aboliti da Carlo di Angiò (1272) nelle terre demaniali, concedendone le attribuzioni ai baglivi e vietando l'uso invalso di vendersi detto uffizio (o meglio darsi in fitto a subasta) unitamente alla bagliva, ordinò che l'elezione dovesse farsi, e liberamente, dalle università, concedendosi l'ufficio gratuitamente. Anche in Sicilia, sotto la dominazione angioina, abbiamo positivi attestati di adunanze o parlamenti popolari, nei quali si deliberava sopra gli statuti o si eleggevano gli ufficiali del Comune o i commissari per l'estimo e *apprecio* (ruoli delle collette). Nei registri di Carlo I si riscontrano frequenti ordini alle università di nominare ufficiali dei Comuni *voto omnium,* salvo l'approvazione regia. E un provvedimento generale venne nel 1278: ordinandosi ai giustizieri di curare che le università delle città e terre demaniali eleggessero dei giudici che fossero sufficienti, idonei, fedeli e giurisperiti, *si poterunt inveniri in numero consueto* da approvarsi dal re e che dovevano pagare la consueta somma per la lettera di riconoscimento e prestare giuramento di fedeltà e quelli delle feudali *de comuni voto omnium* dei mastri giurati che fossero buoni, sufficienti, idonei e fedeli, vietando la conferma di quelli che fossero stati in carica nell'anno precedente. E nel 1270 Carlo d'Angiò aveva confermato all'università di Palermo la facoltà di eleggere i maestri di piazza ossia acatapani (ufficiali preposti all'annona e alle misure), i maestri Xurteri (soprintendenti alla sicurezza notturna), di merco ed altri minori ufficiali *prout hactenus exstitit consuetum.* E nei documenti dell'archivio di Aragona del tempo di re Pietro d'Aragona del 1282-83 apparisce elezione fatta dalle università salvo conferma regia, *prout hactenus fieri consuevit,* per i giudici, catapani, maestri di xurta ed altri ufficiali soliti da eleggersi (mentre elezione regia per i giustizieri e stratigoto di Messina e loro giudici e notai degli atti, notaio degli atti di baiulazione, maestri del merco, la cui nomina viene comunicata alle Università).

Non si può affermare che nel Napoletano col tempo andassero variando le attribuzioni dei giudici; e novità vi apportò anche Giovanna I, quale risulterebbe da un diploma del 1347 1348 con cui questa ordina ai giustizieri di fare eleggere nelle terre di suo demanio i giudici e i maestri giurati: apparendovi le medesime disposizioni circa la elezione, conferma e i requisiti che nel ricordato provvedimento di Carlo I del 1278: nè appare una novità l'ufficio di intervenire nei contratti. Si dispone però, che, nonostante la contraria consuetudine e la disposizione delle *Constitutiones*, un solo giudice intervenga nelle cause, due di essi, *una cum baiulis civiles causas examinent et decidant,* da assegnarsi, in caso di dissenso o altro ostacolo nell'elezione, dal giustiziere.

Molto difficile riesce determinare i limiti delle attribuzioni e della giurisdizione dei giurati, ben differente da quella dei maestri giurati: nè appariscono in tutte le università. Grandissima influenza esercitò in seguito sulle università il capitano, ufficiale posto nelle terre (ma dapprima non in tutte) per il re e per il barone e per il reggimento e la custodia delle medesime e l'esercizio dapprima della giurisdizione civile, e indi anche della criminale (uffizio civile da non confondersi con quello militare del castellano): facendo venir meno l'autorità baiulare e riducendola a giudicare quasi solo dei danni campestri. Col tempo la giurisdizione baiulare venne talora concessa alle università, e sovente per la Corte del baiulo si creavano due giudici annuali, l'uno scelto dal capitano e l'altro dall'università. In alcune terre il baiulo non giudicò più neppure dei furti campestri, ma si limitò a fare atti di esecuzione, incarcerazione, diffusione di bandi, ecc. Nel principio del secolo XV, sebbene i baglivi fossero eletti dalle università, ne era riservata al re l'approvazione e la conferma; anzi talora si nominavano a vita.

Intanto era venuta crescendo di numero e di potere la baronia: cominciarono sotto Giovanni le concessioni ai feudatari dell'ufficio di capitano delle proprie terre *cum plena meri mixtique imperii et gladii potestate*, finchè nel secolo XV invalse l'uso di vendere i feudi e dare in pegno le città a chi prestava denari alla regia corte. E le città e terre spesso si sollevarono contro l'arroganza baronale.

E nei documenti dei tempi angioini si hanno chiare prove delle divisioni delle varie classi della cittadinanza nelle singole università, che si trovavano a fronte delle radunanze dei Parlamenti municipali per i bisogni delle terre: sopratutto per il riparto e contribuzione delle collette e tassazioni. E in alcuni luoghi i popolani provvedevano a bisogni speciali con denaro proprio, quasi formassero una comunità speciale e popolana, un corpo cittadino a parte. Tali divisioni produssero nelle città rancori, odî, ribellioni e guerre civili che non furono del tutto estranee agli avvenimenti politici. E varî provvedimenti si presero, per togliere le rivalità e le dissenzioni (per cui talora si erano perfino costituite in una stessa terra università distinte), riguardo alle elezioni degli ufficiali e all'amministrazione della città, procurandosi di dare uguale partecipazione e diritti alle varie classi: riscontrandosi talora già le medesime disposizioni che negli statuti posteriori di Ferrante I.

Il maggiore moto e vita municipale si incontra in questo

periodo nelle città demaniali dell'Abruzzo, a talune delle quali i re di Napoli non dubitarono di dare il titolo di Comune. Ma, fra tutti, il Comune che presenta usi e reggimento più conforme a quelli delle città dell'Italia di mezzo e della Lombardia, è Aquila: ove erano consoli delle arti, e divisione della città in quartieri con propri gonfaloni: e frequenti furono i mutamenti nel reggimento della città. Ed anche Atri si avvicinava alla costituzione fiorentina col massaro o podestà, il capitano, i giudici che attingevano tutti la loro autorità dall'assemblea comunale.

29. La Sicilia nel tempo scorso dalla rivoluzione del Vespro (31 marzo 1282) allo scorcio dell'agosto, quando fu proclamato re Pier d'Aragona, si resse a Comune o a governo popolare o repubblica federale sotto la protezione della Chiesa romana e l'egemonia di Palermo: creandosi nelle varie città e terre (pare anche in quelle soggette ai baroni) capitani del popolo o rettori assistiti da consiglieri, trascelti nella cittadinanza e nella nobiltà minore e, come si esprimono i nomisti dell'epoca, *eorumque dominatum Communitatem appellant*.

30. Dei primi tempi di re Pietro di Aragona e per tutto il regno del suo figliuolo Federico, niun affare d'importanza appare essersi trattato, nè esservi stata alcuna solenne assemblea senza l'intervento dei sindaci, ossia dei deputati del corpo dei borgesi della più parte delle popolazioni dell'isola, e talora questi solo erano chiamati a consiglio: sia perchè dopo la guerra del Vespro la nazione avea acquistato nuova forza e rappresentanza maggiore, sia perchè i principi aragonesi volevano contrapporre i corpi municipali ai feudatari. E per tal motivo si mostrarono favorevoli all'autonomia municipale: e non solo confermarono gli antichi, ma arricchirono di nuovi privilegi le principali città. Però, secondo taluni, subito dopo la venuta di Pietro d'Aragona, i Comuni siciliani sarebbero ritornati quali sotto Federico II, cioè (giusta l'opinione del medesimo) nello stato di informe corporazione senza propri magistrati eletti dal popolo e forniti di giurisdizione o di ufficio riguardante direttamente il governo o l'amministrazione del comune. E solo Federico II l'Aragonese sarebbe venuto a stabilire un governo propriamente municipale in ogni popolazione. Ma si è già mostrato come già prima e dopo del Vespro e della venuta degli Aragonesi si abbiano attestati di adunanze popolari per l'elezione degli ufficiali del comune, e in ispecie dei giudici che certo già nell'epoca angioina e al tempo di re Pietro costituivano coi baiuli la magistratura municipale e minori ufficiali di annona e sicurezza, ecc.; e vediamo durare con Federico III la conferma regia. Potrebbe però essere opera di Federico II l'avere fatto dei governi municipali locali altrettanti corpi di borgesi separati e distinti sì dai nobili che dai magistrati: vietando espressamente per legge (1296) ai nobili ogni ingerenza nei Comuni demaniali e ammettendo alle deliberazioni e Consigli di quelle università e agli uffici tutti municipali i soli borgesi. E altresì l'avere attribuito ai giurati (di cui fu accresciuto il numero proporzionatamente alla popolazione dei vari luoghi) incarichi e cure propriamente municipali e riguardanti direttamente gli interessi, il governo e l'amministrazione del Comune: facendo del baiulo (cui venne tolta la riscossione ed amministrazione delle gabelle, che venne affidata ai segreti, vicesegreti e maestri giurati), giudici e giurati un'unica corporazione municipale la quale rappresentasse ciascuna università. E le lettere dirette alla popolazione, invece che come prima al baiulo, si vedono indirizzate al baiulo, giudici e giurati: e questi (talora nelle deliberazioni più gravi anche insieme ad altri principali del luogo appellati volgarmente consiglieri) si vedono trattare e conchiudere in comune gli atti e le deliberazioni del Consiglio e gli stabilimenti municipali, spettando più specialmente ai giurati (pel cui ufficio vennero emanati capitoli generali o speciali per date città, e sotto la cui immediata dipendenza, per l'annona pubblica e la cura della vettovaglia e dei pesi e misure vennero posti ufficiali subalterni appellati acatapani o maestri di piazza (in numero vario secondo i luoghi), dei quali si ha già memoria per l'epoca sveva e angioina e il regno di Pietro d'Aragona) l'amministrazione civile ed economica; ai giudici (la cui competenza nel secolo XIV era molto estesa, e spesso usurpavano quella o il potere dei giurati e si intromettevano in affari riguardanti l'ufficio di questi) l'amministrazione giudiziaria e l'esecuzione degli atti dei giurati; e al baiulo (al quale talora, per innalzare il Comune a maggiore dignità e renderne più onorato l'ufficio, venne dato altro titolo più specioso: come quello di pretore per Palermo, ufficialmente riconosciuto da Federico II nel 1311, ma in uso anche prima e, già nel 1233; di patrizio per Catania; di senatore per Siracusa; mentre in Messina non figurava da capo del Comune altri che lo stratigoto) la giurisdizione civile e l'imperio ed autorità di magistrato: venendo posto a capo dei due corpi municipali anzidetti, l'uno più specialmente amministrativo (i giurati) e l'altro più specialmente giudiziario (i giudici); e spesso vietandosi che l'uno ufficio (baiulo, giudici, giurati) si occupasse degli uffici e degli incarichi pertinenti più specialmente all'altro. Talora (come in Palermo) la rappresentanza giudiziaria del Comune e la protezione della città e dei singoli cittadini, contro gli ufficiali e potenti e varie incombenze di polizia urbana e vigilanza dell'edilizia, nettezza ed igiene pubblica, in luogo che ai giurati, si vedono affidate a speciali ufficiali, appellati difensori, attori e più specialmente sindaci. Vennero conservati i notari per gli atti e stabiliti o conservati altri minori ufficiali. La elezione del baiulo, giudici, giurati, acatapani, notari delle corti, ecc., dovea farsi ogni anno nel mese di agosto, con divieto di rielezione per tre anni ed esclusione dei non cittadini e dei baroni e militi cui era perfino inibito di intervenire alla elezione, ove non fossero espressamente delegati come commissari del sovrano. Non davasi il voto personalmente da ciascun cittadino, ma da determinati elettori che componevano il consiglio pubblico, cioè gli anziani, i mercadanti, i buoni cittadini, i capi delle arti e dei mestieri, unitamente agli ufficiali che uscivano di carica. Il modo di elezione consisteva in uno scrutinio ed imbussolamento ed estrazione di alcune cedole o polizze, detto volgarmente *a modo di scarfie*. Nei luoghi demaniali spesso il principe deputava persona (detta talora *commissarius curiae*) per presiedere all'elezione. E al sovrano venivano, dopo l'elezione, notificati i nomi degli eletti, cui egli confermava ed autorizzava; ma di solito non rigettava giammai alcuno di quelli che fossero stati eletti legalmente. Nel medesimo modo pare si procedesse all'elezione degli ufficiali municipali nelle baronie: salvo che gli eletti, invece che dal Governo centrale, venivano autorizzati dal barone. Ma talora, anche in quest'epoca, i signori se ne attribuirono la scelta su di una nota, o addirittura l'elezione.

Ma nelle università demaniali, nonostante i divieti, i nobili vennero acquistando tanta potenza nelle città da essere invitati e chiamati nei Consigli pubblici dagli stessi

ufficiali dell'università: conseguendone spesso dissensioni e perturbamenti per l'urto degli interessi rispettivi del popolo e dei nobili. E Federico II, per la maggiore tranquillità e buon governo della città, aveva prescritto per Palermo che ogni anno si eleggessero quattro militi quali coadiutori, negli affari ardui, ai giurati. Ma nel 1311, essendosi avuto esito contrario, specie nelle elezioni degli ufficiali di quell'anno, venne tale disposizione soppressa. E nel 1321 re Federico nuovamente inculcò, specialmente per Palermo, l'esclusione dei militi dai negozî e Consiglî dell'università, ordinando farne ingiunzione personale a ciascuno di essi. Siccome però i militi, pur apparentemente astenendosene, non tralasciavano di procurarvisi superiore ingerenza a mezzo dei borghesi da loro dipendenti, re Pietro nel 1339 vietò che non solo alcun milite, ma neppure alcun *burgensis cuiuscumque conditionis et gradus habens robbam a comitibus, militibus vel baronibus* avesse alcun ufficio nella città. Ma, nonostante tali disposizioni, i grandi, sotto i successivi deboli sovrani, signoreggiarono con piena autorità le città tutte, sopratutto le principali. E, quando, dopo la morte del duca Giovanni, l'isola restò di fatto divisa in separati ed ineguali governi quasi sovrani ed indipendenti, i baroni si divisero i governi delle città e terre demaniali, sia occupandoli a forza con aperta ribellione al sovrano, sia serbando l'apparenza di averle in governo per libera commissione del principe coll'ufficio delle capitanie e guerre (capitanie guerre) *cognicione causarum criminalium* (talora senza appello alla Magna Curia), per un anno, a vita o *usque ad nostrum beneplacitum*, spesso *cum auctoritate substituendi aliquem loco sui*, cui aggregavasi espressamente l'ufficio della castellania del luogo. E nell'interregno si vedono i grandi tramandare il governo delle città demaniali ai loro figli e successori, disponendone come di un patrimonio ereditario; e prendendo questi governi, o, come allora dicevasi, *rettorie*, da ufficî che erano quasi la sembianza ed indole di signorie. Erano andate in disuso le disposizioni circa l'esclusione dei nobili dagli ufficî e Consiglî municipali delle città e terre del demanio: e vi avevano i nobili usurpato l'elezione degli ufficiali, facendovi cessare la forma dello squittinio, nè mai richiedendosi la conferma sovrana. E, quando re Martino volle ricomporre le cose pubbliche già disordinate e reintegrò nel loro ufficio i rispettivi baiuli, talora senza che precedesse alcun pubblico consiglio, eleggeva egli direttamente gli ufficiali locali. Ma le popolazioni bramavano vedere ristabilito l'antico e legale sistema di elezione: e fu accordato in seguito alla petizione del parlamento di Catania del 1397: ordinandosi altresì l'elezione annuale di un numero di consiglieri pari a quello dei giurati; e riservando il Sovrano a sè la nomina del pretore di Palermo, come anche dello stratigoto di Messina, finchè nel 1406 si riconfermò l'antico privilegio. Ma pare che, anche dopo i detti Parlamenti, non siasi ancora dappertutto, nè uniformemente, nè stabilmente e secondo la sua primiera costituzione, ristabilito il sistema delle elezioni. Onde analoghe domande ripeterono replicatamente alcuni dei Comuni demaniali nei capitoli che separatamente e in vario tempo presentarono a Martino, anche per conferme di antiche consuetudini e prerogative e reintegra al demanio con abolizione delle nuove angherie e gabelle introdotte dai baroni e promessa che la città o terra non sarebbe per l'avvenire più data in feudo. Non appare che allo squittinio assistesse più un commissario regio, o che almeno ciò avvenisse sempre, chè solo nel 1420 Alfonso accoglieva la supplica dei Messinesi per il ristabilimento, anche per questo, dell'antico sistema. Ma è indubitato che si ottenesse la regia approvazione. E talora venivano eletti direttamente dalla Corte taluni che o non erano stati notati nello scrutinio, o vi erano stati aggiunti dopo di quelli scritti ed eletti nel modo consueto: del che le città si vedono in varî tempi (e anche sotto il regno di Alfonso) muovere lagno al sovrano. E, più non osservandosi gli antichi divieti, pare che sotto il regno di Martino sieno stati, se non per legge, almeno per tolleranza, ammessi indistintamente agli ufficî municipali, i nobili e i borgesi: e i nobili da allora procurarono sempre occupare essi soli gli ufficî, e nell'ordine dei militi si vedono scelti d'ordinario i capi dei comuni.

Ma, quasi che niuna riforma fosse stata fatta da Martino per ristabilire le forme dei corpi municipali, si applicò Alfonso a riordinare lo stato dei Comuni siciliani, prescrivendo l'esatta osservanza dei capitoli di re Federico intorno ai giurati, e fissando, per norma di questi precisi regolamenti.

Intanto in molti luoghi gli ufficiali municipali venivano eletti direttamente dal Governo. E dagli atti dei Parlamenti appare che gli ufficî annali delle città e terre demaniali, soliti conferirsi previo lo squittinio, erano divenuti perpetui, ovvero non si teneva alcun conto dello squittinio; eleggendo il vicerè chi a lui piacesse. E sovente le città chiedevano (talora ottenendolo almeno in parte) il ristabilimento dell'antico sistema, che di solito non avesse non breve durata. Che le adunanze erano divenute torbide e tumultuose e venivano i Comuni agitati da fazioni e partiti e gare fra nobili e popolani, sopratutto in occasione delle elezioni degli ufficiali: onde era mestieri sospendere il sistema nello squittinio e del bossolo, richiamando il Governo direttamente a sè tutte le elezioni.

31. Nel Napoletano durante il secolo tempestoso da Roberto ad Alfonso I, i baroni occuparono e tennero in loro balìa perfino le terre e castella del demanio regio. E sulla fine del secolo XIV, al tempo della lotta fra Angioini e Durazzeschi, la città di Napoli cominciò ad arrogarsi un diritto di preminenza su tutto il regno, sollevandosi, in più occasioni, a grande autorità, quasi parte del supremo potere regio; e giungendo a rappresentare nei futuri Parlamenti tutte le università del regno (altra causa questa di decadenza dei Comuni del Napoletano). Alfonso e i successori di lui non rispettarono i privilegi e le franchigie delle città; accrebbero invece la potenza baronale ed aggravarono le università.

Con Ferrante I di Aragona il diritto municipale delle città e terre del Napoletano entrò in un novello periodo. Si era spesso mutato l'ordine del reggimento municipale nelle città in cui dominavano i ceti privilegiati soli ammessi al reggimento, secondo l'antico uso: e frequenti erano i turbamenti ed i rumori fra i nobili e i popolani: sotto la cui denominazione sono sempre da intendere, secondo l'interpretazione di re Roberto, i migliori del popolo, i più ricchi e i grossi mercatanti. A mostrare le condizioni del governo municipale dopo il 1450, valgono le ordinazioni fatte dal duca di Calabria per il reggimento di Catanzaro: nelle quali è concesso a tutti i cittadini dei due ceti l'intervento ai Parlamenti; e si eleggevano i consigli popolani in egual numero dalle tre parrocchie e 10 nobili. Il Consiglio (nel quale era quindi preponderanza democratica) nominava i sindaci e gli altri ufficiali; che venivano approvati dal re. Potea riunirsi a piacere, dandone però avviso all'ufficiale che in nome del re reggeva la città. L'autorità regia non inter-

veniva nelle bisogne dell'università se non in fine dell'anno: quando uscivano dall'ufficio i sindaci e rendevano conto della loro amministrazione ai sindaci nuovi, presente il razionale che la regia corte deputava a tal uopo per le città demaniali. E in genere nelle città del regno sulla fine del secolo XV, vi era un Consiglio di numero vario di membri (spesso con preponderanza di parte popolare): scelti di solito ogni anno o ad ogni triennio da speciali elettori (ufficiali in carica ed altri dei varî ceti): eletti con cedole o in altro modo, per un anno o per un mese.

In nessuno degli statuti municipali di Ferrante I, a noi pervenuti, si nota preponderanza di gente patrizia nell'amministrazione delle città. Però il Consiglio non era scelto dal generale Parlamento, ma questo eleggeva, secondo l'antico uso, un certo numero di persone, alle quali era data facoltà di compiere il numero dei consiglieri.

Le leggi municipali di Ferrante I, nella parte più importante ed uniforme, disponevano sopratutto che nelle elezioni è da aversi riguardo ai meriti; i consiglieri prestano al capitano giuramento di adempiere fedelmente al loro dovere; il Consiglio si raduna a suon di campana, con licenza del capitano, che non deve accordarla, se non per cause giuste e di non lieve momento, e lo presiede, e dirime la questione nei casi di parità di voti; i sindaci ed eletti provvedono a tutte le bisogne della città, per le quali non è uopo dell'avviso del Consiglio, o che sono state ordinate dal Consiglio, senza il cui consenso non si può spendere più di una data quantità di pubblico denaro; il Consiglio delibera su tutte le cose di maggior argomento, imposte, spese e simili, ed elegge gli ufficiali della città, mastri giurati, erarî, mastri del mercato, notai o cancellieri; chi è stato in ufficio un anno non può esserlo l'anno appresso; i sindaci ed eletti rendono conto della tenuta amministrazione ai loro successori, presente il capitano. Il modo di elezione dei consiglieri e il loro numero varia secondo gli usi della terra.

Intanto il capitano (che ormai esisteva in quasi tutte le terre), avendo tanta autorità nei Parlamenti universitarî, naturalmente produsse una restrizione nella libertà di questi. E nel Consiglio universitario, oltre al mantenimento dell'ordine, provvedeva a che fosse eseguita la legge; nè Ferrante I ad altri che al capitano, commise l'esecuzione dei suoi statuti per il governo municipale. E i capitani, in cui fu raccolta tanta autorità civile e giudiziaria, divennero in breve strumenti di oppressione e di tirannia.

32. Nelle città e terre assoggettate con patti diversi alla sovranità pontificia (che per talune era solo nominale o per lungo tempo prima che si mutasse in dominio assoluto fu incerta o si limitò a una protezione o tutela, riconoscendo alcune città perfino la sovranità cesarea) non venne del tutto distrutto il governo comunale; ma, sotto il governo e la dipendenza, maggiore o minore, dei rettori, governatori, legati, vicarî dei singoli paesi e regioni, fu lasciato il libero svolgimento delle istituzioni ed autonomie municipali e l'uso delle proprie franchigie e degli statuti. E il sistema di libero reggimento delle grandi città veniva, per quanto era possibile, imitato nelle minori. E, sebbene i legati procurassero conciliare con la sovranità pontificia le franchigie popolari, sovente resistevano all'autorità del Governo pontificio, ora i popolani per godere piena libertà, ora i magnati, i quali o per concessione feudale temporanea ottenuta dal pontefice, o per la violenza ed usurpazione, o pel favore popolare, bramavano od ottenevano il dominio di provincie, città, terre e castelli, o governavano le città impedendo l'azione del potere pubblico. Ma non distruggevano d'altra parte l'organismo del Comune, sebbene vi riducessero i magistrati alla condizione di loro ministri subalterni. E prima della venuta dell'Albornoz le città dello Stato pontificio erano per la più parte tiranneggiate da signori, che, pacificati con la Chiesa, ne divenivano vessilliferi e governatori, pagando un annuo censo. Onde la storia civile offre una serie di sommissioni, ribellioni, concessioni, concordie, riforme, processi, scomuniche, remissioni, ecc. L'Albornoz, convinto del pericolo della soverchia preponderanza comunale, nelle sue costituzioni (1357) cercò limitare l'autorità dei Comuni e concedere più libera e senza freni l'azione su di essi allo Stato, agevolando l'unificazione di questo ed avviando al regime di una monarchia temperata, quale lo Stato pontificio divenne nel secolo XVI.

I grandi Comuni avevano sovente sotto di sè altri piccoli Comuni e li governavano, dicendosi allora i Comuni dirigenti o sovrani *communitates maiores* o *superiores* e i subalterni *inferiores*.

Fra una grande varietà di particolari si nota uniformità nelle basi delle principali istituzioni e garenzie. Il supremo magistrato avea in quasi tutto il titolo di « potestà », che doveva essere forestiere, nobile e dottore di leggi, e conduceva seco giudici ed ufficiali; e cui era vietata ogni familiarità con i cittadini. Veniva eletto per un anno (o per sei mesi) con divieto di rielezione per alcuni anni, a scrutinio segreto o in altro modo, dal consiglio generale o da deputati eletti da questo. In taluni luoghi appariscono invece, od anche insieme, *consules* e *capitanei*. All'amministrazione comunale erano preposti altresì priori, anziani, rettori ed altri magistrati ed ufficiali (economi, tesorieri, depositarî, conservatori; ufficiali che tenevano ragione delle entrate e spese del Comune, o invigilavano alla custodia delle porte, ponti, torri, alle tasse, pubblica sicurezza, pulizia urbana e rurale). Si eleggevano fra i cittadini (eccetto i congiunti degli elettori, i magistrati in carica al tempo dell'elezione, i magnati, ecclesiastici, debitori del Comune, condannati, banditi ed altri) con divieto di conferma e cumulo di ufficî, a sorte o a scrutinio nel Consiglio. Non potevano esercitare l'ufficio per mezzo di sostituti, se non nei casi determinati dalla legge. Tutti i magistrati ed ufficiali all'entrare in carica prestavano giuramento; ed all'uscire rimanevano per alcuni giorni soggetti al sindacato dei privati e del Comune.

La nomina del podestà e dei magistrati superiori venne per le costituzioni egidiane, sottoposta all'approvazione governativa. E talora, ne' luoghi ove l'autorità era più diretta, venivano nominati e deputati dal governatore. E i sindacatori dell'amministrazione finanziaria e della condotta pubblica dei magistrati comunali venivano deputati dai legati. Il rettore della provincia corrispondeva spesso con gli ufficiali del comune per significare le disposizioni generali, imporre le gabelle, impedire gli abusi.

In varî casi veniva adunato il pubblico in piazza a parlamento. Ma i negozî di amministrazione pubblica di grave interesse venivano di regola commessi al Consiglio generale (*Consilium generale*) rappresentante il popolo; e costituito da un gran numero di consiglieri eletti da ogni contrada, quartiere o porta e dalle varie corporazioni o società di arte, in cui restava diviso il popolo. E in esso dovevano leggersi le lettere dei rettori della provincia. I nobili solevano ascriversi alle arti per ottenere gli ufficî municipali loro negati; ma talora ne era loro del tutto

vietata l'ammissione. Prevalevano per legge i popolani, che si studiavano escludere i nobili dal reggimento municipale.

Eravi poi per la gestione e disbrigo degli affari ordinarî un Consiglio minore o speciale o di credenza o secreto, nel quale si adunavano i magistrati comunali e pochi consiglieri per deliberare sui negozî quotidiani e per ammettere o negare le proposte che solevano presentare alla approvazione del Consiglio generale.

Si leggono negli statuti delle varie città norme per la convocazione, arringhe, deliberazioni e votazioni palesi o segrete.

33. E nelle monarchie e principati in genere le città, quantunque lontane dall'uguagliare in libertà ed importanza politica i Comuni di Lombardia e Toscana, non mancavano di franchigie, delle quali sovente i principi largheggiavano per sottometterle a sè e sottrarle ai signori od avere amici forti e fedeli nelle frequenti lotte con i prepotenti baroni. E differente ne era la condizione: sopratutto fra quelle che erano appartenute alla monarchia fin dall'origine, o almeno prima del sorgere dei Comuni, e quelle che vi si aggregavano dopo aver goduto delle libertà comunali.

E queste di regola si sottomettevano (p. e., agli angioini, al tempo della loro dominazione nel Piemonte, o ai principi sabaudi) con patti varî di esenzione da imposte o servizio militare o con la determinazione dei detti obblighi, concessione di talune gabelle ed entrate o divisione delle medesime col signore, divieto a questo di imporre nuove tasse o aumentare le esistenti a proprio vantaggio, o senza volontà dei cittadini; promesse di non mandarsi giudici forestieri o chiamarsi i cittadini in giudizio per cause civili e criminali fuori del Comune, o anche talora trovarsi in ostaggio o confinarsi fuori del distretto senza volontà del comune, permissione di libera riunione del Consiglio, talora previo consenso del vicario, la cui nomina veniva al Comune assicurata; e fare statuti senza l'approvazione del signore, a piacere dei Consiglî; conservazione delle società dei nobili e del popolo e in genere delle leghe, confederazioni, società private (che altre volte venivano invece disciolte), con facoltà di nominare i proprî capitani, rettori ed ufficiali; coniazione esclusiva della moneta, immunità di gabelle o pedaggi in ogni terra soggetta al re; elezione di podestà (che talora si doveva invece eleggere dal signore su di una lista presentata dal Consiglio).

E dopo lo svolgimento delle libertà comunali aspirarono a libertà anche le città dei principati. E i principi (p. e. piemontesi) furono talora obbligati concederla (*tradere libertati*): non nel senso di concedere la facoltà di reggersi da sè ed immutare la forma del reggimento municipale; ma di rinunziare ad abusi, promettere di non infeudarle, riconoscere e garentire la proprietà, il diritto privato e la libertà dei cittadini, determinare gli obblighi verso lo Stato, e fare promesse o accordare esenzioni simili a quelle che si facevano o concedevano alle città che si sottomettevano alla monarchia. Ma più di un principe piemontese fu obbligato ad accordare ai proprî sudditi, innanzi a' cui occhi stavano gli ordinamenti dei liberi comuni, di regolare da sè l'interna costituzione, e scegliere liberamente le persone da collocare alla testa del governo cittadino.

Duravano in genere, nei Comuni piemontesi, le associazioni de' nobili e del popolo: anzi Giacomo, principe di Acaia, volle, nel 1357, che in ogni terra del suo piccolo Stato si formasse una società popolare (durata almeno fino al secolo XV) con i suoi rettori, che partecipasse al governo a fine di procurare l'osservanza delle leggi, l'ubbidienza ai magistrati e impedire o vendicare le violenze e le guerre private o che alcuno si arrogasse soverchia autorità: prendendo luogo i rettori nel Consiglio comunale dopo le curie (per Torino si vedano, p. e., le lettere del principe indirizzate: *Vicario, iudici, rectoribus societatis populi, consiliariis de sapientibus civitatis nostrae Taurini*). E aveva, come la città, un grande e un piccolo Consiglio e di ordinario un capitano forestiero e nobili. Frequenti vertenze erano fra' Comuni; e in ciascun Comune discordie fra il popolo e la nobiltà (talora per i carichi di cui questa volea ingiustamente gravare il primo) che talora si complicavano coi rapporti esteriori.

In Sardegna il Consiglio della città era costituito da un gran numero di giurati (perfino 100); e i membri del Consiglio direttivo si appellavano consiglieri. Alle città erano conceduti appositi ufficiali per la difesa della libertà e delle franchigie del Comune e dei suoi uomini (*defensores hominum et universitatum terrarum*). La nobiltà feudale era esclusa dagli ufficî cittadini.

34. Colla capitolazione di Firenze e l'istituzione della monarchia medicea (1532) e l'acquisto di Siena fatto da Cosimo (1557) può dirsi che si spegnessero in Italia gli Stati comunali. Per varî fenomeni sociali poco per volta il Comune era divenuto un centro insufficiente alle attività e agli interessi della sua popolazione. Le poche repubbliche che ancor rimanevano avevano in genere mutato l'antico reggimento a Comune in un governo aristocratico. Così, oltre che già in Venezia, anche in Genova, ove, scosso nel 1528 ad opera di Andrea Doria il giogo francese, venne il governo affidato ai 28 alberghi (surrogati all'antica campagna, istituzione ricordata per la prima volta nel 1383) nei quali era distribuita la vecchia e la nuova nobiltà e dai quali ogni anno veniva tratto il senato o maggior Consiglio di 400 membri, presso cui risiedeva la somma del potere, col diritto di eleggere a tutte le cariche, e il minor Consiglio de' 100; mentre la presidenza o rappresentanza dello Stato era affidata a un doge biennale, assistito, come in Venezia, da una Signoria di otto individui. Un collegio di otto procuratori, sotto la presidenza del doge, e un altro di 12 governatori, era specialmente incaricato della spedizione degli affari ordinarî e dell'interna amministrazione; ed uno dei 5 supremi sindacatori invigilava sul doge e il Senato. La revisione della costituzione del 1547 o legge del Garibetto, veniva a distruggere l'*unione civile* della nobiltà sancita dalla costituzione del 1528 come base fondamentale della repubblica. Aboliti gli alberghi dopo la divisione e le lotte terminate nel 1576 fra la nobiltà primitiva e quella aggregata successivamente a' medesimi, allo scopo sopratutto di riaprire l'adito del Governo ai nobili cosidetti feudali, esclusi già prima del 1330 e definitivamente poi nel 1539, colla seconda repubblica aristocratica del 1576 (che durò immutata fino alla rivoluzione francese) l'autorità dello Stato appartenne in comune e indistintamente a tutta la nobiltà antica o nuova o patriziale; e una speciale magistratura fu creata per procurare la fusione delle due nobiltà.

Lucca, dopo liberatasi dalla tirannia di Uguccione della Faggiola, Castruccio Castracani ed altri signori, si era retta democraticamente. Fallito nel 1545 il tentativo di Francesco Burlamacchi di restituire alla libertà ed alla medesima forma di governo tutte le città dell'Italia media, che si sarebbero dovute comporre in una federazione di Stati, da una legge appellata Martiniana (dal proponente Martino

Bernardini), si preparò così la concentrazione dell'autorità nel patriziato, sancita poi di diritto nel 1628. A capo della repubblica era il supremo Consiglio composto di 9 anziani e il gonfaloniere, che si cambiava ogni due mesi. Il maggior Consiglio o Senato era formato annualmente, con divieto di rielezione, dapprima di 90 e poi di 120 individui, presi per egual numero da ciascuno dei terzi delle città: e da esso si traevano ogni sei mesi 36 uomi per comporre il Consiglio minore (con divieto di rielezione prima di un anno).

A evitare che qualche cittadino tentasse impadronirsi del Governo, come era stato in Lucca dalla legge del 1482, appellata del discolato, bandito per tre anni quale discolo e malvivente chiunque si sollevasse al di sopra degli altri, lo fu in Genova dalla legge del 1607 chi si trovasse indicato come pericoloso per la patria su quattro schede dei 400.

Tutte le altre città si erano subordinate a un Governo che tenea distinti i propri interessi da quelli delle città: mutandosi così da liberi Comuni in Municipî, posti in condizione differente a seconda dei privilegi ottenuti dal Governo o dei patti coi quali si erano aggregate allo Stato e dalla fede colla quale (il che di solito avveniva ben raramente) gli uni e gli altri venivano rispettati. Conservavano tutte i propri Consiglî, da' quali venivano elette le consuete magistrature per i singoli rami dell'amministrazione; ma la sostanza delle istituzioni era di molto cambiata, sopratutto riguardo alla forma democratica degli ordinamenti. Scomparvero nella più parte le concioni popolari (abolite del tutto nel secolo XVIII) o Consiglio generale dei capi di casa; o si radunarono solo per l'elezione annuale degli ufficiali del Comune, o si richiese per la convocazione la licenza preventiva del magistrato dello Stato, o si convocavano dal medesimo. In alcune (come nella più parte delle terre venete) si mantenevano ambedue gli antichi Consiglî, il maggiore e il minore; in altre si ridussero ad un solo, appellato ancora generale; ma del quale era stato di molto ristretto il numero dei componenti, accrescendosi talora per gli affari di maggiore gravità. L'elezione dei consiglieri spesso, invece che ai cittadini, spettava, almeno in parte, al Governo; e i medesimi di solito, invece che da tutta la cittadinanza, venivano tratti solo dalle classi superiori o anche da determinate famiglie o casate. Deputavano i Consiglî per elezione, o a sorte, la Delegazione o Giunta per la trattazione degli affari correnti. I popolani cercavano qualunque occasione, e talora con frutto, per conseguire parte uguale co' nobili ne' Consiglî e nel governo della propria città. Godevano le città anche di una certa autonomia nell'amministrazione della giustizia nel governo dei propri interessi. Ma i Governi cercavano trarre per intero a sè la nomina dei magistrati e uguagliare nei pubblici pesi tutte le parti dello Stato e limitare le attribuzioni dei Consiglî. Di regola la presidenza e la direzione degli affari venne nelle mani del capo o governatore mandato dal sovrano; ma alcune, che avevano mantenuta maggiore indipendenza di fronte allo Stato, eleggevano da sè il proprio capo o anche conservavano intera ogni attribuzione riguardo alle imposte, essendo solo tenute a contribuire allo Stato un dato censo annuale (Bologna, Perugia): battevano propria moneta (Bologna) e tenevano persino propria milizia (Bologna). Nessuna istituzione (eccetto che in Lombardia la congregazione dello Stato o degli oratori, che le singole città tenevano in Milano, per rappresentare al principe i bisogni e le aspirazioni dei popoli e ripartire le imposte governative) riannodava fra di loro le varie città di un medesimo Stato, che comunicavano col Governo centrale a mezzo dei propri nunzi od oratori, e si consideravano gli abitanti degli uni siccome stranieri rispetto a quelli degli altri. E spesso erano in antagonismo reciproco (anche per la diversità di condizione e sopratutto la differente contribuzione ai pubblici carichi) ed eziandio rispetto allo Stato, al quale eran fatte quasi estranee, sopratutto pei limiti della rispettiva giurisdizione, venendosi talora a guerra aperta.

Molto minore libertà che alle città era naturalmente conceduta a' Comuni rurali, i più dei quali non erano sottoposti direttamente al Governo; ma dipendevano da un barone o da città. Però, a togliere i conseguenti aggravi, nel Piemonte Carlo Emanuele, con editto 24 dicembre 1621, dispose che tutte le terre de' suoi Stati si costituissero a sè con propri capi e il numero necessario di consiglieri, eletti dal popolo, radunato per capi di casa. E di solito i Comuni rurali conservavano gli ordinamenti del periodo precedente.

Provvedimenti varî furono emanati da varî Governi per i Comuni, specialmente per la parte finanziaria; e vennero quasi ovunque istituite Commissioni permanenti per sorvegliarne l'amministrazione economica e decidere le liti o rimostranze promosse da' Comuni o contro di essi.

35. Nel Napoletano, sotto la dominazione spagnuola, i baroni divennero i più validi appoggi della signoria straniera contro i popolani ribelli. Diveniva strapotente la classe dei banchieri e comprava feudi; come anche un'altra generazione popolana si trovò al caso di acquistarne dalla regia Corte, sempre bisognosa di danaro. E, pieni di orgoglio, vennero a rinfocolare nelle terre e città le ire partigiane, studiandosi di sopraffare i popolani dalla cui classe si erano sollevati; e intendevano alla lettera la formula della concessione regia che metteva in podestà di essi una città o terra. I Comuni cercavano di difendere i loro dritti e averi innanzi ai tribunali; ma non sempre le contese andavano a finire ivi.

E, allorchè Carlo V venne in Napoli, gli giunsero da tutte le parti del regno querele e richiami delle università contro i baroni. E veduto anzitutto che erano state infeudate quasi tutte le terre e città demaniali, ordinò al vicerè di ridurne al demanio quante più ne potesse. Istituì poi due Consiglî per esaminare le accuse (gravami) delle università avverso i baroni; e accordò a quelle, nel caso che venissero vendute, il *jus praelationis* per comperarsi col proprio danaro e passare nel demanio del re « con la proclamazione al regio demanio e alla libertà ». Ma tale ordinanza dello *jus praelationis* fatta a fin di bene fu una rovina per le università, che per procurarsi il danaro del riscatto ricorrevano ad espedienti rovinosi; e cariche di debiti, venivano in breve obbligate a chiedere, per grazia, di rivendersi e tornare al giogo baronale. E le città e terre rimaste nel demanio del re, per le gabelle e donativi imposti dal fisco e gli alloggiamenti dei soldati e anche a cagione delle spese per le continue liti, erano costrette a indebitarsi e imporre gabelle speciali. E spesso gli stessi ufficiali delle università, incaricati di esigere e serbare il danaro pubblico, ne facevano altro uso. E, d'altra parte, nonostante che nel ricevere il danaro del riscatto, la Regia Corte si fosse obbligata a non vendere o concedere in feudo, riservandosi in caso contrario le università, invocato il nome regio, ribellarsi e uccidere chi volesse prenderne possesso, per le necessità dell'erario vice-regio venne dopo non lungo tempo, cioè al tempo del duca di Alcalà (1629), stabilito di vendere le città che si erano riscattate col proprio danaro: dapprima parzialmente, indi tutte le terre demaniali. Ma le università tornarono a riscattarsi.

Intanto in ogni città e terra patrizî e popolani erano in lotta. E la rivolta di Masaniello ebbe nelle provincie un contraccolpo potente di carattere sociale. In tutte le città e castelli la borghesia e la plebe si sollevarono contro i patrizî; fecero nuovi statuti; deposero gli ufficiali universitari creandone altri, e costrinsero i baroni a dare libertà e franchigie che non durarono oltre la rivolta.

Nelle riforme degli statuti municipali il governo viceregio si attenea ad un tipo, che rendea uniforme il reggimento di molti Comuni. Appare che nelle città il diritto di elezione continuasse ad essere esercitato da un numero determinato di famiglie o da' soli nobili o primarî o dai Consiglî che erano in ufficio. Però i viceré, per dividere gli animi, sovente gareggiavano nel chiamare o i cittadini indistintamente alla partecipazione diretta ne' pubblici negozî, sciogliendo le istituzioni rappresentative del periodo aragonese, la cui conservazione le università spesso reclamavano; o costituivano altre volte rappresentanze speciali di artigiani e agricoltori per combattere l'ordinaria rappresentanza e l'amministrazione comunale. Vario era il modo di elezione degli ufficiali: spesso dietro proposta de' predecessori, approvata dal Parlamento, finchè una prammatica di Carlo V del 1536 stabilì che la scelta dovesse sempre farsi liberamente da' cittadini dell'università nel modo consueto. E vario era il nome e il numero degli ufficiali: di solito sindaco ed eletti, che formavano il collegio di rappresentanza dell'università (detti talora decurioni) e in genere appellati *officiales universitatum*. E anche nelle università delle terre e castelli erano col tempo entrate le gare fra' cittadini; ma nella più parte il Parlamento generale era ancora formato da tutti i capi delle famiglie. Il capitano, luogotenente od altro ufficiale del barone, dava la licenza e presiedeva l'assemblea. A seconda delle consuetudini delle terre variava il nome, numero e modo di elezione degli ufficiali. L'ingerenza del barone nelle elezioni amministrative di molte terre, sebbene da varie università contrastata avanti a' tribunali, si era mutata omai in diritto; e sovente il barone avea il diritto non solo di confermare, ma di scegliere gli ufficiali delle università fra coloro che erano stati nel Parlamento.

Dallo studio delle prammatiche appare che varie leggi vennero fatte per l'amministrazione delle università e varî savî provvedimenti emanati riguardo all'amministrazione finanziaria e gli obblighi degli ufficiali preposti alla medesima. Si emanavano però, a seconda dei bisogni; e che non venissero poi eseguiti lo dimostra il fatto della frequente ripetizione delle medesime prammatiche spesso con la sola aggiunta di pene non adeguate al fallo.

E l'amministrazione delle università si era ridotta a una lotta continua e lunghi, e talora secolari giudizi, e contro la regia Corte per le pretese fiscali di questa e contro i baroni per la proclamazione al demanio e le eccessive loro prepotenze; contro i cittadini per i brogli nelle elezioni, i conti non resi ed altro; contro altre università per la comunanza di pascoli, boschi, acque, confini ed altre pretese; ed infine contro i creditori. E, non potendo la più parte pagare le imposte alla regia Corte e i debiti ai creditori, vennero *dedotte in patrimonio*, ossia la regia Camera della Sommaria tolse ad amministrarne le rendite, inibendosi al Consiglio e al governatore di fare alcuna spesa senza la licenza di quel Supremo Tribunale, o prendere provvedimenti a fine di rendere meno infelice la condizione delle università.

In Sicilia nell'epoca viceregia rimasero i giurati del Demanio con gli antichi diritti e i medesimi obblighi loro assegnati da re Federico e confermati da Alfonso, e i subalterni ufficiali dai medesimi dipendenti. Tutti gli ufficî municipali rimasero annuali, trasportandosi solo il tempo dell'elezione dall'agosto in maggio, e ne venne ordinariamente conservata la forma di elezione.

Ma gli abusi e i disordini risultanti dalle elezioni popolari erano stati tanti e sì grandi che avevano quasi cambiato e certamente diviso la pubblica opinione in Sicilia. E, mentre taluni difesero e lodarono tale forma di elezione, altri la condannarono apertamente e con ardore.

Abbiamo veduto come già precedentemente avesse il Governo proibito e sospeso in alcun luogo il sistema di elezione per mezzo degli squittinî e del bussolo. Re Giovanni lo restituì a Palermo, ma per quattro anni e a beneplacito, e fu nuovamente sospeso per lungo tempo ne'principî del regno di Carlo V. Indi le fu lasciato lo scrutinio e vietato il bussolo: conferendosi gli ufficî annali della città di Palermo dal re su proposta del viceré (così il pretore e due giudici) o direttamente dal viceré (così i giurati dopo il 1584 e gli acatapani, cui sui primi del secolo XVIII vennero sostituiti i deputati di piazza) a persone approvate nello scrutinio del Consiglio (dei giurati ed altri ufficiali), che però il re o viceré non era tenuto di osservare. E così certo fino al 1621. Indi fu, riguardo al pretore e giurati o senatori, tutto rimesso nell'arbitrio del re o viceré. Gli ufficî minori venivano conferiti per bussolo dal pretore, insieme ai giurati o senatori e altre nove persone notabili: di solito per un triennio, ma talora anche a vita: e nel secolo XVII e XVIII la più parte furono dai viceré venduti a persone particolari in conto dei donativi dovuti dal Senato. Delle conquiste fatte dalla democrazia palermitana colla rivoluzione capitanata da Giuseppe d'Alesi (1647) non restò, e solo per qualche anno, che il diritto d'eleggersi dai consoli delle maestranze due giurati popolari (cui forse non fu mai dato l'appellativo di senatori). E in breve Palermo non ebbe fra'capi principali del suo municipio persone non titolate o che almeno non fossero cadetti di famiglie signorili. Con feste solenni (che però poco a poco si ridussero a semplici ricevimenti di gala) avea luogo l'immissione in possesso da parte del pretore, giurati o senatori e giudici.

A Messina in quest'epoca si manifestarono più volte le discordie fra i giurati nobili e i cittadini; ma la cittadinanza era concorde nel voler conservare (pur con variazioni e nuovi regolamenti) le forme antiche dell'elezione de' magistrati del Consiglio pubblico a mezzo dello squittinio e del bussolo. Ma nel 1679 il viceré conte di S. Stefano, nel rinnovellare il governo di quella città, stabilì che i giurati e gli ufficiali della città dovessero crearsi ad arbitrio del governo e dei viceré; e così pure fece in Catania, prendendo occasione dalle contese fra il popolo e i nobili che nei Consiglî e nelle elezioni degli ufficî avevano escluso completamente il popolo, e indi in altri luoghi. E così in breve nella più parte de'Consiglî non rimase alle popolazioni altro diritto se non quello di fare la proposta e la nomina degli ufficiali municipali; dipendendo la scelta interamente dal governo, il quale potea scegliere persone non nominate nello scrutinio.

Ma in compenso i principali Comuni acquistarono più illustri titoli per i loro magistrati e maggiori onoranze. E sul principio del secolo VII la corporazione municipale di qualche primaria città (Palermo, Messina, Catania e indi altre città demaniali) cominciò ad intitolarsi Senato, con grandi onori e prerogative.

Chiedevano ed ottenevano le città dai sovrani (spesso dietro donativi e offerte in danaro) la conferma degli antichi privilegi e la concessione di novelle grazie. E non rari erano i conflitti di giurisdizione fra gli ufficiali municipali delle città (soprattutto di Messina) e il governo centrale; oltre le vicendevoli rivalità fra le città principali.

Il governo dei vassallaggi venne ridotto quasi per intero in potestà dei baroni. E continuava a non potersi radunare alcun pubblico Consiglio senza il permesso del barone e l'intervento e presidenza di un ufficiale di lui, dal quale devea farsi la proposta. In molti luoghi facea il barone immediatamente l'elezione dei giurati e del sindaco; e in altri, pur eleggendoli l'università, dipendea tutto dall'approvazione del barone. E questi avea diritto di chiedere ai giurati conto dell'amministrazione del denaro pubblico.

E per i bisogni dell'erario regio e l'abuso de' lontani monarchi molte città demaniali vennero ridotte sotto la signoria feudale per vendita fattane a' baroni. E i cittadini erano costretti a sostenere gravi sacrifizi per la ricompra a grave prezzo. Ma spesso, malgrado i reclami dei Parlamenti, si tornavano a vendere le città, le quali erano obbligate a sopportare novelli sacrifizi per redimersi novellamente.

36. I. Quando poi le franchigie pattuitesi dalle diverse Comunità, parvero derogare soverchiamente alla cresciuta potestà assoluta del principe e pregiudicare al benessere nazionale, e invalse la moda di regolare tutto razionalmente ad una sola maniera, si diè anche opera ad uniformare l'ordinamento dei Comuni, sovente svincolandosi da ogni ragione della storia: e, tolta di mezzo ogni reliquia dell'indipendenza di un tempo, si ridussero a pure amministrazioni economiche.

a) Diè l'esempio Carlo Emanuele II col regolamento del 1733 per i Comuni del Piemonte, cui tenne dietro quello del 1738 per la Savoia e del 1762 per i Comuni del ducato d'Aosta: i quali regolamenti (che però non riguardavano le due città principali: Torino ed Aosta) vennero fusi in uno nel regolamento del 1775, rimasto in vigore fino al 1847. Per essi tutto il governo comunale veniva concentrato nelle mani del sindaco (il più anziano dei consiglieri, stipendiato, il quale restava in carica nei luoghi maggiori un anno, nei minori sei mesi) e di pochi consiglieri di numero vario a seconda della popolazione del Comune, eletti dal Consiglio medesimo e il cui numero potea, in casi gravi, il sindaco raddoppiare (essendogli anche data facoltà, ove gli sembrasse il caso, di radunare la concione generale dei capi di casa), rinnovati in parte ogni anno con divieto di rielezione per cinque anni. Similmente venne regolata l'amministrazione in Sardegna coll'editto 24 settembre 1771: dovendo però i consiglieri scegliersi in uguale misura nelle tre classi sociali de'maggiorenti, mezzani e minimi; tra le quali alternavasi anche il sindaco che era il più anziano dei consiglieri della sua classe.

b) In Lombardia Maria Teresa, dopo avere la Giunta del censimento con opportune aggregazioni e disgregazioni meglio ordinata, colle istruzioni 20 aprile 1751, la configurazione de'singoli Comuni, si occupò colla legge 30 dicembre 1755 (appellata *Riforma al governo ed amministrazione delle Comunità dello Stato di Milano*) di disciplinare in modo uniforme non le città (la cui amministrazione venne poi con singole leggi ordinata in differente modo, a seconda dell'importanza, condizione e statuti di ciascuna), ma i Comuni foresi immediati o mediati, cioè soggetti a signori feudali. Scorgendo in essi soprattutto un'amministrazione economica, l'affidò a quelli che dovevano sostenere quasi interamente il dispendio, cioè a'proprietari dei fondi iscritti nel catasto (*estimati*): la cui radunanza (alla quale assisteva, quale rappresentante governativo, il capo del distretto) formava il convocato comunale, cioè l'assemblea che eleggeva gli amministratori (appellati deputati dell'estimo o di governo, in numero di tre, che destinavano un sindaco, o anche più ne' Comuni più grossi, per farne le veci negli affari quotidiani e rappresentare il Comune) ed impiegati del Comune, stanziava le imposte comunali, ne rivedeva la erogazione e deliberava sugli affari più importanti. Per le sedute straordinarie occorreva il permesso della Giunta del censimento, Autorità tutoria de'Comuni, la quale approvava il bilancio comunale, autorizzava le obbligazioni e i debiti. I non proprietari di stabili, potendo essere chiamati a contribuire alle spese mediante l'imposta personale e i commercianti o artisti che lo potevano mediante quelle del mercimonio, riuniti in separate convocazioni, sceglievano un rappresentante (deputato) per sostenere le ragioni del proprio corpo. E potevano intervenire, per mezzo dei deputati dei non censiti (corpo personale) e dei commercianti (deputati del personale o del mercimonio) alle sedute dei deputati all'estimo ed a quelle del convocato e dei Consigli: non per partecipare alle deliberazioni, ma solo per tutelare gli interessi del proprio corpo e ricorrere, ove ne fossero respinti i reclami, alla superiore Autorità. Nei Comuni più grossi e nelle città il convocato era sostituito da un Consiglio, formato di individui aventi un determinato censo, vario secondo i luoghi: differente, a base dell'antico, nel numero dei componenti; ma quasi ovunque composto di membri vitalizi, che si completavano per propria elezione. Le adunanze erano segrete, eccetto quelle in cui si dovevano stabilire le spese, potendo in queste intervenire ogni censito. Nelle città capoluoghi di provincia era composto degli antichi decurioni e di un rappresentante di ogni distretto della provincia, talora anche di dottori di collegio e di rappresentanti dei commercianti (onde si appellava anche Consiglio generale della città e provincia) e nel proprio seno sceglieva la congregazione dei prefetti al governo della città o provincia, o congregazione del patrimonio, formata di un numero di membri differente (4, 8, 10, 16) a seconda della importanza dei luoghi e alla quale incombeva, sotto la presidenza di un ministro regio, l'esecuzione delle deliberazioni del Consiglio e la spedizione ordinaria degli affari della città e della provincia.

c) Ai medesimi principî, applicandoli però in modo alquanto differente, si attenne Pietro Leopoldo, il quale (colla collaborazione di Pompeo Neri, che sin dal 1758 avea sapientemente riordinato i Comuni del ducato di Milano) ordinò in modo uniforme dapprima (1772) con leggi speciali Volterra, Arezzo ed altri Comuni; indi (1774) con un regolamento generale tutte le Comunità del *contado* (cui fu conceduta la facoltà di governare la loro azienda per mezzo dei loro rispettivi magistrati, senza quella stretta dipendenza, che avevano avuto fino allora dalla Camera della Comunità di Firenze) e poi anche del rimanente distretto fiorentino; e indi man mano di tutto lo Stato. A capo della città stava una magistratura, composta del gonfaloniere e di un numero vario di priori a seconda dell'importanza del luogo, scelti ogni anno (con divieto di rielezione per un altro) fra i possidenti comunali aventi una determinata rendita. Ma, mentre secondo le prime norme tutto il governo era riservato ai proprietari fondiari, dopo la ristorazione nel Con-

siglio (per le cui deliberazioni, importanti alienazione di beni comunali o aumento d'imposte, era necessaria l'approvazione del granduca) sedea, insieme ad essi, per l'approvazione del bilancio e la deliberazione sugli altri affari del Comune, un numero notevole di individui sorteggiati fra i minori proprietarî di fondi, coloni ed artisti, appellati deputati del popolo, perchè fossero convenientemente difesi anche gli interessi di queste classi.

d) Nel Napoletano, sotto i vicerè di casa d'Austria, non variò la condizione amministrativa delle città. Nel 1729 il conte di Harrac pubblicò due prammatiche per l'amministrazione delle università, richiamando in vigore precedenti prammatiche; ed istituendo una Giunta del buon Governo, innanzi a cui dovevano i sudditi proporre i rimedî opportuni per alleviare le università. Ma poco o nulla fu fatto. Sotto il Governo di Carlo III dapprima non fu tentato alcun ordinamento municipale nuovo e generale, atto a far cessare tutto il disordine amministrativo. Solo, essendo stato abolito con dispaccio 13 luglio 1739 il collaterale Consiglio, al quale erano state affidate le *commesse generali* per le cause dell'elezione di alcune università, venne ordinato che le università ad esse sottoposte fossero in avvenire soggette alla Camera reale o s. r. Consiglio, avendo ogni consigliere la sopraintendenza di alcune di esse; nelle quali solea presiedere le adunanze per le elezioni, tenendo il luogo dell'antico capitano o governatore; e con dispaccio dell'8 novembre venne disposto che per le cause delle elezioni degli amministratori delle università *non dedotte in patrimonio*, dovesse procedere il sacro Consiglio e nelle cause dei conti la r. Camera della Sommaria che ne ignorava le origini. Ma indi venne accelerandosi il moto che da molto tempo avea agitato le università e prodotto così frequenti mutamenti nell'ordine amministrativo. Vennero presi dalla Camera reale provvedimenti per rimediare ai mali provenienti dallo assottigliarsi del numero delle famiglie che da gran tempo avevano ottenuto il privilegio del reggimento dei municipî, che dava origine a continui rumori e richiami nel tempo delle elezioni. Ma la riforma più importante fu la creazione del decurionato, che poco a poco si estese a tutte le città del regno, affidandosene la scelta alla r. Camera di S. Chiara o ai capi di famiglia e nel quale, oltre ai due antichi ordini dei nobili e delle cosidette persone civili che per privilegio avevano per tanto tempo amministrato le città, fu ammesso in egual numero anche il terzo ceto o il rimanente del popolo, inclusi gli artefici, gli uomini di campagna e i marinari. Loro ufficio, oltre che comporre nelle occorrenze il pubblico Parlamento, era l'elezione annuale (nel loro seno o fuori) del sindaco e di eletti scelti nei varî ceti. Duravano in carica cinque anni. Fu disposta nel 1797 la compilazione di un *piano generale di amministrazione civile* da pubblicarsi nei Comuni che ne facessero richiesta. Continuava intanto la preponderanza dei baroni (quantunque il Governo per tenerli più infrenati e allontanarli dalla terra ed anche rovinarli li avesse richiamati in Napoli) che sovente pretendevano confermare o anche nominare gli ufficiali municipali: e duravano le liti, divenute ormai secolari, per la proclamazione al r. demanio e gli abusi. Abolito in Napoli con la memoranda legge 2 agosto 1806 il feudalismo con tutte le sue attribuzioni, venne ordinato che le città, terre e castelli dovessero venire governati secondo la legge comune.

II. Gli istituti accentratori, prodotto della rivoluzione, quali i sindaci e consiglieri comunali nominati dal Governo, e quindi rappresentanti di questo piuttosto che del Comune, vennero dalla dominazione francese importati in Italia. E dopo la restaurazione non essendo più possibile l'individualismo parlamentare delle università, si volle in tutta Italia, ove risorgevano tanti piccoli Stati, l'ordinata rappresentanza dei Comuni: rimanendo però inalterato il principio importato da' francesi che i consiglieri non fossero più eletti dal popolo, ma dovessero venire scelti dall'Autorità governative e in genere il sistema dell'accentramento, così ben visto ai Governi assoluti.

a) In Piemonte, col celebre editto del 21 maggio 1814, vennero cancellati tutti gli atti della dominazione francese e si richiamarono in osservanza le leggi e le costituzioni del 1770 e le altre provvidenze emanate fino al 23 giugno 1800, restando scarsa la libera partecipazione dei cittadini nella composizione della Rappresentanza comunale, e non avendosi un migliore e più largo ordinamento delle istituzioni comunali prima del 27 novembre 1847.

b) In Toscana gli effetti delle riforme leopoldine vennero distrutti prima dalla dominazione francese e poi da Ferdinando III. Chè, mentre questi, con la legge 15 ottobre 1814, avea dichiarato volere tenere fermi i regolamenti comunali leopoldini, due anni dopo, temendo che i popoli abusassero di quelle libertà, dispose che i rappresentanti del Comune si dovessero scegliere solo fra i grossi proprietarî, i cui nomi si avessero ad imborsare: procedendosi poi all'estrazione a sorte per un numero doppio di quelli che dovevano effettivamente assumere la rappresentanza; e fra i sorteggiati scegliendosi e nominandosi il governatore. L'elezione del gonfaloniere venne riservata al principe. Solo nel 1849 venne emanata una legge speciale, contenente disposizioni più libere pei Comuni e basata sul principio dell'elezione. Restaurato nel 1850 il Governo assoluto, si tornò all'imborsazione giusta la legge 16 settembre 1816.

c) Nel Lombardo-Veneto la legge di Maria Teresa, dopo essere stata abolita e richiamata in osservanza nelle vicende politiche della Lombardia sulla fine dello scorso secolo e gli inizî del presente, venne ristabilita dal Governo austriaco nel 1816 e durò in vigore fino all'annessione delle provincie della Lombardia e della Venezia al regno d'Italia, con lievi modifiche e l'aggiunta di norme uniformi anche per l'amministrazione delle città. Chè con la sovrana patente del 12 febbraio 1816 i Comuni vennero divisi in tre classi: 1° città regie o *municipali,* che avevano una *Congregazione municipale;* 2° quelle sotto il Governo di un *Consiglio comunale;* 3° le più piccole, regolate da un *Convocato generale.* La nomina del capo dell'amministrazione venne deferita al sovrano. Col regolamento che la seguì, furono date le norme della costituzione del *convocato di tutti i possessori* a base democratica. La nomina dei consiglieri venne affidata alla r. delegazione. La vendita dei beni comunali fu sottoposta all'approvazione dell'Autorità tutoria.

d) Pio VII, dietro consiglio del cardinale Consalvi, emanò il motuproprio del 6 luglio, ove, fra l'altro, venne stabilito che i consiglieri comunali si avessero a scegliere fra i possidenti, gli uomini di lettere, i negozianti e i capi d'arte. Però dal motuproprio di Leone XII del 5 ottobre 1824 la scelta venne limitata, in metà per una, alle sole due classi dei nobili e dei borghesi, rendendosi la qualità di consiglieri ereditaria. Con Gregorio XVI (5 luglio 1831) si tornò all'elezione fra le classi del motuproprio di Pio VII;

facendosi la nomina la prima volta dai delegati o capi di provincia, poi dai Consigli medesimi a maggioranza di voti, salvo la approvazione del delegato, autorità governativa. L'editto 24 novembre 1850 stabilì che in ogni Comune vi fosse un consigliere, e che il magistrato municipale avesse ad eleggersi nello stesso modo che pel passato.

e) Nel Napoletano una riforma generale delle leggi municipali era stata ordinata con la legge 18 ottobre 1806 di Giuseppe Bonaparte, per la quale venne stabilito che fossero detti decurionati i corpi che rappresentavano le università, e i decurioni, di numero differente a seconda della popolazione delle terre, si estraessero a sorte fra' cittadini aventi una rendita, il cui minimo variava anch'esso a seconda della popolazione. La legge organica sull'amministrazione civile del 12 dicembre 1816 stabilì che in ogni Comune fosse per l'amministrazione stabilito un sindaco (direttamente e immediatamente dipendente dal sottointendente), un 1° e 2° eletto, un cancelliere archivario con un corrispondente uffizio, un cassiere, un consiglio comunale sotto la denominazione di *decurionato*, nel quale risiedesse la rappresentanza del Comune, e che nominava i suddetti ufficiali e qualunque altro, salvo la superiore approvazione; e si volle che per ogni Comune si formasse dai sottointendenti una lista di eleggibili al decurionato riveduta e fissata dall'intendente della provincia, che su essa presentava una terna sulla quale il sovrano sceglieva i decurioni. Per l'amministrazione del Comune di Napoli e borghi riuniti si diedero disposizioni particolari, affidandosi (salvo la polizia) a un *corpo di città*, composto di un sindaco e di dodici eletti (uno per ciascuna sezione), sotto la dipendenza immediata dell'intendente della provincia, e assistito da vari ufficiali.

f) In Sicilia nel Parlamento generale straordinario del 1812 vennero riordinati in modo semplice ed indipendente i Consigli civici ed i magistrati municipali: nei posteriori Parlamenti adunati con le nuove forme si dovevano votare tutte le leggi, di cui nella costituzione si erano già definite soltanto le norme essenziali e generali. Ma disposizioni generali vennero date nel 1817 sotto il titolo di « Statuti dell'amministrazione civile in Sicilia »; riproducendosi quelle della ricordata legge 12 dicembre 1816, colla conservazione degli onori di Senato per il corpo rappresentativo della città e dei titoli di pretore, patrizio, prefetto per il capo del Comune nei Comuni cui fossero stati conceduti; ed estendendosi all'amministrazione delle città di Palermo, Messina e Catania le disposizioni particolari per quella del comune di Napoli della suddetta legge 12 dicembre 1816; stabilendosi però a sei il numero degli eletti o senatori.

Luigi Siciliano Villanueva.

COMUNE (Il) (Diritto amministrativo).

Sommario.

Bibliografia.

Accaure, *Del diritto comunale*, Genova 1852. — Arsène Vacherot, *Les rapports du pouvoir municipal avec l'État* (*Revue des Deux-Mondes*, 1° luglio 1876). — Aucoc, *Des Sections des Communes et des biens communaux qui leur appartiennent*, Paris 1864. — Backoffner, *Die Städteordnung der preuss. Monarchie*, Berlino 1880. — Barboux, *Etude sur l'organisation municipale en Italie* (*Bull. de la soc. de lég. comp.*, 1887, VI, pag. 97 e segg.). — Béquet et Roussel, *Traité de la Commune*, 1888. — Berardinelli, *Il Municipio e il suo governo*, Modena 1879. — Bernimolin, *Les institutions provinciales et communales de la Belgique*, Bruxelles 1893. — Bianchi, *Il nostro sistema tributario comunale* (*Archiv. giurid.*, vol. LIV, pag. 53 e segg., 137 e segg.). — Blanche, *Commune*, nel *Dictionnaire général de l'administration*, 1884-1891 (3ª ediz.). — Blas y Melendo, *Derecho municipal y provincial*, Madrid 1883 (5ª ediz.). — Block, *Les Communes et la liberté*, Paris 1876. — Id., *Organisation communale* (*Dictionnaire de l'administration*, 1892 (2ª ed.). — Bollie, *Traité des taxes communales*, Bruxelles 1881. — Brater, *Gemeinde* (*Staatswörterbuch* del Bluntschli, IV, pag. 109 e segg.). — Brockhausen, *Vereinigung und Trennung von Gemeinden*, Vienna 1893. — Caffin, *Des droits respectifs des Communes et des Sections des Communes sur les biens communaux*, Bordeaux 1868. — Cammeo, *I monopoli comunali* (*Archivio giuridico*, LIV, LV, LVI). — Carassai, *Il sistema tributario dei Comuni e delle provincie*, Pollenza 1893. — Carnevali, *Trattato di diritto comunale positivo*, Mantova 1895. — Choppard, *Étude sur la responsabilité des Communes dans le droit ancien et le moderne*, 1874. — Colajanni, *Le istituzioni municipali*, Piazza Armerina 1889. — De Biencourt, *Organisation des municipalités dans les communes rurales et urbaines*, Tours 1873. — Dehaye, *Les municipalités anglaises*, 1883. — De Murtas Zichina, *Provincia e Comune*, Genova 1895. — Ellena, *Le finanze comunali* (*Archiv. di statistica*, II, fasc. 4). — Faraglia, *Il Co-*

mune dell'Italia meridionale, Napoli, tip dell'Università, 1883. — Ferraud, *Communication sur l'état actuel de la réforme communale et provinciale en Italie* (*Bull. de la soc. de la législ. comp.*, 1882, II, pag. 404 e segg). — Ferron, *Les institutions municipales*, Paris 1884. — Fisco et Van der Sträten, *Les taxes locales du Royaume uni de la Grande Bretagne et Irlande*. Bruxelles 1863. — Friedberg, *Die Besteuerung der Gemeinden*, Berlino 1877. — Gerard, *Des créations des Communes*, 1880. — Id., *Des chargements de nom des Communes*, 1880. — Gierke, *Gemeinde* (*Encyclopädie der Rechtswissenschaft* dell'Holtzendorff). — Giorgi, *I Comuni e le provincie* (*La dottrina delle persone giuridiche*, vol. IV, Firenze 1894). — Giriodi, *Il Comune e il diritto civile*, Torino 1891. — Giron, *Essai sur le droit communal de la Belgique*, Bruxelles 1862. — Gneist, *Selfgovernment, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England*, Berlin 1871. — Gneist, *L'administration municipale de la cité de Londres*, 1868 (trad. Hippert). — Henrion de Pancey, *Du pouvoir municipal et de la police intérieure des Communes*, 1844. — Hesse, *L'administration prov. et commun. en France et en Europe*, 1875-1880. — Horton, *The municipal government of the metropolis*, London 1866. — Houdoy, *Des Communes et des sections de Communes considérées comme personnes morales*, Parigi 1875. — Houdoy, *Le droit municipal*, Parigi 1876. — Lacava, *La finanza locale in Italia*, Torino 1896. — Laferrière, *De la création de Communes par l'érection en Communes* (*Revue crit.*, 1872-1873, pag. 14 e segg.) — Langlois, *Des biens des Sections de Commune sous la législation actuelle*, Paris 1869. — Le Berquier, *Le corps municipal*, 1868 (5ª ed.). — Lefèbvre, *Des actions judiciaires et transactions des Communes*, 1885. — Leidig, *Das Preussisches Stadtrecht*, Berlin 1890. — Leporini, *La riforma comunale e provinciale*, Milano 1890. — Lerat de Magnitot et Huard-Delamarre, *Commune*, nel *Dictionnaire du droit public et administratif* (2ª ed.). — Leroy-Beaulieu, *La Commune et le « self-government »* (*Revue des Deus Mondes*, 15 maggio 1871). — Léspinasse, *Autonomie communale* (*Revue crit.*, 1886, p. 472 e segg.). — Limperani, *L'organisation communale et provinciale de l'Italie et le nouveau projet de loi* (*Revue d'admin.*, 1878, p. 397 e segg.). — Longo, *La rappresentanza legale dei Comuni dinanzi la IV Sezione* (*Arch. di dir. pubbl.*, IV, pag. 37 e segg.). — Lozzi, *Del Comune, della provincia e dei corpi morali; dei loro uffici e rapporti giuridici* (*Temi ven.*, 1879, 613). — Manfrin, *Il sistema municipale inglese e la legge comunale italiana*, Padova, Bocca ed, 1872. — Id., *Il Comune e l'individuo in Italia*, Roma 1880. — Marischal, *La Commune belge, élu les administratives*, 1862. — Miriel, *Des rapports des municipalités et du pouvoir central en matière de police*, Paris 1897. — Martinelli, *Dei Comuni e delle provincie*, Bologna 1893. — Molla e Grimaldi, *L'amministrazione dei Comuni e delle provincie*, Bologna 1893. — Morier, *Die deutsche Gemeindeverwaltung auf Grundlage der preussischen Kreis-Ordnung im Vergleich zum englischen Selfgovernment*, Leipziz 1876. — Palma, *La odierna riforma comunale* (*Rass. di scienze soc.*, IX, I, 463). *Pandectes belges* e *Pandectes françaises*, Voce « *Commune* ». — Plaisant, *Étude sur l'origine et les développements de l'organisation et de l'administration actuelle des municipalités dans le royaume de Prusse* (*Bull. de la soc. de legisl. comp.*, XI, 1882, p. 500). — Plaisant, *Étude sur l'organisation du régime municipal en Prusse dans les Communes rurales* (*Id.*, XIII, 1884, pag. 62). — Presutti, *Il Comune e gli altri enti locali amministrativi* (*Riv. ital. di scienze giur.*, XII, 1891, pag. 190 e segg.). — Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin 1889. — Porrini, *Della successione dei Comuni* (*Arch. di dir. pubbl.*, IV, pag. 288 e segg.; 321 e segg.). — Raddi, *Dati e note sull'esercizio dei pubblici uffici comunali* (*Giornale degli econom.*, 1894, I, 323). Ricci, *Del municipio considerato come unità elementare della città e della nazione italiana*, Livorno 1847. — Rönne, *Ergänzungen und Erläuterungen d. allg. Landrechts*, Berlin 1884 (7ª ed.). — Rosin, *Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung*, München 1883 — Sailer, *Il Comune e il suo territorio*, Merlo ed., Venezia 1889. — Salandra, *Sul riordinamento delle finanze comunali* (*Nuova Antologia*, 1878, fasc. XIV e XVI). — Savary, *Étude sur l'origine du droit municipal et de la centralisation en France*, 1868. — Scalvanti, *Introduzione al diritto comunale*, Pisa 1877. — Sesen, *Il Comune e i suoi impiegati*, Roma 1884. — Smith, *Traité de l'administration communale*, Strassburg 1862. — Soro-Delitala, *Il sistema tributario dei Comuni e delle provincie*, Roma, tip. dell'*Opinione*, 1879. — Stein, *De la constitution de la Commune en France* (trad. dal ted.), 1860. — Stadelmann, *Die Gemeindeverfassung des Königreichs Bayern*, Bamberg 1882-1884. — Stengel, *Gemeinde*, nel suo *Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Leipzig 1890. — Torrigiani, *Lezioni di amministrazione comunale*, Firenze 1872. — Ungarelli, *Diritto comunale italiano*, Milano 1886. — Vacchelli, *Il Comune nel diritto pubblico moderno*, Roma 1890. — Valframbert, *Régime municipal et institutions locales de l'Angleterre, de l'Ecosse et de l'Irlande*, 1873. — Victor du Bled, *Le régime municipal des grandes villes* (*Revue des Deux-Mondes*, 1° dic. 1888) — Wichede, *Die Verwaltung der Landgemeinden in der Provinz Sfessen-Hassau*, Wiesbaden 1898 (*)

TITOLO I. — DEL COMUNE IN GENERALE.

CAPO I. — **Nozione.**

§ 1. *Caratteri generali.*

1. Generalità. — 2. Analogie fra il Comune e lo Stato. — 3. Carattere non volontario dell'associazione comunale. — 4. Il Comune come ente territoriale.

1. È impossibile cominciare con una vera e rigorosa definizione di ciò che sia il Comune: sono tanti, da un lato, gli aspetti che esso ha assunto nelle diverse epoche e assume oggi nelle diverse legislazioni, che nulla di più difficile che il dare una definizione che metta in luce il lato generale a questi varî aspetti e nello stesso tempo non contrasti con le caratteristiche proprie di qualcuno di essi.

(*) Si possono inoltre consultare, oltre i trattati generali di diritto amministrativo, le opere che trattano dell'amministrazione locale ed autarchica. Tali sarebbero, ad es.: Romanet du Calliaud, *De l'autonomie municipale*, Paris 1874; De Gand, *De la décentralisation communale*; Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlino 1868-81; Gluth, *Die Lehre von der Selbstverwaltung*, Wien 1887; Chalmers, *Local Government*, London 1883; Morier, *Local Government considered in its historical development in Germany and England*, London 1875; Brodrik, *Local Government in England*, London 1875; Cardon, *Ordinamento del governo locale in Inghilterra*, Torino 1883; Baer, *Del riordinamento dell'amministrazione in Italia*, Torino 1865; Stengel, *Die Organisation der preuss. Verwaltung nach den neuen Reformgesetzen*, Leipzig 1884; Leroy-Beaulieu, *L'administration locale en France et en Angleterre*, Paris 1872; Rosin, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, Freiburg 1886; Gneist, *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, Staatsverwaltung nach englischen u. deutschen Verhältnissen*, Berlin 1860; Blodig, *Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff*, Leipzig 1894; Romano, *Decentramento amministrativo*, Milano 1897; Flatschek, *Die Selbstverwaltung in politischer u juristischen Bedeutung*, Leipzig 1898; Ferraris, *Teoria del discentramento amministrativo*, Milano-Palermo 1899 e così via. Cfr. inoltre, fra i commenti alla vigente legge com. e prov., quelli dell'Astengo, *Guida amministrativa, ossia Commento alla vigente legge com. e prov.*, Torino 1889; Saredo, *La nuova legge com. e prov.*, Torino, Unione Tip.-Ed.; Mazzoccolo, *La nuova legge com. e prov.*, Milano 1894, etc. Un accurato *Commento alle leggi sulle imposte comunali* è quello del Cereseto, Torino, Unione, Tip.-Editrice, 1885 (2 vol.).

Dall'altro canto, anche a restringerci al solo diritto positivo italiano, l'annunciare fino da ora in una formola sintetica i principî fondamentali su cui tale istituto poggia potrebbe pregiudicare una serie non piccola di questioni gravissime, che, non ancora risolute definitivamente, debbono, ciascuna a suo luogo, formare obietto delle nostre indagini. Poichè, dunque, la definizione vera e propria di Comune dev'essere piuttosto uno de' fini cui dobbiamo tendere, anzichè il punto di partenza, limitiamoci per ora a mettere in rilievo soltanto le note caratteristiche e generali, senza cui non si può dire che un Comune ci sia.

2. Ed anzitutto qui è opportuno richiamare un'analogia su cui gli scrittori insistono spesso (1) e che, se rettamente intesa, può molto giovarci ai nostri fini: intendiamo alludere ai molteplici punti di contatto che indubbiamente il Comune ha con lo Stato. Anche a non fermarci, per ora, sul fatto, che tuttavia ha la sua importanza e a cui dovremo in seguito accennare, dell'esistenza cioè, assai frequente nella storia e nella legislazione comparata, di Comuni che siano nello stesso tempo altrettanti Stati, qui ci basta, per mostrare il fondamento dell' analogia suddetta, ricordare come sia opinione oramai indiscussa che lo stato attuale derivi dallo estendersi lento e progressivo di associazioni minori, fra cui ha parte, senza alcun dubbio preponderante, quella che oggi si chiamerebbe comunale. Non è cômpito nostro il fermarci, anche per poco, a dimostrare le differenze, a dir vero numerose e sostanziali, che intercedono fra il Comune che potremmo dire primitivo e che viene presso i varî popoli designato con nomi così svariati, l'antico e, finalmente, il moderno: qui ci basta mettere brevemente in rilievo l' affinità che essi hanno con lo Stato propriamente detto.

Senza entrare nelle dispute pressochè infinite che sul concetto di Stato si agitano e fermandoci su alcuni elementi semplicissimi di esso, ripeteremo un' osservazione comunissima, ma che ha grande importanza; come cioè nella nozione di Stato debbano ravvisarsi: 1° un certo numero di uomini stabilmente fissati su un territorio e fra di loro associati da comunanza d' interessi; 2° un vincolo di subordinazione cui i singoli componenti l'associazione sono astretti verso l'associazione medesima concepita come unità. Questi stessi elementi si riscontrano anche nel Comune: è facile difatti ravvisare come esso sia anzitutto formato da una quantità più o meno rilevante di persone che abbiano, come la stessa parola ci dice, comunanza d'interessi economici, intellettuali e così via, e che questa accolta di persone abbia già oltrepassato lo stadio della vita nomade e si sia stabilmente fissata in un dato luogo. Ecco dunque i due elementi che diremmo naturali del Comune: la popolazione e il territorio, ed uno degli altri due elementi che diremmo etici: il vincolo d'associazione. Il secondo di questi due elementi coincide col rapporto di subordinazione, che, come abbiamo veduto, stringe gli individui che compongono lo Stato con lo Stato medesimo. Senonchè qui è da osservare che, mentre tale rapporto di subordinazione considerato nello Stato dà origine alla sovranità di questo, altrettanto non si può dire quando lo si consideri nel semplice Comune. Avremo appresso occasione di tornare sull' indole e sul fondamento giuridico dell'*ius imperii* esercitato dai Comuni, argomento connesso a molti altri gravissimi del diritto comunale medesimo: qui ci basta aver fatto, a scanso di equivoci, una semplice avvertenza ed affermato che di una vera e propria sovranità del Comune non si può parlare che nel senso relativo che sarà appresso determinato.

Riassumendo quanto abbiamo finora detto, crediamo di poter dare, non una definizione, ma una nozione generalissima del Comune, dicendo che esso consiste in un'associazione (2) dotata di un territorio proprio e di supremazia sui singoli suoi membri (3).

3. Giunti a questo punto, si affollano parecchie domande e questioni su cui conviene intrattenerci. Ed anzitutto, data quella distinzione, oramai così invalsa nell'uso comune da non poterne quasi prescindere, qualunque sia il giudizio che si porti sulla sua utilità, fra associazioni cioè necessarie e volontarie, si potrebbe ragionevolmente domandare a quale di queste due categorie il Comune appartenga. Vedremo dopo quali siano le conseguenze che dalla risposta a questa domanda in un senso piuttosto che in un altro si pretendono trarre.

E qui giova notare l'affinità grandissima, anzi, avuto riguardo al concetto da cui muove, l'identità che tale questione presenta con l'altra parallela se il Comune in ispecie e in genere anche le altre circoscrizioni amministrative abbiano un'origine naturale o siano creazione, per dir così, artificiale del legislatore. Mentre l'una questione indaga se l'associazione comunale si formi e sussista per volontà degli associati medesimi, l'altra procede all' indagine della parte che la volontà dello Stato ha nella formazione di essa. Questioni diverse, come si vede, per il fine che si propongono, ma che debbono risolversi con criterî identici e che sono indubbiamente inscindibili l'una dall'altra. Ond'è che noi, per una parte degli argomenti che servono a risolvere la prima, rimandiamo al paragrafo seguente, in cui c'intratterremo della seconda. Qui ci bastino alcuni cenni superficiali.

Non è dubbio che dovrebbe respingersi come profondamente errata l'opinione che affermasse la volontarietà della associazione comunale, ravvisando nel vincolo che unisce gli associati un vero e proprio patto, simile a quello che mantiene in vita le società private e ne impedisce il disgregamento. È facile di fatti osservare come una simile teoria altro non sarebbe che una riproduzione, in piccole proporzioni, di quella relativa al celebre contratto sociale del Rousseau e non potrebbe, per le medesime ragioni per cui questa, venire accolta. Il Comune, come lo Stato, bisogna concepirlo come un'unità che ha in sè medesima la ragion d'essere, diremmo

(1) V., fra gli altri, Zitelmann, *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, Leipzig 1873, § 42; Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Freiburg (2ª ed.), vol. I (1888), pag. 100; Blodig, *Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff*, Wien u. Leipzig, 1894, pag. 95 e seg.

(2) Adoperando la parola « associazione » in un senso non tecnico, non intendiamo menomamente pregiudicare la nota questione se il Comune sia una corporazione o una fondazione: questione che, più che ad altro, si riferisce alla personalità privata del Comune e sulla quale ci intratterremo a proposito di quest'ultima.

(3) Lo Stein, *Verwaltungslehre*, I. *Theil*, 2ª *Abtheilung*, Stuttgart 1869 (2ª ediz.), pag. 128, caratterizza la circoscrizione amministrativa in genere e il Comune in particolare come *die örtlich begrenzte aber sachlich unbegrenzte Gemeinschaft die durch den Grundbesitz und seine Interessen und Verhältnisse gegeben wird*. A noi pare che la proprietà fondiaria, gli interessi, i rapporti ecc. rimangano in parte estranei al concetto giuridico dell'associazione comunale e non giungano, in ogni caso, a individuarla.

come un organismo, se tale parola non corresse il rischio d'essere fraintesa. Conseguenza di tale principio si è che esso possiede una propria volontà, distinta da quella degli individui che lo compongono e alla cui formazione provvede un assai complicato meccanismo che trova le sue radici nel passato e talvolta sacrifica gli interessi e la momentanea volontà dei presenti, pur di provvedere al futuro. Il Comune può, concorrendo date condizioni e con l'approvazione dello Stato, decretare, come in seguito meglio vedremo, la scissione di sè medesimo in più parti e perfino la sua soppressione, incorporandosi in un altro Comune. Ma ciò non dà carattere volontario all'associazione nel senso che si è enunciato, giacchè in simili casi è sempre la volontà dell'ente che provvede, così come avviene per lo Stato, non la volontà degli associati. La verità è che questa, considerata come tale e non come volontà di 'organi del Comune (1), non può avere influenza giuridica alcuna sulla vita ed anche sul funzionamento del Comune medesimo. I comunisti, singolarmente considerati, altro non possono che rifiutare tale loro qualità ed uscire volontariamente dall'associazione medesima, pur essendo sempre costretti ad adempiere a'doveri che quest'ultima impone. Ma ciò non implica affatto la volontarietà dell'associazione comunale, a meno che non si voglia per la medesima ragione sostenere che sia un'associazione volontaria anche lo Stato, il quale è noto come non costringa nessun cittadino a rimaner tale.

4. La conclusione di quanto abbiamo detto sarebbe che, data la distinzione, che noi crediamo impropria e non utile, per ragioni che qui sarebbe fuori luogo esporre, fra associazioni necessarie e associazioni volontarie, il Comune, rispetto alla volontà degli associati, dovrebbe ascriversi fra le prime e non fra le seconde. Meglio però sarebbe abbandonare tale terminologia e sostituirvene un'altra che sempre più va facendosi strada, specie fra i tedeschi. In sostanza, carattere comune a quelle associazioni o persone che sogliono chiamarsi necessarie, cioè allo Stato, alla provincia, al Comune e così via sarebbe questo: che esse hanno un territorio su cui esercitano i loro poteri e i loro diritti, a differenza delle persone volontarie che, tutte indistintamente, non presentano tale caratteristica. Ora ciò, non solo basta, ma è anche necessario, per come abbiamo detto riguardo al Comune, a stabilire la nozione di tali enti, giacchè da un lato serve a distinguerli da qualunque altro, anche simile ad essi per il fine pubblico che eventualmente potrà proporsi e, dall'altro lato, per caratterizzare il *ius imperii* di cui son dotati e che è inseparabile dalla loro nozione, può essere utile fermarsi appunto sull'elemento del territorio. Ond'è che sembra preferibile adoperare per essi l'espressione di persone o associazioni o anche di corpi *territoriali* (2).

§ 2. *Origine; forme diverse.*

5. Posizione del problema. — 6. Opinione dominante. — 7. Critica di essa. — 8. Distinzione fra il diritto astratto e il diritto positivo. — 9. Distinzione fra la nozione sociologica e la nozione giuridica di Comune. — 10. Segue. — 11. Riconoscimento del Comune da parte dello Stato. — 12. Segue. — 13. Diverse specie di Comune: *a*) il Comune Stato; — 14. *b*) il Comune economico; — 15. *c*) il Comune amministrativo.

5. A prescindere dalle numerose conseguenze che dal tener presente il carattere territoriale del Comune, possono trarsi, sembra che ciò possa aiutarci nel risolvere l'altra questione che dobbiamo esaminare, relativa alla parte, che nella formazione del Comune ha lo Stato.

Anzitutto facciamo rilevare come tale questione soglia ordinariamente esser posta in termini che a noi non sembrano, per lo meno, opportuni. Si suole difatti disputare se le associazioni comunali siano o no *naturali*, per dedurne delle conseguenze circa la necessità dell'intervento dello Stato nella loro formazione e, ammessa questa necessità, per risolvere la nota controversia se questo le crei o le riconosca semplicemente. Qualunque risposta voglia darsi a tali questioni, pare che il distinguere fra istituti giuridici naturali e istituti giuridici creati dalla volontà del legislatore non sia perfettamente esatto e possa riuscire anche pericoloso. Da un lato difatti l'uso di tali espressioni richiama alla mente vecchie teoriche che le moderne tendenze della scienza sembrano condannare, dall'altro lato è oramai opinione incontroversa che normalmente qualunque istituto giuridico abbia un'origine perfettamente naturale e che il legislatore, lungi dal crearlo, non faccia che riconoscerlo, sia pure implicitamente. Inoltre, per risolvere la questione, in verità assai grave e disputata, se il Comune debba, perchè possa giuridicamente esistere, essere *espressamente* riconosciuto dallo Stato, è forse inutile ricercare se la sua origine sia o no naturale, giacchè è noto come tale questione si faccia non soltanto per il Comune, la provincia e i corpi territoriali in genere, ma per tutte le persone giuridiche, non solo pubbliche, ma anche private. Ond'è che, volendo restringere la questione generale ai soli Comuni o anche ai corpi territoriali in genere, è necessario ricorrere ad altri criteri. Senonchè è opportuno, prima di procedere innanzi, esaminare brevemente lo stato della questione, così come si suol porre, sulla naturalità o meno del Comune, rispetto principalmente alle differenze che si vogliono in esso scorgere di fronte agli altri enti locali.

6. L'opinione che si può dire predominante sarebbe, in poche parole, la seguente. Il Comune, esplicazione spontanea del fenomeno della sociabilità umana, è un ente perfettamente naturale, un vero organismo avente una vita propria, delle proprie leggi di sviluppo e di decadenza. La sua origine deve sempre ricercarsi o nel lento e spesso inavvertito sviluppo di un vincolo di coesione fra diverse persone che comunanza di interessi o di sangue pose l'una accanto all'altra, nel medesimo territorio, o in un fatto storico consciente, ma non perciò meno naturale. Fin qui noi non esitiamo ad accogliere siffatta opinione, in tal modo formolata. Le divergenze cominciano quando si vogliono introdurre delle differenze fra il Comune propriamente detto e le associazioni intercomunali, quale sarebbe in Italia la provincia. In queste l'opinione dominante vuol vedere

(1) Così, nell'istituzione del *referendum* amministrativo, che, a prima vista, può sembrare che importi preferenza in certi casi accordata alla volontà individuale degli associati su quella del Comune, egli è, secondo noi, indubitabile che giuridicamente i comunisti, ammessi a partecipare a tale funzione, debbano considerarsi come organi del Comune e la loro volontà come volontà del Comune medesimo.

(2) V., fra gli altri, Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg 1892, pag. 262, e Preuss, che su questo aspetto del Comune, come dello Stato, ha scritto un intero libro: *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin 1889.

degli enti non naturali, ma creati artificiosamente dal legislatore e che perciò ripetono la loro origine, non dal fenomeno della sociabilità umana, ma da un documento legislativo che crea vincoli laddove essi non esistono e, ai fini della pubblica amministrazione, intreccia rapporti che non possono dirsi spontanei e necessarî.

7. Su questa seconda parte della teoria dominante bisogna intenderci. Se con essa s'intende dimostrare che per lo più le circoscrizioni amministrative maggiori o intercomunali, che dir si voglia, non rispondono ai bisogni per cui sono state create, appunto perchè non naturali e non cementate da rapporti reali, da tradizioni, da bisogni effettivi, si dice cosa che può anche essere esatta. Ma quando, prescindendo dal diritto positivo proprio di un dato popolo o di una data epoca, si vuole assorgere ad una teoria generale e sostenere che, all'infuori del Comune e dello Stato, non possono darsi altre associazioni naturali, si chiamino provincia, circolo o in altro qualsiasi modo (1), si dice cosa che a noi pare inesatta. Potrà, p. es., benissimo ammettersi, anzi si può dire opinione comunemente accettata, che la provincia italiana non corrisponda alla coscienza e ai bisogni della nazione, che perciò non sia naturale e che il legislatore abbia fatto male ad istituirla; ma non si potrà certo negare che, se domani si riconoscesse in Italia la regione, a parte ogni considerazione di opportunità e di convenienza politica, essa sarebbe una circoscrizione perfettamente naturale.

8. Da questo punto di vista e così intesa, a noi sembra vera, non fermandoci per ora a discutere sull'espressione in cui si concreta, la teorica sostenuta dall' Orlando, in opposizione a quella che abbiamo detto predominante. Secondo lui, bisogna, nel caso nostro, far distinzione fra il diritto astratto e generale e il diritto positivo. Considerando la questione dal punto di vista del primo, così il Comune come le altre circoscrizioni maggiori avrebbero un'origine naturale. È difatti innegabile che fra Comuni e Comuni ci siano dei rapporti non accidentali, ma necessarî, così sotto l' aspetto economico e commerciale, come anche sotto l'aspetto della giustizia, della polizia, dell'istruzione. Avviene quindi che essi si avvicinino sotto il medesimo impulso che unisce necessariameute gli individui per il soddisfacimento dei loro reciproci bisogni ed interessi, e l' associazione che ne risulta, appunto perchè necessaria, è senza dubbio naturale. Nè si saprebbe trovare una ragione sufficiente per distinguere, in rapporto alla loro origine, i Comuni dagli enti che risultano dall'unione di più Comuni. Dal punto di vista invece del diritto positivo, le circoscrizioni territoriali minori, non meno che le maggiori, esistono in quanto lo Stato le ha riconosciute. Questo potrà per avventura, sia per errore sia per necessità della pubblica amministrazione, essere tratto a creare addirittura delle associazioni che non trovano un riscontro nel fatto, nelle condizioni geografiche o economiche, ossia, per usare l'espressione dell'Orlando, nel diritto filosofico o astratto, e allora il legislatore avrà fatto male, giacchè la sua opera deve essere sempre quella di riconoscere, e non mai di creare, specie quando si tratta di istituti così fondamentali; ma, qualunque sia il giudizio che si vorrà riportare *de legibus*, è indubitabile che *secundum leges*, ogni circoscrizione amministrativa in tanto esiste, in quanto lo Stato lo vuole e, perciò, si può affermare senza preoccupazioni che da esso trae la propria origine (2). E così l'art. 2 del nostro codice civile dice espressamente che sono considerati come persone tutti i corpi morali *legalmente riconosciuti* in genere e in ispecie i comuni, le provincie, gl'istituti pubblici e così via.

È noto come all'opinione dall'Orlando sostenuta in rapporto ai Comuni e alle provincie, corrisponda perfettamente l'altra propugnata specialmente dal Chironi per tutte le persone giuridiche in genere. Anche lui inclina a distinguere il diritto filosofico da quello positivo. Secondo il primo, l'esistenza delle persone giuridiche non sarebbe dipendente dal riconoscimento dello Stato; dal punto di vista invece del secondo, prima che lo Stato non sia intervenuto, la persona giuridica sarebbe del tutto inesistente (3).

9. Noi non dubitiamo di accogliere siffatta opinione, purchè sia meglio determinato il senso da attribuirsi alle parole, veramente un po' equivoche ed inopportune di « diritto filosofico ». Con esse non s'intende già richiamare in vita la ormai tramontata idea di un diritto naturale, di cui il diritto positivo non sarebbe che l'ombra, spesso poco fedele, nè s' intende nemmeno distinguere tra filosofia del diritto e diritto positivo, altrimenti sarebbero giustificate le accuse del Fadda, cui, non a torto, tale distinzione non arride, giacchè la « vera filosofia del diritto indaga quale soluzione di un determinato problema risponda meglio al momento storico » (4). Secondo noi, per restringerci soltanto al Comune, il significato da dare alle parole « diritto filosofico », dovrebbe ricercarsi nella distinzione fra la nozione *giuridica* del Comune e la nozione *fisica* o *sociologica* o *geografica* di esso. Egli è certo che giuridicamente un Comune esiste solo quando lo Stato l' abbia riconosciuto; prima di tale riconoscimento, non si può dire, ai fini tecnici del diritto, di trovarci dinanzi un Comune, giacchè questo non sarebbe nè un subietto di diritto nè una circoscrizione amministrativa. Invece, quando noi vogliamo del Comune studiare il lato, per dir così, sociologico o geografico, allora poco importa che esso con la tale o tal'altra legge, col tale o tal altro decreto sia stato elevato a corpo morale. Anzi può benissimo avvenire che ad un Comune giuridicamente unico corrispondano, geograficamente parlando, due Comuni: il caso anzi è assai frequente anche in Italia, e giova all'uopo ricordare come i migliori trattati di geografia sogliono distinguere, specialmente al fine d'indicarne la popolazione, il Comune giuridico, che designano col nome di « Comune » soltanto, dal Comune geografico, che, quando ne è il caso, designano col nome di « città ».

10. Non ci pare del resto che la distinzione fra la nozione che abbiamo chiamata fisica e la nozione giuridica di un istituto sia nuova: crediamo anzi che essa, largamente applicata, possa non poco giovare a chiarire molte questioni che vengono risolute con criteri così disparati, appunto perchè tolti da ordini d'idee così diverse e che, ciò nondimeno,

(1) Così, ad es., il Presutti, *Il Comune e gli altri enti locali amministrativi* (*Rivista italiana per le scienze giurid.*, XII, 1891, pag. 227).

(2) Cfr. Orlando, *Principî di diritto amministrativo*, Firenze, 1892 (2ª ed.), pag. 135-139, n. 228-236.

(3) Chironi, *Istituzioni di diritto civile*, Torino 1888, vol. I, § 28, pag. 41, e *Questioni di diritto civile*, Torino 1890, p. 392 e segg. V. anche Gianturco, *Sistema di diritto civile italiano* (2ª ed.), Napoli 1894, I, pag. 104.

(4) Fadda e Bensa, in nota al *Diritto delle Pandette* del Windscheid, Torino, Unione Tip.-Editrice, 1896, vol. I, parte I, pag. 813 e segg

si accozzano spesso assieme. E qui ci ritornano alla mente le profonde parole del Gerber: « il giurista che studia i fenomeni della vita morale nelle loro relazioni giuridiche sa benissimo che egli deve scrivere solo un lato della lavagna, che la sua determinazione riguarda fenomeni, la cui origine e il cui contenuto accennano all'azione di generali forze morali e non possono in alcun modo essere esauriti dall'indagine giuridica » (1). Altro è voler determinare un istituto al solo fine di studiarne le relazioni giuridiche che con esso s' intrecciano e che esso produce, altro è il volere indagarne l'*an-sich*, come direbbero efficacemente i tedeschi. Da ciò deriva che un medesimo obietto può essere studiato da due o anche più scienze, ed è un grave errore quel sincretismo metodico, oggi così frequente, per cui non si tengono ben distinte indagini intrinsecamente diverse (2).

Riassumendo: il Comune, come le altre circoscrizioni amministrative, dal punto di vista della scienza geografica e della sociologia, hanno un'origine perfettamente naturale; ma ciò poco importa a noi che di esse vogliamo fissare una nozione esclusivamente giuridica e, dal punto di vista di questa, non dubitiamo di affermare che esse debbono la loro esistenza ad un atto di volontà del legislatore (3).

E con ciò ci pare di avere anche risposto all'obiezione che il Fadda moveva all'opinione del Chironi, riannodando questa alle teoriche della finzione, oramai, come egli ben dice, interamente sfatate (4). Noi difatti abbiamo, nel distinguere i due lati del medesimo istituto, riconosciuto pienamente come il Comune giuridico abbia sempre, o almeno dovrebbe avere, per sostrato il Comune geografico o sociologico.

11. Le precedenti considerazioni ci hanno aperta la via per procedere alla ricerca della vera ragione per cui il Comune ha bisogno, per esistere giuridicamente, del riconoscimento espresso dello Stato: ci siamo difatti oramai sbarazzati dell'unica obiezione realmente forte che contro tale esplicito riconoscimento ordinariamente si suole accampare; quella, cioè, dell'origine naturale dei Comuni medesimi (5). Veramente, anche molti di coloro che di quest'origine naturale tengono gran conto, sono spesso avvertiti dal loro fine senso giuridico che, malgrado tutto, dallo Stato non si può in tal caso prescindere, e cercano di giustificare, chi in un modo chi in un altro, il suo intervento. Così il Giorgi (6) trova che il fatto dell'associazione comunale è naturale originariamente e genericamente, ma che nel concretarsi trova un largo margine, in cui il legislatore può spaziare. Ed il Bianchi (7) fa derivare la necessità del riconoscimento legale dello Stato dalla qualità di persona giuridica inerente al Comune. Dal punto di vista del diritto positivo italiano, egli ha, secondo noi, perfettamente ragione. Ma, attesa la disputa che ferve vivissima nel campo della scienza sulla necessità o meno di tale riconoscimento per tutte le persone giuridiche, noi crediamo opportuno dare ad esso, riguardo al Comune, una base non controversa nella scienza e nello stesso tempo vera anche per diritto positivo.

12. Quale sia questa base, abbiamo già accennato, annoverando fra i caratteri sostanziali del Comune il territorio di cui esso è dotato. Così si avrà anche il vantaggio di permettere a coloro che non credono necessario il riconoscimento dello Stato per le altre persone giuridiche di ammetterlo, come a noi sembra doversi, per i Comuni e le altre circoscrizioni amministrative. È indubitabile difatti che il territorio su cui i Comuni esercitano il loro *ius imperii* sia territorio dello Stato. Altrimenti sarebbe necessario considerare quest'ultimo (e tale idea sarebbe quant'altra mai erronea e pericolosa) (8), come una specie di federazione di più Comuni, per modo che esso verrebbe a mancare d'un territorio veramente proprio. A noi sembra doversi accogliere l' opinione contraria e non considerare il territorio dello Stato come un'unità ideale di quello dei Comuni, ma quest' ultimo come parte reale del primo. E se così è, la conseguenza è evidente. I Comuni non potrebbero da sè farsi padroni di alcun territorio, donde la necessità che lo Stato intervenga ed assegni a ciascuno di essi la sua parte (9). Quest'assegnazione da parte della sovranità di un territorio è condizione indispensabile perchè possa in seguito avvenire quella delegazione di funzioni o poteri da parte dello Stato, che è caratteristica essenziale del Comune moderno, come fra poco avremo occasione di dimostrare. Se tale assegnazione non avvenisse, il Comune potrebbe, nella ipotesi più favorevole, ed ammettendo che queste qualità possano l' una dall' altra separarsi, essere una persona giuridica, un ente morale, come qualsiasi altro, dotato meramente di diritti privati e patrimoniali, ma non sarebbe una persona giuridica pubblica e per conseguenza verrebbe in esso a mancare la qualità di organo dello Stato, oltre che quella di circoscrizione amministrativa. Data dunque l' imprescindibile necessità che il Comune abbia un proprio territorio, dato che tale territorio non può che esser parte di quello dello Stato e che perciò il Comune non può appropriaserlo da sè, ma deve aspettare che gli venga concesso, ne scende la conseguenza che, per diritto moderno, è necessario che il Comune venga riconosciuto dallo Stato (10).

13. Egli è che, dietro un procedimento storico, di cui non è còmpito nostro occuparci, dovuto specialmente alla formazione di grandi Stati unitari moderni, il Comune ha assunto un aspetto che prima non aveva e che bisogna ac-

(1) Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrecht* (3ª ed.), Leipzig, 1880: Appendice I: *Der Staat als Organismus*, p. 221.

(2) V. a questo proposito le osservazioni acutissime del Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* cit., pag. 12 e segg.

(3) In sostanza ha ragione il Vacchelli, *Il Comune nel diritto pubblico moderno*, Roma, 1890, pag. 74-75, allorquando osserva che l'esistenza d'ogni persona giuridica ha un doppio fondamento: uno naturale ed uno giuridico. Non importa però, secondo noi, indagare quale di questi due elementi prevalga nel Comune.

(4) Op. e loco cit.

(5) V., fra i sostenitori di tale teoria, il più autorevole di tutti, il Savigny, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. Scialoja), Torino, Unione Tip.-Ed. 1885, II, § 86. Contra Zitelmann, *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, trad. nella *Legge*, 1881, II, pag. 606, 639, e 671; Aubry et Rau, *Cours de Code civil*, I, § 54; Bianchi, *Corso del diritto civile italiano* (2ª ed.), Torino, IV, n. 6; Giriodi, *Il Comune nel diritto civile*, Torino 1891, pag. 8; Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*, IV; *I Comuni e le provincie*, Firenze 1894, pag. 103.

(6) Op. e loco cit.

(7) Op. e loco cit.

(8) Cfr. Persico, *Principî di diritto amministrativo*, Napoli 1890 (4ª ed.), I, pag. 262.

(9) Vacchelli, *Il Comune nel diritto pubblico moderno* cit., pag. 123.

(10) Cfr. Gierke, nell'*Encyclopädie der Rechtswissenschaft* dell'Holtzendorff, voce *Gemeinde*.

curatamente indagare in tutte le sue parti, perchè si possa avere un'adeguata spiegazione di molti problemi gravissimi ed anche di quello su cui ci siamo finora intrattenuti. Donde la necessità di distinguere le varie specie di Comuni che, nella storia e nella legislazione comparata, s'incontrano più di frequente, allo scopo di determinare quale tipo d Comune dobbiamo noi studiare. Non è una classificazione vera e propria che vogliamo tentare: a parte le difficoltà gravissime e forse insormontabili che essa presenterebbe (1), scarso vantaggio potremmo ricavarne ai nostri fini.

Noi non faremo che accennare, essendo essa abbastanza nota, alla triplice distinzione comunemente accettata e riassunta nelle tre espressioni: Comune Stato, Comune economico e Comune amministrativo. Sotto il primo aspetto, che era il normale nel mondo antico e non è tuttavia scomparso dal moderno, trovandosene qualche traccia, specie nelle federazioni, l'associazione comunale, che ora è parte di quella statuale, s'identifica e coincide con essa, così per la estensione come per la natura dei fini che si propone e l'attività che esplica. Abbiamo detto che tale coincidenza avviene anche per ciò che riguarda l'estensione; è questo un punto su cui bisogna intenderci. La città di Roma, p. es., fu nei primi suoi stadî e per non poco tempo dopo un Comune-Stato: secondo noi, essa continuò ad esser tale, nel senso che abbiamo detto, anche quando cominciò a sottoporre al suo dominio altre popolazioni. Egli è che queste rimasero per molto tempo perfettamente estranee allo Stato romano in quanto non ne erano cittadine e non ne formavano parte integrante, se non per ciò che riguardava la loro posizione inferiore e passiva di gente soggiogata.

Noi dobbiamo in ogni caso prescindere da un esame, sia pure breve e superficiale, di questo primo aspetto che il Comune può assumere: giacchè esso rientrerebbe piuttosto in una trattazione che avesse per obietto la dottrina generale dello Stato e farebbe parte, in ogni caso, del diritto costituzionale.

14. Un po' più da vicino invece ci riguarda, da un certo punto di vista, l'altra specie di Comune: quello economico. Non è certo qui il caso di tentarne una spiegazione storica e, tanto meno, d'indagare a quali leggi di economia pubblica si debba la sua formazione. Facciamo soltanto notare come per solito e nella sua forma più saliente, che è sempre quella del *mir* russo, esso venga considerato o come un avanzo di un collettivismo antico o come una forma attenuata di esso. Ma, anche a prescindere dal caso assai raro che l'associazione comunale si proponga dei fini esclusivamente economici, è facile osservare come questi fini, accanto a degli altri, formino ordinariamente parte non disprezzabile dell'attività del Comune moderno. Anzi, negli Stati moderni per provvedere a degli scopi che l'attività isolata di singoli o anche di semplici associazioni private non potrebbe raggiungere, è tendenza assai spiccata, e che ogni giorno si accentua sempre più, quella di fare del Comune l'organo d'interessi generali a molta parte della sua popolazione. Vedremo appresso come la maggior parte delle attribuzioni di cui sono rivestiti i Comuni italiani rientri appunto in quella sfera di attività che si suol chiamare sociale, in contrapposto a quella giuridica, e come siano per lo più d'indole economica. Accenniamo anzi, a questo proposito, alla nota questione che dobbiamo appresso esaminare e che pone benissimo in luce il gran conto in cui tali attribuzioni son tenute, se cioè esse debbano ritenersi «proprie» del Comune o non piuttosto «delegate» dallo Stato. A parte il modo con cui tale questione dovrà risolversi, ci pare che il semplice fatto che essa viene con tanta insistenza elevata e la tendenza a risolverla piuttosto nel primo senso che nel secondo, sono indizî sufficienti per dimostrare che la coscienza giuridica odierna mira ad attribuire al Comune quelle funzioni che hanno per iscopo il soddisfacimento degli interessi sociali ed economici della collettività comunale.

Tuttavia è bene avvertire che quando noi di Comune economico parliamo, intendiamo sempre alludere ad un Comune che si propone esclusivamente o quasi dei fini che si rannodano direttamente alla produzione, circolazione e distribuzione della ricchezza. Esso quindi differisce sostanzialmente da qualsiasi altro Comune in genere e dall'italiano in specie, che, se spesso, come abbiamo detto, cerca di agevolare la consecuzione di tali fini, ricorre a dei mezzi per lo più indiretti e non ne fa ad ogni modo obietto caratteristico ed esclusivo della sua attività.

15. La nota specifica della terza specie di Comune, che è quella di cui dobbiamo occuparci, deve ricercarsi altrove: nella posizione cioè in cui esso si trova di fronte allo Stato. Esame delicato e difficile quanto altro mai, come quello che deve partire da presupposti non sempre assodati, per giungere alla risoluzione delle questioni più gravi sull'ordinamento dello Stato moderno. L'espressione con cui per solito si cerca designare siffatta posizione è quella per cui il Comune sarebbe un «organo dello Stato». Accettiamo fin da ora tale espressione (riserbandoci di chiarirla e determinare il senso in cui la facciamo nostra) al fine di stabilire con più chiarezza le differenze che separano il Comune amministrativo dalle altre due specie. Mentre nell'un caso il Comune è lo Stato, con cui coincide per l'estensione e per l'attività, il Comune economico al contrario si può dire che non rientri nello Stato. Esso difatti da un punto di vista astratto si può dire che non faccia parte della pubblica amministrazione statuale, con la quale non ha, fino a un certo segno e prescindendo da qualunque ordinamento positivo, che i medesimi rapporti di una qualsiasi associazione di privati cittadini, che si proponga un fine generale pubblico. Resta sempre vero che esso, malgrado ciò, si distingue dalle associazioni private, per il suo carattere di ente territoriale. Il Comune amministrativo invece forma parte integrante dello Stato e non lo si può concepire se non in intima connessione con questo. Una più esatta determinazione della sua indole, della sua posizione di fronte allo Stato e della sua supremazia sui cittadini, formerà l'obietto delle seguenti indagini.

Capo II. — Nozione del Comune amministrativo.

§ 1. *Diversi aspetti del Comune amministrativo e sua personalità in rapporto a questi aspetti.*

16. Il Comune come sede di pubblici uffici locali. — **17.** Segue. — **18.** Il Comune come persona giuridica privata. — **19.** Il Comune come rappresentante d'interessi generali locali. — **20.** Rapporti fra questi tre aspetti: se è necessario che coincidano in uno stesso Comune. — **21.** Loro coincidenza nell'ordinamento italiano. — **22.** Segue. — **23.** Possibilità astratta che non coincidano. — **24.** Mancanza di personalità nel Comune considerato nel suo primo aspetto. — **25.** Cenni sulla personalità privata del Comune. — **26.** Diritti pub-

(1) Sul valore del resto affatto relativo di tale distinzione, v. Vacchelli, *Il Comune nel diritto pubblico moderno* cit., pag. 2.

16. La nozione del Comune amministrativo è così complessa da non potere forse essere unica: con tale espressione difatti vengono, non solo nell'uso comune, ma anche nel linguaggio scientifico indicati rapporti così diversi e disparati, che forse non hanno altra ragione di stare assieme che quella di una casuale e arbitraria coincidenza nell'ordinamento positivo italiano. Còmpito nostro è quindi di tenere anzitutto separati questi diversi aspetti del Comune ed esaminarli l'uno indipendentemente dall'altro: condizione indispensabile questa perchè si possa procedere all'esame dei rapporti che questi diversi aspetti hanno fra loro e cia scuno di essi con lo Stato.

Il primo aspetto del Comune è facile a determinarsi. È nota, e nella sua nozione non presenta difficoltà alcuna, la distinzione fra ufficî dell'amministrazione centrale e ufficî dell'amministrazione locale. Essa, più che da un criterio sostanziale e giuridico muove da un criterio formale, cioè dal fatto della residenza di questi ufficî. Allorquando essi risiedono nel centro dello Stato, cioè nella sua capitale, in quanto questa cioè va da sè, si considera come tale e non come un qualsiasi altro Comune, allora appartengono all'amministrazione centrale; allorquando invece sono disseminati nelle diverse parti del territorio, per quell'imprescindibile bisogno che ha lo Stato di avere dei proprî organi ovunque, allora si hanno ufficî dell'amministrazione locale. Con quale criterio si debba da un lato fissare la residenza dei pubblici ufficî nella capitale e distribuirli nei diversi centri della vita locale e dall'altro lato procedere alla giusta ed armonica ripartizione di questi ultimi, non è certo compito nostro esaminare; del resto crediamo fermamente che si tratti d'un problema, la cui risoluzione non potrà esser data da principî di diritto, ma suggerita da ragioni di oppòrtunità politica. Solo ci preme per i nessi evidenti che tale problema in un certo modo considerato presenta col nostro argomento, notare come esso sia compreso in quella magica parola che ogni giorno più va acquistando nuovi sensi: discentramento.

17. Comunque sia, non è di ciò che noi dobbiamo e vogliamo occuparci: vi abbiamo accennato soltanto per mettere in maggior luce, ricollegandolo alla generale tendenza, il fatto che ci sono dei pubblici ufficî i quali trovano nel Comune la loro residenza. Ecco un primo aspetto, che può anche considerarsi come un fine della circoscrizione comunale: essa da questo punto di vista, deve riguardarsi come *sede di pubblici ufficî locali*, e la sua indole appare perfettamente simile a quella dei circondari e dei mandamenti, in quanto, più che come un'unità organica, essa si presenta come un apparato o per usare una inelegante, ma efficace espressione, un ingranaggio amministrativo. Quali ufficî poi debbano risiedere nel Comune non è, giova ripeterlo, còmpito nostro esaminare. Non è chi non veda come questo primo aspetto del Comune non sia essenziale alla sua nozione, che rimarrebbe perfettamente identica, anche se nessun ufficio dell'amministrazione locale governativa vi trovasse la sua sede. Nulla difatti vieta, come appresso meglio diremo, che a questo fine si istituisca una circoscrizione diversa dalla comunale e non se ne istituisca, come sarebbe forse desiderabile, alcuna, disseminando i vari ufficî dove i bisogni locali lo esigono, senza quella pedante simmetria, che, come fu scherzosamente osservato, porterebbe all'istituzione delle capitanerie di porto anche nelle città non marittime (1).

18. Un secondo aspetto del Comune è anch'esso semplice e vi abbiamo accennato in precedenza allorquando abbiamo parlato dell'opinione che ravvisa la necessità del riconoscimento da parte dello Stato nel fatto che esso è una persona giuridica. Da questo punto di vista, il Comune è difatti un ente morale, che poco differisce da qualsiasi altra persona collettiva di diritto privato. Come tale esso è subietto di diritti patrimoniali ed ha la relativa capacità, riconosciuta oltre che dall'art. 2 del codice civile, anche da innumerevoli disposizioni della legge comunale e provinciale (2). In base a questa capacità, egli possiede ed amministra un proprio patrimonio, assume degli impegni, stringe dei contratti, può ricevere donazioni ed accettare successioni, sottoponendosi alle norme del diritto civile. Alcuni privilegi di cui esso gode, le restrizioni arrecate alla sua capacità civile, di cui appresso dovremo distesamente occuparci, la specialità di alcune norme cui va sottoposto (3) costituiscono, è vero, un diritto che possiamo chiamare eccezionale, ma che non deroga al principio del resto indiscusso (4) che il Comune sia una persona di diritto privato. Come tale, non solo esso può sperimentare, giusta quanto abbiamo detto, dei diritti patrimoniali, ma gode di fronte allo Stato di quei diritti pubblici di cui ogni persona collettiva privata è subietto: vedremo fra poco quali siano questi diritti.

19. Un terzo aspetto del Comune finalmente ci vien dato dal fine ultimo, per cui in sostanza esiste la associazione comunale: di fronte ad esso gli altri due aspetti finora considerati si possono, da un certo punto di vista, riguardare come mezzi diretti al conseguimento di questo fine. Donde la conseguenza che il vero e il sostanziale aspetto del Comune è proprio questo che adesso esamineremo e che si coordina allo scopo del Comune medesimo caratterizzandolo, se è vero che i rapporti, gli istituti giuridici si specificano e s'individualizzano per mezzo dello scopo in essi inerente (5). Nessun

(1) Longo, *Dell'importanza generale di alcune riforme amministrative inglesi* (*Arch. di dir. pubbl.*, vol. III, pag. 169).

(2) Vedi enumerate tali disposizioni dal Giorgi, *Dottrina delle persone giuridiche*, vol. IV; *I Comuni e le provincie* cit., pag. 91. Esse sarebbero racchiuse negli art. segg., del testo unico 4 maggio 1898, n. 164, cui forse se ne potrebbero aggiungere altri: 126, nn. 3, 4, 5; 149, nn. 5, 9; 140; 158; 160; 161; 162, 163, 166-173, 175, nn. 6, 7. Riguardo al cod. civ., oltre l'art. 1, v. anche gli articoli: 425, 432 e 1457.

(3) Vi accenna l'art. 2 del cod. civ.: « I Comuni, le provincie, gli istituti pubblici.... sono considerati come persone, e godono dei diritti civili *secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico* ».

(4) Osserva argutamente il Longo, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi e il diritto amministrativo italiano* (*Archivio di diritto pubblico*, I, pag. 269): « Che gli enti comunali costituiscano delle persone giuridiche, è un principio così universalmente riconosciuto ed ammesso, che quasi quasi una tale concordia si può dire nociva allo studio accurato di tale nozione ».

(5) Il Preuss, invece, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften* cit., pag. 287, nega non solo che si possa trarre partito dal loro scopo per la nozione di Stato e di Comune, ma so-

dubbio, che il Comune sia un'unità teleologica: è soltanto difatti per mezzo dello scopo che permane sempre identico che esso a noi appare come un'unità e quindi come una personalità che, per scorrere di tempo non muta, nonostante che gli individui che lo compongono e gli uomini che lo reggono siano in continuo mutamento. Uno scopo dunque il Comune si propone e, affermato ciò, è facile fare un altro passo in avanti dicendo che, logicamente e anche di fatto, tale scopo non potrà essere altro che il soddisfacimento dei *suoi* interessi e, per usare una frase comunemente adoperata, degli interessi *locali*, cioè di quelli che non escono dai confini del suo territorio. Avremo appresso occasione di vedere come sia oltremodo difficile e, diremmo quasi impossibile, determinare con una formola esatta quali siano gli interessi che si possono dire locali. Vedremo come, per necessità di cose, alcuni interessi, che, in un dato momento storico, appaiono così grandi e vitali da essere ritenuti comuni a tutto lo Stato, in un altro momento, venute meno alcune condizioni e anche per il solo dileguarsi d'una semplice idea, essi si rimpiccioliscono a tal segno da esser lasciati alla cura degli enti locali e talvolta anche dei privati. Ma ciò per ora non c'interessa: l'impossibilità di determinarli in maniera assoluta e immutabile non implica certo che, sia pure relativamente ad un dato periodo di tempo, il Comune non possa considerarsi come il rappresentante d'interessi locali

20. Ecco il terzo aspetto dell'associazione comunale, al quale si riannodano tutte le questioni che dovremo di qui a poco esaminare e che vanno comunemente indicate sotto le espressioni di libertà ed autarchia comunale, di personalità pubblica del Comune, di distinzione tra le funzioni proprie e le funzioni delegate dal Comune medesimo e così via.

Prima di procedere all'esame di esse, crediamo che sia utile continuare a sgombrare, come abbiamo finora tentato, per via di opportune distinzioni, il cammino che ci resta a percorrere. Risultato pratico delle considerazioni già fatte sarebbe quello di riferire le questioni cui abbiamo accennato, non ad una nozione astratta e mal definita di Comune, ma ad un solo aspetto di essa perfettamente delineato nei suoi contorni. Ora crediamo che, a sempre più precisare quest'aspetto, su cui dovremo fondare le nostre indagini future, sia, nonchè opportuno, necessario, vedere quali rapporti intercedono fra esso e gli altri due aspetti su cui ci siamo intrattenuti. In altri termini a noi importa sapere se questi tre aspetti del comune amministrativo moderno, e italiano in specie, debbono necessariamente coincidere o se si possa dare in astratto il caso che un Comune sia sede di uffici locali e non persona di diritto privato o rappresentante d'interessi locali, e così rispettivamente per ciascuno di questi tre lati (1).

21. Nello Stato italiano tale coincidenza si verifica, e le ragioni non debbono ricercarsi molto lungi. Appena cessato il movimento rivoluzionario, da cui trasse origine lo Stato attuale, il legislatore si trovò nella necessità di organizzare *ex novo* la pubblica amministrazione. Ciò spiega e fino a un certo punto giustifica il fatto che l'edificio, venuto su senza una conveniente elaborazione, porti in sè i difetti che son propri di quelle riforme meditate ne' silenzi di un gabinetto, e non introdotte, lentamente e per virtù di continuo adattamento, da necessità storiche, diremmo incoscienti. Il primo e il più saliente di tutti questi difetti è senza alcun dubbio una simmetria ed un'apparente regolarità, che sembra suggerita dal principio d'uguaglianza e da rispetto al sistema, ma che contrasta e viene in urto con gli effettivi bisogni e la realtà delle cose (2).

A suo luogo difatti, abbiamo detto come, secondo noi, non è punto necessario distribuire gli uffici dell'amministrazione locale, tenendo conto della circoscrizione comunale o di quella provinciale o raggruppando, come ha fatto spesso il legislatore italiano, più comuni o più provincie allo scopo di farne sede di un suo ufficio. Nulla vieta in astratto che a questo fine s'istituiscano delle circoscrizioni speciali, ora più estese, ora più ristrette a seconda che si faccia più o meno sentire il bisogno che il governo amministri direttamente per mezzo di un funzionario che risieda in un dato luogo. È impossibile, e non c'è nessuna ragione nè logica, nè storica, nè economica che induca a determinare *a priori* la necessità di un dato numero di uffici pubblici per ogni Comune: tanto più che i Comuni in Italia, hanno, come si sa, un'estensione tanto diversa gli uni dagli altri. Ne risulta da un lato, nei Comuni più grandi, una insufficiente azione governativa nell'amministrazione locale e, dall'altro lato, nei Comuni più piccoli, una soverchia abbondanza d'uffici che riescono, oltre che inutili, dannosi, perchè complicano senza necessità il già abbastanza complicato meccanismo burocratico. Del resto è facile osservare come spesso la necessità di non rispettare le circoscrizioni comunali o le provinciali si è imposta anche al legislatore italiano, quando ha dovuto provvedere all'organizzazione di un dato servizio. Così è avvenuto per l'amministrazione giudiziaria, per la militare, per i telegrafi, per il lotto, per le miniere, per i collegi elettorali e così via.

L'ideale sarebbe che ad ogni pubblico servizio corrispondesse una circoscrizione propria che avesse a fondamento i bisogni effettivi e le esigenze del servizio medesimo. Così, per portare un esempio, non sarebbe punto necessario che in ogni Comune il Governo si facesse rappresentare da un sindaco, e nulla vieterebbe la riunione di diversi piccoli Comuni a questo scopo.

22. Identiche considerazioni si potrebbero ripetere per il secondo aspetto della circoscrizione comunale. Non è affatto necessario che essa, per disimpegnare le sue funzioni di rappresentante gli interessi locali, sia una persona giuridica e disponga di un patrimonio. Alle spese difatti occorrenti per tali funzioni essa potrebbe provvedere altrimenti. In astratto difatti sarebbe benissimo concepibile un Comune che non disponesse di mezzi economici propri e la cui cassa stesse rispetto al fisco nell'identico rapporto in cui, per esempio, sta con questo un'intendenza di finanza qualsiasi. Il Comune allora non sarebbe persona giuridica e non ne avrebbe le attribuzioni, nemmeno ai fini del diritto pubblico (3).

Per quanto però riguarda il diritto italiano, è debito di giustizia affermare come il legislatore abbia fatto bene a riconoscere nei Comuni la qualità di enti di diritto privato. Si può dire che egli, da questo lato, nulla creò e nulla in-

stiene la teoria che essi manchino di scopi. Cfr., in contrario, le osservazioni dello Schulze, *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*, Leipzig 1867, pag. 126.

(1) Cfr. Orlando, *Lezioni di diritto amministrativo* (litogr.), Palermo 1895-96, lez. XXII e XXIII.

(2) Cfr. le osservazioni del Persico, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 251.

(3) Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* cit., I, pag. 339.

novò, limitandosi a sanzionare ciò che da tempo immemorabile già esisteva, per effetto di un procedimento storico di cui sarebbe stato grave errore il non tener conto.

23. La conlusione di quanto abbiamo detto sarebbe che, a parte le ragioni d'opportunità che potrebbero consigliarla, nessuna ragione giuridica richiede che il Comune, rappresentante ed organo degli interessi locali, sia nello stesso tempo sede di uffici governativi e persona di diritto privato. E sarebbe altrettanto facile dimostrare la reciproca, che cioè è perfettamente possibile che ad un Comune si lasci la qualità di ente morale e quella di circoscrizione per la sede degli uffici locali e s'istituisca, per quanto riguarda un dato interesse o anche per tutti gli interessi locali, una circoscrizione apposita più o meno estesa del Comune. Anzi è noto, come dietro gli esempi dell'Inghilterra, adesso venuti meno, in parte per recenti riforme, la tendenza della dottrina è appunto nel senso di far corrispondere ad un dato interesse una data circoscrizione, che si costituirebbe col sorgere dell'interesse medesimo e verrebbe meno col venir meno di esso. Tuttavia, nonostante l'impossibilità di fissare *a priori* l'estensione territoriale, per dir così di alcuni interessi, noi continuiamo a credere opportuna l'esistenza di una circoscrizione permanente che di questi interessi abbia cura, massime in quei paesi dove lo spirito d'associazione è così poco sviluppato. E questa circoscrizione permanente in Italia non poteva essere che il Comune o una riunione di più Comuni.

Riassumendo: i tre aspetti che noi abbiamo distinto nel Comune amministrativo moderno debbonsi tenere fra loro separati, allo scopo di una trattazione scientifica; e ciò non solo perchè tale distinzione è consigliata dalla logica e dalla tecnica giuridica, ma anche perchè potrebbe benissimo darsi che dal campo teorico essa venisse condotta anche nella pratica. E dopo ciò ci riesce di gran lunga agevolato l'esame dei rapporti che passano fra il Comune e lo Stato.

24. Per il primo aspetto difatti della circoscrizione comunale nessun dubbio è possibile. Essa deve considerarsi come una semplice *località*, che la legge ha avuto cura di designare ai fini tecnici dell'amministrazione, ma a cui non ha concesso alcuna personalità. E se questa personalità manca, è vano parlare di rapporti giuridici che essa avrebbe con lo Stato; è noto, difatti, come un rapporto giuridico si possa avere soltanto fra due subietti di diritto. Altrove (1) usando un paragone volgare, ma efficace, abbiamo detto che la divisione dello Stato in circoscrizioni amministrative allo scopo di farne altrettante sedi di uffici locali, ci sembra assai simile alla divisione di una casa in diverse stanze, allo scopo di disporvi i mobili conformemente ai bisogni e ai gusti del suo proprietario: nè l'una, nè l'altra divisione procede con criteri desunti dal campo del diritto. Certo non è neppure concepibile che il Comune abbia un vero e proprio diritto subiettivo a che un ufficio governativo risieda nel proprio territorio, anzichè in quello di un altro. L'unica conseguenza giuridica che dalla divisione dello Stato a questo scopo risulta è la delimitazione della competenza dei singoli uffici locali rispetto agli altri della medesima indole e del medesimo grado: ma ciò, com'è evidente, non riguarda in maniera alcuna i rapporti fra il Comune e lo Stato. In un certo senso, forse non è inesatto affermare che lo Stato, nel procedere a questa divisione, ha di mira il Comune, non come associazione o aggregato di più persone, ma come territorio semplicemente e, da questo lato, ci sembra che l'espressione di «località» sopra adoperata denoti bene l'indole di questo primo aspetto del Comune. Abbiamo già notato, e giova ripeterlo, come da questo punto di vista non c'è alcuna differenza tra il circondario e il mandamento da un lato e il Comune dall'altro: ciò spiega come, nonostante le gravissime differenze che esistono fra queste circoscrizioni in rapporto agli altri due aspetti, la legge comunale e provinciale le abbia nel suo articolo 1° enumerate l'una dopo l'altra.

25. Difficile a stabilirsi è anche il rapporto che intercede fra il secondo aspetto del Comune e lo Stato; giacchè esso non è identico a quello che ogni persona di diritto privato ha con lo Stato medesimo. Ma ciò sarà chiarito più diffusamente appresso: qui ci basti il dire che il Comune, in questo suo aspetto, deve da un lato considerarsi come suddito, e quindi sottoposto alla volontà dello Stato debitamente e legalmente manifestata; dall'altro lato la sua qualità di persona giuridica, cioè di subietto di diritti riconosciutagli dallo Stato, gli conferisce una quantità di diritti che esso può esercitare, non solo verso i cittadini ma anche verso lo Stato. E questi diritti del Comune, come del resto di qualunque altra persona giuridica, bisogna distinguerli in due diverse categorie: privati e pubblici. Si suole comunemente affermare che le persone giuridiche possono godere soltanto di diritti patrimoniali e che la loro attività non esorbiti per conseguenza dal campo del diritto privato. È questo senza alcun dubbio un errore, in quanto si dimentica che diritti privati non possono esistere senza che il loro subietto sia dotato almeno di quei diritti pubblici che valgono a proteggere i privati: è appena necessario rilevare come questi trovano la loro giuridica protezione in quelli e che ad ogni modo la personalità, sia pure privata, è, per se stessa, *iuris publici* (2).

26. I Comuni quindi, in quanto sono persone di diritto privato, godono anzitutto del così detto diritto di libertà. È principio, indiscutibile che, per dare allo Stato una base giuridica, è necessaria un'autolimitazione dello Stato medesimo, e ciò in base alla verità, di cui non è possibile dubitare, che non esiste un diritto senza un limite. Da quest'autolimitazione deriva pei sudditi un campo in cui essi possono liberamente muoversi ed agire, senza che fino a loro giunga un comando superiore che tracci una linea alla loro condotta. È stato ben detto che è caratteristica dello Stato moderno l'avere riconosciuto una tale sfera di libertà che, negli Stati antichi, esisteva solo come fatto e non come principio giuridico. Lo Stato attuale ha avuto cura di assegnare, sia espressamente sia tacitamente, ai suoi funzionari i limiti rigorosi della loro competenza, al di fuori dei quali essi non debbono più considerarsi come tali e la volontà da loro manifestata non deve essere rispettata come volontà statuale. Allo scopo di impedire tale illegittimo intervento degli organi dello

(1) V. nell'*Enciclopedia giuridica italiana*, la nostra monografia sulla voce *Decentramento amministrativo*, n. 37.

(2) Su questo punto, come su altri, specialmente per quanto riguarda la classificazione e la terminologia dei diritti pubblici, non possiamo, com'è naturale, esporre in questo luogo le ragioni che ci hanno indotto a seguire un'opinione piuttosto che un'altra. Rimandiamo all'opera già cit. del Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, specie ai capitoli VII, XV, XVI e XVII, e all'altra del Tezner, *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte von J. Gellinek besprochen von F. T.* (*Grunhut's Zeitschrift f. das priv. u. öff. R.*, vol. XXI). Cfr. inoltre il nostro lavoro *Teoria dei diritti subbiettivi*, Milano 1897).

Stato, ai sudditi sono stati riconosciuti i così detti diritti di libertà e, come noi crediamo si debba dire più esattamente, il diritto di libertà, di cui i singoli diritti che comunemente si annoverano come tali non sarebbero che casi. Contenuto di tale diritto sarebbe la facoltà di respingere le limitazioni illegali che i pubblici funzionari volessero per avventura opporre alla individuale attività che si svolge sia nel campo del diritto pubblico che nel campo del diritto privato: sanzione e conseguenza di tale facoltà sarebbe il diritto di resistenza.

Ora non crediamo che ci sia alcuna ragione che, ammesso tale diritto per le persone fisiche, possa indurre a negarlo alle persone giuridiche: crediamo anzi che esso sia loro necessario, giacchè la loro attività deve esser protetta dalle illegali ingerenze dei pubblici funzionari nello stesso modo in cui è protetto quella dei privati. Va da sè che, come fra i diritti privati ci sono molti diritti di cui le persone giuridiche non possono godere, appunto per la loro qualità di persone non fisiche, così fra i diritti pubblici in genere e quelli di libertà in ispecie, ce ne sono alcuni che sono incompatibili con tale qualità.

27. Oltre ai così detti diritti di libertà, al Comune spettano anche, nel campo dei diritti pubblici, quelli che comunemente vengono chiamati « civici ». Son questi quei diritti per cui lo Stato è obbligato verso i suoi sudditi ad una *prestazione*, mentre per i diritti individuali di libertà, esso è obbligato ad una *omissione*. Primo fra tutti i diritti civici, riconosciuto senza contrasto così al Comune e ad ogni altra persona giuridica, come al singolo, è il diritto alla protezione giuridica dello Stato, così all'interno che all'estero. Anche il Comune, come qualunque altra persona, ha diritto di adire il magistrato (1). Nessun dubbio poi, per quanto riguarda il diritto alla protezione giuridica all'estero, che gli obblighi dei consoli verso i *nazionali*, di cui parla l'art. 23 della legge consolare del 23 gennaio 1866 debbano, finchè ciò è possibile, estendersi alle persone giuridiche e quindi anche ai Comuni, i cui interessi i consoli debbono assistere e tutelare.

Questo per quanto riguarda i diritti civici alla funzione giudiziaria e, in genere, protettrice dello Stato. Per quanto poi concerne i diritti civici alla funzione amministrativa, nessun dubbio anche qui che i Comuni abbiano, come gli individui, dei veri e propri diritti a diversi atti della pubblica amministrazione, sia che questi atti servano ad attestare un rapporto qualsiasi, sia a permettere l'esercizio o anche l'acquisto di un dato diritto, sia finalmente a creare addirittura un rapporto giuridico. Di gran lunga più importante fra tutti gli altri diritti civici di questa categoria è, senza dubbio, il diritto alla tutela degl'interessi, per mezzo della giustizia amministrativa: e questo appartiene ai Comuni non meno che a qualunque altra persona fisica o giuridica.

Per quanto poi riguarda i diritti politici, nulla in astratto vieta che ad essi siano ammessi anche i Comuni come le altre persone giuridiche (2). Non mancano anzi esempi nella legislazione positiva di qualche paese, di Comuni o anche di semplici enti morali di natura privata ammessi all'esercizio del diritto elettorale. Ad ogni modo i diritti pubblici di tale categoria non sono concessi ai Comuni, come complemento necessario della loro personalità di diritto privato; dobbiamo per conseguenza prescindere per ora da essi e occuparcene in luogo più opportuno.

Concludendo: i Comuni considerati nel loro secondo aspetto, se, per molteplici ragioni che saranno svolte appresso, non si può dire che stiano di fronte allo Stato nell'identico rapporto in cui verso lo Stato medesimo si trova qualunque altra persona giuridica, pur nondimeno si possono ad esso contrapporre come subietti di diritti privati patrimoniali e, inoltre, di alcuni diritti pubblici. L'opinione contraria in riguardo a quest'ultimi deriva dal non aver tenuto sufficiente conto della distinzione fra il secondo e il terzo aspetto del Comune, come appresso meglio vedremo, e dall'idea che noi abbiamo censurata, per cui tutti i diritti delle persone giuridiche sarebbero di natura privata patrimoniale.

Alcune limitazioni cui è sottoposta la capacità civile dei Comuni, specie per quanto riguarda i controlli che su di essi esercitano le Autorità governative, si riannodano ad altri punti di vista, su cui dovremo intrattenerci appresso; esse, ad ogni modo, non contradicono al principio generale da noi posto.

28. E passiamo al Comune nel suo terzo aspetto, cioè in quanto è organo d'interessi locali. E qui che trovano la loro sede quelle nozioni così complesse e controverse che vanno sotto il nome di autonomia comunale, libertà comunale, funzioni proprie e funzioni delegate dei Comuni, personalità di diritto pubblico e così via. Tali nozioni noi esamineremo anzitutto prescindendo dal diritto positivo italiano e cercando poi di riscontrare in questo i principî che avremo fissati nella prima indagine.

La prima e basilare questione che ci si presenta si può porre nei seguenti termini: il Comune, quando agisce come rappresentante degli interessi locali agisce in nome proprio e in virtù di poteri che ad esso appartengono per natura propria oppure come organo dello Stato, in nome cioè di questo e in forza di una delegazione? E noto come a tale domanda si risponda da alcuni sostenendo che la sfera di attività esercitata dal Comune sorga dalla stessa natura di esso e che quindi le funzioni comunali non debbono considerarsi come funzioni statuali; altri, invece, pervengono ad una conclusione diametralmente opposta, sostenendo che il Comune è un pubblico ufficio qualsiasi, che non differisce sostanzialmente dai pubblici uffici propriamente detti, nè per l'indole dei poteri che esercita, nè per l'origine loro; altri finalmente pervengono ad opinioni intermedie, per le quali, alcune funzioni dei Comuni sarebbero delegate dallo Stato, ed altre sarebbero proprie di essi. E non manca chi proclama l'inutilità di tale questione credendola priva di conseguenze pratiche, e assolutamente accademica.

29. È facile immaginare come i sostenitori della prima opinione ricorrano volentieri in difesa di essa alla storia più che ad argomenti, diciamo così, di dommatica giuridica.

Ad essi basta stabilire che il Comune storicamente precedette lo Stato, per venire alla conclusione che non è a

(1) Noi qui parliamo del diritto d'adire il magistrato come di un diritto pubblico. Giova però avvertire come ciò sia controversissimo, specialmente nelle scuole tedesche. V. per tutti il Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* cit., II, pagina 337-338 e, fra gli italiani, Fadda e Bensa, in nota al libro 2° del *Diritto delle Pandette* del Windscheid cit., volume I, parte I, pagina 680.

(2) Sui diritti politici delle persone giuridiche, cfr. E. Meyer, nel *Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrecht* dello Stengel, Freiburg i. B., 1890, I, pag. 698.

parlarsi di una delegazione di poteri dello Stato al Comune, ma proprio al contrario di una delegazione del Comune allo Stato. Traggono molto partito dalle condizioni dei Comuni medioevali, dotati di poteri sovrani e indipendenti, e non sdegnano ripetere i principî proclamati in proposito dalla rivoluzione francese, tendenti alla ristaurazione delle antiche libertà comunali.

Tali indagini storiche avrebbero, senza alcun dubbio, un grandissimo valore, solo quando però si dimostrasse che le condizioni che determinarono quello stato di cose continuino a rimanere immutate. Ora a noi sembra che il concetto di Stato moderno differisca talmente, per molteplici punti di vista che qui non è opportuno esaminare, dallo Stato antico e dal medioevale non solo, ma anche da quello che la rivoluzione francese parve per un momento inaugurare, che la prima domanda cui bisogna rispondere per risolvere la nostra questione è la seguente: la nozione di Stato moderno è compatibile con l'esistenza di più enti dotati ciascuno di sovranità? Giacchè non è chi non veda come l'opinione di coloro che sostengono l'appartenenza al Comune di funzioni e poteri propri che si esercitano in virtù di un *imperium* non trasmesso o delegato, attribuisca in sostanza al Comune medesimo dei diritti di sovranità pari a quelli dello Stato e costituenti anzi dei veri e propri limiti per lo Stato medesimo.

30. Ora, posta la questione in tali termini, a noi non sembra difficile rispondere. Nulla in astratto vieta che ai Comuni si riconosca una sovranità propria, opponibile quindi così ai singoli cittadini, come ad altri enti sovrani anch'essi. Ma in questo caso noi non saremmo in presenza di uno Stato unitario, ma di uno Stato risultante dalla federazione di altri piccoli Stati, ciascuno dei quali corrisponderebbe ad un Comune. Quel che a noi sembra indubitabile in maniera assoluta si è che lo Stato unitario moderno non riconosce altra persona sovrana che sè stesso: di fronte ad esso non ci sono che sudditi. Possono, è vero, questi sudditi essere subietti di diritti pubblici anche di fronte allo Stato medesimo, ma tali diritti derivano da una autolimitazione o autobbligazione che dir si voglia dello Stato: riposano quindi sulla volontà sovrana di quest'ultimo, che può a suo piacimento modificarli, estenderli, limitarli. Come la teoria del diritto naturale rispetto ai singoli individui che essa considerava dotati di diritto innati, inviolabili e immutabili, si può dire oramai tramontata per sempre, così per i Comuni si potrebbero ripetere i medesimi argomenti che si sono adoperati contro quella. È questa un'osservazione che ci pare abbia non poca importanza. Secondo noi difatti la questione che oggi si fa per i Comuni è identica a quella che si faceva per gli individui e si può risolvere dallo stesso punto di vista. Quando si afferma che non è lo Stato che delega il suo *imperium* ai Comuni, ma che invece sono stati i Comuni a delegarlo allo Stato, siamo in presenza di un concetto perfettamente parallelo, se non identico, a quell'altro famoso che sosteneva l'alienazione dei diritti dei cittadini allo Stato. E identici sono gli argomenti in difesa dell'una e dell'altra teoria. Così quando, rispetto ai Comuni, si tiene gran conto dell'origine di questi che precedette quella dello Stato e si parla, nella scuola francese, d'un *pouvoir municipal* come *le plus ancien de tous* e che quindi non può appartenere allo Stato che venne dopo, nonostante che sia nello Stato, ciò richiama subito alla mente l'idea basilare del contratto sociale, la preesistenza cioè degli individui allo Stato, il quale, appunto perchè creazione degli individui medesimi, non può avere che i diritti che questi graziosamente gli concedono.

31. Ora ci sembra che, a parte qualunque altro argomento che si potrebbe addurre, il semplice fatto che una teorica si ricollega, per l'origine sua, e per le ragioni con cui si difende, ad un'altra che oramai non trova più sostenitori, basta a costituire la critica della teorica medesima. Del resto, per quanto riguarda gli argomenti che si vogliono trarre dalla origine del Comune anteriore a quella dello Stato, potremmo qui ripetere le considerazioni già fatte, quando di tale origine ci siamo occupati *ex professo*. La conclusione cui pervenimmo, e che scioglie il nodo della questione troncandolo, è che bisogna distinguere la nozione sociologica dalla nozione giuridica di Comune e che, rispetto a quest'ultima, è necessità ammettere che lo Stato dia vita con un atto della sua volontà al Comune medesimo. Il Comune moderno non è più l'antico: esso deve considerarsi, ed a ciò non si pone abbastanza mente, come un nuovo Comune che lo Stato ha creato sulle basi dell'antico e con gli elementi naturali di questo.

L'indagine sociologica, la geografica, e magari la storica, potranno prescindere da questo fatto; ma il giurista non può trascurarlo e deve trarne tutte le importantissime conseguenze che ne derivano. La portata della legge comunale e provinciale è appunto questa: la creazione di Comuni aventi un ordinamento determinato, date funzioni, dati poteri. Poco importa al giurista che questi nuovi Comuni corrispondano per la loro estensione territoriale e per il nome con cui si designano ad altrettanti Comuni preesistenti: ciò del resto avrebbe potuto anche non accadere; per lui il Comune, così com'è, esiste, solo dal giorno in cui la legge andò in vigore (1).

Del resto qual'è la conseguenza che si vorrebbe trarre dall'anteriorità dell'origine del Comune? Potremmo anche noi ammettere, ove ciò non ci sembrasse, non solo giuridicamente, ma anche storicamente, non del tutto esatto, che lo Stato sorse dopo di esso, ma da ciò non concluderemmo che ci sia stata una delegazione di poteri dal Comune allo Stato; ma che invece quest'ultimo abbia assorbito totalmente l'*imperium* del primo e l'abbia trasformato da ente sovrano in un suo organo.

32. Senonchè obiezioni molto più serie di quelle che abbiamo finora combattute sono state messe innanzi alla scuola tedesca che fa capo al Gierke (2). Non già che essa rifiuti gli argomenti di cui abbiamo cercato di dimostrare l'erroneità, ma se ne serve in linea affatto secondaria e come, per dir così, riprova. La dimostrazione che essa dà del suo assunto fa capo a quella teorica che riconosce l'esistenza autonoma di un diritto corporativo (*Genossenschaftsrecht*) nè pubblico nè privato, ma avente una fisonomia propria. Intrattenendoci di tale teorica solo per quanto ci riguarda, diremo che essa considera il Comune alla stregua di qua-

(1) Ciò, com'è naturale, deve intendersi in un senso tutt'affatto relativo alla questione che esaminiamo; giacchè è del resto vero che il Comune presente continua, riguardo i suoi diritti e le sue obbligazioni, l'antico. Vedremo però appresso quale sia il carattere giuridico da dare a questa « continuazione ».

(2) Cfr., fra gli altri, Gierke, *Das deutsche Genossenschafts recht*, Berlino 1868-81, vol. I, pag. 144; Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörpenschaften*, Berlin 1889, p. 174; Rosin, *Souveranität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung*, München 1883, pag. 36, ecc.

lunque altra associazione. Come ogni associazione privata esercita sui membri che la compongono dei poteri che le appartengono e che non derivanó unicamente da una delegazione da parte dello Stato, così *a priori* si può dire, secondo essa, che il Comune deve avere, per tale sua qualità, dei poteri propri sui comunisti. Questi poteri, in sostanza, non sarebbero una specialità del Comune, giacchè di essi sono e debbono essere necessariamente dotate tutte le associazioni anche private. Se ciò non fosse, le associazioni medesime non potrebbero conseguire i loro fini. E se ciò è, non c'è alcuna ragione per chiamare delegato l'*imperium* del Comune e originario quello delle persone giuridiche private. Lo scopo delle leggi con cui lo Stato regola l'attività comunale non è quello di conferire qualche cosa, ma solo quello di riconoscere, o, meglio, *approvare*, in maniera sostanzialmente simile, per quanto formalmente diversa, a quella con cui s'attua il principio che lo statuto degli enti morali dev'essere talvolta approvato dallo Stato.

33. A questa teorica si potrebbero opporre due obiezioni: l'una che il Comune, come la provincia e come lo Stato, non si possono chiamare associazioni se non in un senso assai diverso da quello dato loro dalla scuola del Gierke; l'altra che l'*imperium* esercitato dai Comuni viene così ad assumere un aspetto che realmente non ha.

E incominciamo dalla prima obiezione. Senza intrattenerci su di essa a lungo, ci limitiamo a fare osservare come tutti gli argomenti che si sono addotti contro la identificazione dello Stato con gli elementi naturali che lo compongono, cioè la società, si possono tutti ripetere contro l'identificazione del Comune con le persone che ne fanno parte, ciò che conduce appunto a vedere in esso una semplice associazione. Anche noi, molte volte, nel corso di questa voce, abbiamo adoperato e continueremo ad adoperare l'espressione « associazione comunale », come spesso si adopera quella di « associazione statuale », ma senza attribuire ad essa un significato tecnico e senza volere perciò dire che Comune e associazione sono tutt'una cosa; come nel caso dello Stato, non s'intende certo con quell'espressione dire che fra Stato e società non esiste differenza alcuna. Certo nella nozione di Comune non si può prescindere dagli elementi naturali che formano il suo substrato: il territorio e le persone, ma non si può nemmeno prescindere, come abbiamo a suo luogo detto, dall'elemento della subordinazione cui le persone sono sottoposte verso l'ente. Ma questa subordinazione, e così passiamo anche alla seconda obiezione, è ben dissimile da quella che passa fra una vera e propria società privata o anche pubblica, e i singoli associati. In quest'ultimo caso la supremazia dell'ente riposa sempre sopra il *patto* sociale, e per conseguenza la subordinazione del singolo è *volontaria* e può anche essere infranta, salvo il risarcimento dei danni, come per qualunque infrazione di qualsiasi contratto. Non così per il Comune: la sua supremazia, come quella dello Stato, non è certo contrattuale, ma è *necessaria* e perfettamente naturale. Il comunista non si può ad essa sottrarre, e se vi si sottrae, le conseguenze non sono semplicemente pecuniarié, come nelle vere società, ma potrà darsi che vi venga costretto con la forza di cui lo Stato o il Comune stesso dispone o, anche, che incorra in pene propriamente dett[illegible]
Sotto altro aspetto, il rapporto fra le associazioni volont[illegible]
e i loro componenti riposa sul diritto d'obbligazion[illegible]
dove il rapporto fra gli enti territoriali, che non es[illegible]
vengono chiamati associazioni, sia pure necessa[illegible]
dividui che ne fanno parte è completamente [illegible]
si vuole esprimerlo con una formola giuridi[illegible]
ai concetti di obbligazione, che portano [illegible]
teorica della correlazione fra diritti e d[illegible]
secondo noi, si ricorre, se non a sco[illegible]
al diritto di famiglia: e si dovrà in[illegible]
preferita dal Gerber per i rapporti fra S[illegible]
e che si adatta mirabilmente a quelli fra Co[illegible]
nista. Secondo tale formola gli individui sarebbero [illegible]
della supremazia del Comune, così come di quella d[illegible]
Stato.

34. Si aggiunga a tutto quanto abbiamo finora detto che, pure ammettendo la parificazione completa ed assoluta della supremazia dei Comuni con quella delle altre associazioni, resta sempre vero che essa non potrà dirsi mai originaria, ma riposerà sempre nella volontà e sovranità dello Stato. È evidente difatti che i Comuni e anche qualsiasi associazione sia pure privata, possono avere una propria volontà, che leghi e domini quella dei loro membri, possono su di questi esercitare una vera supremazia, un vero dominio, ma, in sostanza, quando sarà il caso di far valere questa supremazia o dominio che dir si voglia, su quei membri che si rifiutano a riconoscerla e ad ottemperarvi, è sempre allo Stato che bisogna ricorrere perchè con la forza della sua sovranità faccia rispettare il diritto. Nè Comune nè qualsiasi associazione volontaria possono farsi giustizia con le proprie mani: donde la necessità di far dichiarare innanzi tutto il diritto che qualcuno ha disconosciuto dallo Stato e poi ricorrere alla forza pubblica di cui quest'ultimo dispone per far rispettare il diritto già dichiarato. Tutto ciò mostra come, in ogni caso, la supremazia dei Comuni si appoggia a quella dello Stato, non possa sussistere senza di questa, e non è per conseguenza esatto darle il nome di sovranità (2).

35. Ma non solo noi crediamo che la supremazia esercitata dai Comuni non sia sovrana e abbia bisogno nelle sue applicazioni forzate, diciamo così, di quella dello Stato, ma crediamo altresì che essa sia una parte di quest'ultima concessa in esercizio ai Comuni medesimi. Per dare solida base all'opinione da noi sostenuta, crediamo necessario richiamare alcuni principî di capitale importanza, di cui non sempre si tiene il debito conto e che anzi vengono non raramente fraintesi.

Che lo Stato debba nell'esercizio delle sue funzioni servirsi di organi che lo rappresentino, cioè di funzionari, è fuori d'ogni dubbio, altrimenti egli non potrebbe nè possedere nè tanto meno attuare una propria volontà (3). Ora dato

(1) Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrecht*, cit., p. 45 e 226; cfr. anche Laband, *Das Staatsrecht des d. Reiches*, cit., pag. 131 e, in riguardo specialmente al diritto romano, Pernice, *Beziehungen des öffentlichen römischen Rechtes und Privatrechte (Parerga II) Ztschrft f. R. G.* del Savigny, *R. A.*, v, pag. 10).

(2) Cfr. su ciò Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* cit. pag. 272. Blodig, op. cit., pag. 4 e seg.; Ferraris, *Teoria del discentramento amministrativo*, Milano-Palermo 1889 (2ª ed.), pag. 29 e segg., 43 e segg.; Flatschek, *Die Selbstverwaltung in politischer u. juristischer Bedeutung*. Leipzig 1898, pag. 34 e seg., 87 e segg. Per un maggiore svolgimento di tali concetti e delle teoriche che vi si ricollegano rimandiamo senza altro alla voce **Discentramento**.

(3) Sul concetto di funzionario, v. quanto abbiamo detto in questa Raccolta alla voce **Funzionario**.

quest'imprescindibile bisogno dello Stato, si presenta spontanea la domanda: con quali mezzi lo Stato medesimo vi soddisfa? Uno sguardo anche superficiale all'organizzazione e all'amministrazione degli Stati moderni ci mostra come anzi tutto lo Stato possa mettere a profitto la sua sovranità e costringere i suoi sudditi, siano questi persone fisiche o giuridiche poco importa, a divenire suoi organi, a rappresentarlo, a formarne o ad attuarne la volontà. Così vengono adempiute molte funzioni statuali che altrimenti sarebbe impossibile compiere. Nasce in tal modo il concetto del *servizio pubblico obbligatorio*.

Ma vi sono, oltre a questo dei casi, assai frequenti, in cui, sebbene nulla vieti che lo Stato si serva anche per essi del suo *imperium*, pur nondimeno non impone ai suoi sudditi come tali alcun dovere, ma, offrendo dei vantaggi economici o morali a quelli fra essi che vogliano adempire una data pubblica funzione, entra con loro in una specie di contratto. Non già che così conferisca a chiunque il voglia il diritto di divenire suo organo, chè anzi esso può liberamente scegliere, ma tale sua scelta cade solo su coloro che desiderano essere assunti al pubblico servizio, per modo che tien conto della volontà individuale e non impone a nesssuno di entrare nè, una volta entrato, di rimanere nella pubblica amministrazione. Nasce così, fra parecchie altre secondarie su cui non importa insistere, la nozione di *pubblico impiego*.

Abbiamo finalmente un terzo mezzo con cui lo Stato si provvede di funzionari: è il caso in cui esso non impone, come nel primo, un dovere, non scende, come nel secondo, a patti, ma dà ampia facoltà a tutti o ad alcuni dei suoi sudditi, siano persone fisiche o giuridiche, di compiere o non compiere una data funzione, naturalmente con l'osservanza di alcune forme e date certe condizioni da esso già fissate. Questa facoltà dà origine alla nozione di *diritto politico*, il quale sarebbe per l'appunto il diritto di partecipare alla vita politica e amministrativa dello Stato; di divenire attivi per conto e in nome dello Stato medesimo, di formarne o anche semplicemente attuarne la volontà. Il diritto politico adunque, e ciò è bene tener presente, ci appare come un mezzo di cui lo Stato si serve per l'adempimento delle sue funzioni. Egli profitta di certe tendenze ed interessi, siano materiali o morali poco importa, che si trovano fra i suoi sudditi per fare questi suoi organi, senza ricorrere ad un'imposizione che, per quanto giustificata, riesce spesso odiosa e senza offrire in ricompensa alcun vantaggio.

36. Premesso ciò, sorge spontaneamente la domanda: i Comuni, persone giuridiche, diventano sotto qualcuno dei tre aspetti che abbiamo or ora esaminato, organi statuali? La risposta, da un punto di vista astratto, non è difficile. E in primo luogo nessun dubbio che al Comune lo Stato abbia imposto come dovere il disimpegno di alcune funzioni pubbliche. Anche coloro che sostengono che la sfera d'attività esercitata dalle circoscrizioni comunali sia propria di esse, sono poi costretti a riconoscere alcune eccezioni al principio generale, quando dividono addirittura, come avviene spessissimo, le funzioni comunali proprie e le delegate (1). Anche ai tempi della rivoluzione francese, proprio quando, cioè, ci si sosteneva con una convinzione che non ammetteva dei dubbi, l'esistenza e l'indipendenza del *pouvoir municipal*, la legge del 14 dicembre 1789 distingueva due specie di funzioni in quelle esercitate dai Comuni: « les unes propres au pouvoir municipal, les autres propres à l'administration générale de l'Etat et déléguées par elle aux municipalités » (art. 42). Anzi l'idea della distinzione è sorta per l'appunto in Francia e durante la rivoluzione (2).

Comunque sia, a noi basta stabilire che l'esistenza di alcuni doveri da parte del Comune relativamente ad alcune sue funzioni rimane fuori d'ogni dubbio. Del resto, la distinzione, che, anche per diritto positivo italiano, è vera, tra funzioni obbligatorie e funzioni facoltative, specie nelle sue relazioni con le spese rispettive, il fatto, che, laddove il Comune non ottempera a questi suoi doveri, vi si sostituiscono le Autorità governative e così via, tutto ciò dimostra come ai Comuni vengono imposti dei servizi pubblici e che, da questo lato, debbono considerarsi organi dello Stato.

Poche considerazioni possiamo fare sulla seconda specie di pubblici funzionari, relativamente ai Comuni, poichè sta in fatto che essi non disimpegnano pubbliche funzioni retribuite dallo Stato (3). Ed in ogni caso una persona giuridica non può considerarsi come rivestita di un pubblico impiego, nel senso stretto della parola: sono sempre, per ragioni che qui non importa indagare, le persone fisiche che lo Stato ammette al suo servizio, offrendo loro, in ricambio, una retribuzione, che assumono la qualità d'impiegati. Certo le rette che lo Stato corrisponde ai Comuni sulle imposte, p. es., o sulle tasse che esso riscuote, assumono un carattere giuridico ben diverso da quello di uno stipendio.

37. Resta il terzo aspetto: i Comuni godono di diritti politici? Secondo noi, la risposta affermativa non può essere, prescindendo dal diritto positivo di questa o quella nazione, dubbia. Anzi, come abbiamo osservato, vi sono delle legislazioni in cui ciò è apertamente ammesso e ai Comuni sono conferiti dei diritti elettorali, nè più nè meno che a qualunque cittadino. Va da sè, e merita appena d'essere avvertito che, quando noi parliamo di diritti politici, non ci restringiamo solamente a quelli che ordinariamente vanno sotto tal nome e che appartengono alle persone fisiche, ma intendiamo parlare di qualunque diritto, avente per obietto la partecipazione alla vita politica o amministrativa dello Stato. Ora nulla vieta che ai Comuni si conferiscano diritti di tal sorta; per modo che essi possano esercitare questi diritti, anche quando un'Autorità governativa cerchi di impedirneli (4).

Vedremo fra poco se e in quanto l'essere subietti di tali diritti conferisca ai Comuni quella personalità di diritto pubblico che spesso viene loro attribuita sia in antitesi a quella di diritto privato, di cui ci siamo occupati, sia per distinguere l'intera attività dei Comuni da quella degli altri enti non territoriali.

Senonchè, arrivati a questo punto, si rendono necessarie

(1) Così, p. es., il Giorgi, *Dottrina delle persone giuridiche*, vol. IV: *I Comuni e le provincie* cit., pag. 66.

(2) Cfr. su ciò Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* cit., pag. 264; Löning, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht*, pag. 181; Flatschek, op. cit., pag. 50 e segg.

(3) È questo un principio generale che si trova sancito anche nel nostro diritto positivo: « I Comuni e le Provincie sono tenuti a compiere gli atti di pubblica amministrazione che loro sono dalle leggi commessi nell'interesse generale; non hanno diritto per questo a compensi, a meno che non siano determinati dalla legge » (art. 270 l. com. e prov., testo unico del 1898).

(4) Longo, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi e il diritto amministrativo italiano* (*Archivio di diritto pubblico*, I, pag. 267); Romano, *Teoria* cit., p. 99.

alcune osservazioni. Noi abbiamo detto che il diritto politico è un diritto ad una funzione statuale. Dunque il diritto politico dei Comuni e le funzioni statuali che in virtù di tali diritti si esercitano non sono la medesima cosa. Gli uni appartengono ai Comuni, le altre sono dello Stato ed essi non li esercitano che come suoi organi. Da ciò deriva la importantissima conseguenza che, ammessa la distinzione tra funzioni obbligatorie e funzioni facoltative, non ne scende che le prime sono delegate dallo Stato e le seconde proprie dell'ente comunale. Anche queste sono, per come abbiamo detto, funzioni statuali e il Comune le disimpegna in nome e per conto dello Stato: l'unica differenza è che nell'un caso si ha il dovere, nell'altro il diritto di divenire organo della pubblica amministrazione. L'opinione contraria muove da una deplorevole e pur troppo frequente confusione fra la nozione di diritto politico e quella di pubblica funzione (1). Vero è che l'una e l'altra si trovano spesso riunite, appunto perchè ad una funzione si può aver diritto, ma ciò non toglie che i due concetti si debbano tenere completamente distinti, a fine di evitare dei pericolosi equivoci.

38. È inoltre da notarsi che non sempre i poteri di cui il Comune appare investito di fronte ai cittadini costituiscono, nei rapporti fra il Comune medesimo e lo Stato, dei diritti appartenenti al primo. Potrà darsi invece che tali poteri costituiscano, anche quando son discrezionali, dei veri e propri doveri. Ad ogni diritto difatti corrisponde un potere, ma non è vera la proposizione reciproca che ad ogni potere corrisponda un diritto (2), o, per essere più esatti, ciò che è diritto relativamente ad una persona può esser dovere relativamente ad un'altra persona. Per regola generale anzi, il potere discrezionale, connesso sempre ad una pubblica funzione, deve riguardarsi come un dovere, in tanto più grave in quanto il suo contenuto non è ben determinato; e ciò per la ragione semplicissima che il pubblico funzionario deve, nell'esercizio di esso, aver sempre di mira l'incremento e l'utilità dell'amministrazione: nè si dica che a tale dovere mancano delle sanzioni rigorose, chè anzi esso costituisce la base di molte responsabilità amministrative (3). Inoltre il pubblico funzionario non l'esercita in nome proprio, ma per conto della pubblica Amministrazione; per cui, in sostanza, si può dire che il diritto politico appartiene a colui che l'esercita, laddove il pubblico potere, come la pubblica funzione, di cui esso altro non è che un aspetto, appartiene allo Stato.

È giunto il momento di riassumere il risultato delle nostre indagini. Il Comune moderno, in quanto (ciò va da sè) non si considera come una persona di diritto privato qualsiasi, ci appare come un organo e un rappresentante dello Stato; l'attività che esso esercita è attività statuale attribuitagli dalla legge. Ciò non toglie che esso possa avere un vero e proprio diritto alle sue funzioni, nè più nè meno come il cittadino ha, per es., diritto alla funzione elettiva; donde la distinzione fra attività necessaria e attività facoltativa dei Comuni. Questa ultima sarebbe forse opportuno suddividerla, a seconda che il titolo, per dir così, con cui il Comune agisce, sia un diritto subiettivo vero e proprio o un potere discrezionale.

39. Dopo ciò ci resterebbe ad esaminare come il diritto positivo italiano abbia attuato i principî suesposti: se al Comune italiano cioè incombano semplicemente dei doveri o se gli spettino anche diritti ad alcune funzioni. Ma tale esame, difficilissimo e pieno di controversie quanto altro mai, ci costringerebbe ad anticipare, a proposito di esso, la soluzione di alcune questioni su cui dovremo appresso intrattenerci. Quando parleremo delle diverse specie di attività del Comune, del fondamento giuridico dei controlli che dei suoi atti invigilano la legalità e l'opportunità nei diversi casi, avremo occasione di tornare sull'argomento ed occuparcene *ex professo*. Per ora, ad ogni modo, sarà opportuno annunziare brevemente e senza soffermarci a dimostrarla, la nostra opinione.

Noi crediamo che il diritto positivo italiano abbia riconosciuto in astratto al Comune dei veri e propri diritti subiettivi all'esercizio delle sue funzioni, ma che, subordinando quest'esercizio ad una autorizzazione che in tutti i casi e volta per volta deve ottenersi dalle autorità tutorie, abbia dato vita ad un sistema che, mentre riconosce teoricamente il principio della personalità pubblica del Comune, funziona praticamente in modo da spiegare, se non giustificare, l'opinione di chi, fermandosi solo su certi lati del problema, si è affrettato a venire alla conclusione, da noi non interamente divisa, che le applicazioni che di tale principio si son fatte sono tali da distruggerlo quasi completamente (4).

Ed in vero il principale argomento con cui si nega che il Comune italiano abbia un vero e proprio diritto subiettivo all'esercizio delle sue attribuzioni si è rinvenuto nel rapporto intercedente fra il Comune medesimo e l'Autorità governativa. Poichè, si è detto, mediante questo rapporto, l'Autorità governativa può controllare gli atti del Comune, il quale a sua volta a tale controllo deve sempre assoggettarsi, v' ha una vera e propria dipendenza gerarchica che rende il Comune simile a tutti gli altri uffici statuali privi di personalità e, per conseguenza, di diritti all'esercizio di pubbliche funzioni (5). Sembra però che siffatto ragionamento, a prima vista semplice ed esatto, celi un equivoco. Ci sono controlli che, lungi dall'escludere, presuppongono la personalità dell'ente che vi è sottoposto. Così la tutela amministrativa si esplica verso i Comuni mediante atti che rientrano nella categoria delle autorizzazioni amministrative. Questi atti, secondo il loro genuino concetto, debbono « essere diretti ad un subietto giuridico diverso da quello dal quale emanano o, per dir meglio, diverso da quello di cui fa parte l'Autorità che li emana (6) ». E non solo essi presuppongono che l'ente autorizzato sia un subietto giuridico, ma presuppongono anche che quel diritto di cui viene autorizzato soltanto nel caso concreto l'esercizio, esista, altrimenti si avrebbe una concessione (7). Quest'ultima crea il diritto subbiettivo, il quale invece, quando si tratta di autorizzazioni, preesiste, sebbene allo

(1) Cfr. Hauriou, *Précis de droit administratif* (2ª ed.), 1893, pag. 81-82.

(2) Cfr. lo studio del Vacchelli, *Diritto e potere pubblico*, Macerata 1895, pag. 7 e segg.

(3) Cfr. Vacchelli, op. cit., pag. 29.

(4) Cfr., in questo senso, Longo, op. cit., pag. 321 e segg.; 329 e segg.

(5) Longo, op. e loco cit.

(6) Ranelletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative* (*Giurisprudenza It.*, 1894, IV, pag. 7 e segg., n. 13 e 19).

(7) Ranelletti, op. e loco cit., n. 25-26.

stato potenziale. Lo stesso potrebbe dirsi riguardo al controllo legale. Esso, a non parlare del caso in cui è diretto a costringere il Comune all'esercizio di una attribuzione obbligatoria, si esplica mediante atti che, se non sono autorizzazioni, presuppongono come queste, anzi *a fortiori*, la personalità dei Comune medesimo, in quanto che non fanno che constatare la mancanza d'illegalità. Nei Comuni italiani dunque non è la personalità che manca e nemmeno, sotto certi punti di vista, la capacità di agire: solo questa deve essere volta per volta, non conferita, ma riconosciuta, sempre che gli atti relativi non siano contrari alle leggi e in alcuni casi anche alla convenienza amministrativa. Siffatti controlli sono suscettibili, a loro volta, di essere sottoposti ad altri controlli che ne assicurino il legale esercizio e che possano esercitarsi anche per mezzo di ricorsi ad autorità contenziose. Non così, il più delle volte, per mezzo di vere e proprie azioni dinanzi i tribunali ordinari, giacchè, dato il principio fondamentale che questi possono dichiarare la illegittimità degli atti amministrativi, ma non annullarli, modificarli o sostituirli, ne viene che il Comune, il quale, per agire, ha bisogno che un atto amministrativo sia emanato o che, per lo meno, trascorra un dato periodo di tempo senza che siffatta emanazione abbia luogo, resterebbe sempre nell'impossibilità di esercitare i suoi diritti: l'azione dinanzi l'autorità giudiziaria, più che inammissibile per i principî generali, sarebbe inutile.

§ 2. *Autarchia comunale e amministrazione diretta dello Stato.*

40. Origine della teorica — 41. L'autarchia come concetto giuridico. — 42. L'ente autarchico è organo dello Stato. — 43. Autarchia e libertà giuridica. — 44. L'autarchia secondo Gneist. — 45. L'autarchia secondo Meyer. — 46. Dottrine prevalenti in Italia. — 47. Autarchia e gerarchia. — 48. Amministrazione di Stato indiretta e autarchia. — 49. Autarchia e personalità pubblica. — 50. Definizione dell'autarchia. — 51. L'autarchia dei Comuni italiani.

40. Arrivati a questo punto, è venuto il momento di domandarci: in quale connessione con i principî superiormente svolti sta il concetto di autonomia o autarchia comunale, di cui tanto si parla oggigiorno?

È noto come il concetto di autarchia comunale non sia, per dir così, nato in casa nostra, frutto di un'evoluzione spontanea, ma, siccome comunemente si crede, sia stato importato nel continente da quella medesima Inghilterra che già vi avea importato le forme costituzionali (1). È opinione generale che siano stati i magistrali libri dello Gneist sul diritto amministrativo inglese che abbiano divulgato la nozione del *selfgovernment*, da cui sarebbe nata direttamente quella dell'autarchia comunale (2). Altrove (3) noi abbiamo cercato di dimostrare come ciò non sia del tutto esatto e come nella dottrina del *pouvoir municipal*, svoltasi ai tempi della rivoluzione francese, si possa, per quanto in embrione e alquanto dissimile, trovare la odierna teorica dell'autarchia comunale. Non mancano poi coloro i quali cercano di riattaccare la tendenza, divenuta oramai generale, a questa autarchia con le antiche libertà di cui godettero i Comuni nel medio-evo, dimenticando così che da molto tempo le dinastie assolute, procedendo alla formazione dei grandi Stati unitarî moderni, aveano cancellato, si può dire, ogni traccia di questo fatto, riducendo i Comuni medesimi a delle semplici « località », come si disse durante la rivoluzione francese, quando questa parve per un momento che in ciò volesse ritornare all'antico ordine di cose. Ma nemmeno la rivoluzione potè, tranne che mediante leggi inapplicate e inapplicabili, operare questo ritorno: da troppo tempo vigeva quell'ordinamento e del resto l'organizzazione dello Stato non avrebbe permesso allora, come non permetterebbe ora, la restituzione ai Comuni dei loro antichi diritti sovrani (4). Ciò avrebbe portato necessariamente allo sfacelo degli Stati unitari e all'istituzione di altrettante federazioni. E ciò ben comprese il genio di Napoleone, quando organizzò l'amministrazione francese sulla base di quel rigoroso accentramento che trova la sua antitesi perfetta nel decentramento inglese. Cosicchè, quando oggi di autarchia o decentramento si parla, non s'intende già sostenere la sovranità dei Comuni e l'indipendenza del così detto *pouvoir municipal*, ma si ha, il più delle volte, di mira un ordinamento amministrativo assai simile all'inglese e dissimile, per parecchi riguardi, da quello che è per regola adottato dagli Stati continentali, cioè il francese.

41. Anzitutto, sul limitare di questa parte della nostra trattazione, si presenta un problema: il concetto di autarchia ha un contenuto giuridico o rientra nel campo della politica o della scienza dell'amministrazione? Non manca qualche scrittore che sostiene quest'ultima opinione (5) e sono poi numerosi coloro i quali trattano l'argomento da ambedue i punti di vista, senza tenerli sufficientemente distinti l'uno dall'altro, donde spesso una grande confusione non solo fra i criterî con cui si procede all'indagine dei mezzi necessarî all'attuazione di un vero decentramento, ma anche nel concetto stesso, nella definizione di autarchia. Laonde non recherà alcuna meraviglia se, per esempio, si disputa finanche se l'amministrazione autarchica debba riferirsi soltanto a quella comunale o possa trovare applicazione anche all'infuori degli enti locali territoriali o non (6). Ed è nota l'ardita teorica del Laband, il quale cerca appunto di definire il rapporto giuridico di federazione come un rapporto autarchico, teorica che è stata in Germania seguita da non pochi scrittori, come lo Zorn, l'Ulbrich, il Gareis, il Gaupp, il Rosin e, nientemeno, dal Gierke. A noi, com'è

(1) Non è un fatto puramente casuale che il problema dell'autonomia locale sia stato posto e risoluto dopo quello della costituzione politica: cfr. su ciò le osservazioni del Vacchelli, *Il Comune nel diritto pubblico moderno* cit., pag. 7.

(2) Così, p. es., il Laband, op. cit., I, pag. 94.

(3) V. la nostra monografia più volte cit. sulla voce *Decentramento amministrativo*, n. 6-8, nell'*Enciclopedia giuridica*.

(4) Non ci sembra però esatto il dire che la rivoluzione non facesse « che compiere quel lavoro d'accentramento, quel processo di sagrificio della vita locale all'onnipotenza del Governo centrale, cui da lunghissimo tempo avea posto mano la monarchia », come afferma il Bertolini, *Dal Comune allo Stato*, Roma 1892, pag. 128. Tale lavoro d'accentramento devesi invece al Consolato.

(5) Löning, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, p. 34.

(6) Cfr. una lista di scrittori che sostengono l'identificazione dell'amministrazione autarchica con la comunale in Meyer, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, cit., pag. 283, e, più compiutamente, in Blodig, op. cit., pag. 20 e segg. In senso contrario cfr. lo stesso Meyer, *ivi*; Jellinek, op. cit., pag. 278; Laband, *Das Staatsrecht* cit., pag. 94 e gli autori da lui cit. a pag. 100, nota 1; Blodig, ibid.; Hatschek, op. cit., pag. 97 e segg.; Ferraris, op. cit., pag. 10.

naturale, non spetta occuparci di quest'ultima questione: facciamo solo rilevare come, anche ammessa l'opinione del Laband, sarebbe sempre spediente parlare di un'autonomia o autarchia costituzionale e di un'altra amministrativa o, in altri termini, come fa il Blunstchli (1), di un « autogoverno » e d'una « autoamministrazione ».

Noi, qualunque sia il giudizio che si voglia avere sull'ammissibilità del primo, dobbiamo occuparci soltanto della seconda. Sull'estensione di questa e sulla sua applicabilità anche a corpi non territoriali, avremo in seguito occasione di manifestare il nostro avviso. Per ora dobbiamo rispondere alla prima domanda che ci siamo rivolta: il concetto d'autarchia rientra nel campo del diritto? La questione a noi non sembra dubbia. Finchè si parla dell'opportunità o meno d'introdurre in un dato Stato l'ordinamento autarchico, dei mezzi che sono necessarî perchè tal fine sia raggiunto e tale ordinamento funzioni bene, allora siamo sicuramente nel campo della politica amministrativa. Ma, quando si tratta di esaminare il rapporto che intercede fra un corpo autarchico e lo Stato, fra la competenza dell'uno e quella di altri organi o uffici statuali, allora rientriamo perfettamente nel campo del diritto amministrativo e le relative questioni debbono risolversi in base a principî giuridici e a disposizioni di legge.

Forse sarebbe opportuno dare maggior peso a questa distinzione fra i due lati del problema, indicando il primo coll'espressione « decentramento » e il secondo con l'espressione « autonomia » o meglio « autarchia ». Si avrebbe così il vantaggio di non confondere indagini fra loro distinte usando una terminologia che non si allontanerebbe dall'uso comune.

42. E cominciamo dal lato giuridico, avvertendo come la grande confusione che abbiamo già notata nei criterî con cui ordinariamente si procede a tale esame ci costringerà spesso ad occuparci di definizioni e di argomenti che esorbitano dal campo del diritto, nonostante l'opinione contraria dei loro sostenitori. E innanzi tutto ci pare che quanto abbiamo finora detto sull'impossibilità di riconoscere ai corpi locali un'autarchia sovrana porti alla conseguenza importantissima che sarà bene non perder mai di vista, che cioè l'autarchia deve sempre considerarsi come amministrazione dello Stato. Anche quando il Comune ha un diritto vero e proprio all'esercizio di una pubblica funzione, questa sarà esercitata sempre, come abbiamo cercato di dimostrare, in nome e per conto dello Stato, giacchè altro è il diritto alla funzione che si appartiene al Comune, altro è la funzione medesima che rimane statuale. Da ciò discende che il Comune come in genere gli altri enti autarchici debbono considerarsi come organi dello Stato.

Si potrebbe a questo proposito disputare se la nozione di autarchia trovi luogo riguardo al Comune considerato soltanto come organo d'interessi locali o anche come persona di diritto privato. Noi preferiamo quest'ultima opinione.

Avremo difatti occasione di dimostrare in seguito come la personalità privata del Comune sta di fronte a quella pubblica nel medesimo rapporto che il fisco allo Stato. L'una è inscindibile dall'altra, nel senso che possono darsi persone giuridiche che siano soltanto private, ma non persone pubbliche che non godano della personalità privata.

Dall'altro lato è innegabile che allora si può parlare di ente autarchico, quand'esso, oltre ad essere un ente morale qualsiasi, eserciti anche pubbliche funzioni. Questo è il lato sostanziale cui l'autarchia si riferisce: gli altri lati vengono in considerazione sussidiariamente e per incidenza. Laonde non si può esitare a respingere la teoria, per esempio, del Rösler, che vede un'attività autarchica in ogni attività, compresa quella dei singoli cittadini, che appaia indipendente dagli organi della pubblica amministrazione. E si comprende facilmente come, messo su tale sdrucciolevole pendio, egli si spinga fin dove nessuno può certo consentire, a comprendere cioè nell'autarchia la libertà di matrimonio, d'associazione e di riunione, di coscienza e così via (2). Domanda a questo proposito ragionevolmente il Laband se è autoamministrazione anche il leggere i giornali, mangiare, bere, prender tabacco (3). E, a dire il vero, ammesso il concetto del Rösler, non si saprebbe dove fermarsi, e qualunque insignificante facoltà, non solo creata dall'ordinamento giuridico, ma anche, a volere esser logici, fisica e naturale, dovrebbe ricadere nel concetto di autoamministrazione.

43. Tale teorica evidentemente ha il suo punto di partenza e la sua spiegazione nel fatto che non sempre si tengono ben distinti due concetti che potranno avere fra loro dei punti di contatto, ma che pur nondimeno sono essenzialmente diversi, per non dire opposti: libertà giuridica e autarchia. La prima appartiene così agli individui come agli enti morali e perciò anche ai Comuni, la seconda non può mai riguardare il semplice cittadino, giacchè l'amministrazione privata di esso non interessa menomamente lo Stato ed esce quindi fuori dei limiti del diritto pubblico. Libertà giuridica significa non intervento dello Stato, autolimitazione di questo, laddove, come abbiamo notato, autarchia importa sempre amministrazione statuale e quindi azione dello Stato medesimo. Per restringerci ai Comuni, bisogna dunque, per non cadere in equivoci gravissimi, le cui gravi conseguenze abbiamo visto nella teorica del Rösler e di altri, tenere logicamente distinte le due nozioni di libertà comunale e autarchia comunale (4). La prima si riferisce al Comune, in quanto esso viene in rapporto non coi funzionari che hanno il potere di limitare la sua autarchia, ma con altre Autorità che tale potere non hanno.

Così, per esempio, se il prefetto annulla illegalmente una deliberazione del Consiglio comunale diremo che è stata offesa l'autarchia del Comune; laddove, se un ufficiale di pubblica sicurezza impedisce una riunione del Consiglio medesimo, offende la sua libertà; e ciò perchè il prefetto ha la cura di sorvegliare sulla amministrazione comunale, cura che non può riconoscersi all'ufficiale di pubblica sicurezza.

Il rapporto che nel secondo caso si stabilisce fra lo Stato e l'ente comunale è perfettamente identico all'altro che si stabilisce fra lo stesso Stato e i singoli cittadini, in virtù del diritto di libertà a questi ultimi spettante. Come per gli individui, così per i Comuni esiste una *Staatsfreie Sphäre*, in cui essi si muovono liberamente, e ciò in base al principio dell'autolimitazione giuridica dello Stato da una parte e dall'altra per conseguenza del fatto che in talune cose il diritto fino ad oggi non è entrato, come nei rapporti interni

(1) *Politik als Wissenschaft*, pag. 98.

(2) Rösler, *Das sociale Verwaltungsrecht*, 1872, I, pag. 43 e segg.

(3) Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* cit., I, p. 98.

(4) Vacchelli, *Il Comune nel diritto pubblico moderno* cit., pag. 30 e segg.

della famiglia, in altre non può entrare, come nella coscienza, in altre finalmente non deve entrare. Da questi due punti di vista, nasce così per gli individui, come per i Comuni, il diritto di libertà in tutte le sue svariate applicazioni, che costituisce un limite per lo Stato o, meglio, per i suoi organi, oltrepassato il quale, si ha una violazione di diritti individuali ossia un'indebita ingerenza, che può provocare o un'azione dinanzi il magistrato competente o anche, se ne è il caso, l'esercizio del diritto di resistenza.

Invece, il concetto di autarchia non può riferirsi alle semplici persone di diritto privato, giacchè la loro amministrazione non interessa lo Stato, e perciò esse non possono considerarsi come organi di quest'ultimo, ma soltanto come sudditi. Donde la conseguenza, già da altri notata (1), che l'autarchia è qualche cosa di più della libertà, sebbene anch'essa, non implicando poteri sovrani, si svolga secondo e nei confini del diritto.

44. Stabilita tale distinzione, possiamo fare un altro passo innanzi. Autarchia, come l'esame etimologico della parola chiaramente ci dice, significa amministrarsi da sè stesso, ma, nel medesimo tempo implica, come ben nota il Laband (2), la possibilità che si venga amministrati da altri: ove tale possibilità non esistesse, sarebbe, com'è naturale, vano parlare di autarchia. Ora che cosa significa giuridicamente amministrarsi da sè stesso?

Posta la domanda in questi termini, è facile spiegarsi come sia tendenza comune a molti scrittori il porre in rilievo la persona che amministra. Poichè non è possibile che un ente morale, o un'associazione, sia amministrato da tutte le persone che ne fanno parte, così si è posto sempre gran cura nel modo con cui sono scelti gli amministratori medesimi e in questo modo si è fatta consistere la caratteristica dell'autarchia. Così è celebre e quasi generalmente accettata la teoria dello Gneist, che fa consistere l'autarchia nell'amministrazione per via di funzionari non retribuiti. Secondo lui è questo l'unico modo con cui, non dipendendo l'avvenire professionale del funzionario dal Governo, si può assicurare la sua indipendenza dal Governo medesimo: prima ed essenziale condizione perchè ci sia una vera autoamministrazione (3). Ciò sarebbe viepiù dimostrato dall'esempio dell'Inghilterra, in cui il *selfgovernement* è attuato e dà quegli eccellenti risultati che tutti sanno, appunto per mezzo di pubblici funzionari che non dipendono dal Governo centrale, appunto perchè ad essi non è conferita alcuna ricompensa economica (4).

A tale teoria si possono muovere alcune obiezioni, più per il modo con cui è formolata che per il suo contenuto.

Anzitutto non è difficile osservare come la retribuzione connessa o meno ad un pubblico ufficio ha, senz'alcun dubbio, un grandissimo valore riguardo all'indipendenza e all'onestà del funzionario, ma il rapporto giuridico che passa fra lo Stato da una parte e il pubblico funzionario dall'altra rimane nella sua intrinseca portata identico, così nel caso che esso sia retribuito come nel caso che sia semplicemente onorario. Nessuno vorrà sostenere che l'ubbidienza, la fedeltà, la subordinazione che costituiscono i doveri di chi è al servigio dello Stato variino col variare dello stipendio e vengano meno quando quest'ultimo cessa. La verità è che il criterio adottato dallo Gneist e così formolato è un eccellente criterio nel campo della politica o della scienza dell'amministrazione ed un esame, anche superficiale, dell'ordinamento inglese lo dimostra chiaramente, ma nel campo giuridico non ha alcun valore, appunto perchè non prende di mira il rapporto intimo che si stabilisce tra lo Stato e il corpo autarchico.

E ciò a non parlare dell'acuta osservazione del Laband, il quale ha fatto giustamente notare che, se da un punto di vista tutt'affatto pratico e con l'aiuto del senso comune, è assai facile distinguere quando un ufficio sia o no retribuito, dal punto di vista invece d'una rigorosa scienza giuridica, tale distinzione, non solo non è facile, ma non è, in molti casi, possibile. Ci sono degli uffici difatti, cui non è annesso un vero e proprio stipendio, ma alla persona che li copre sono concesse delle indennità per rappresentanza e per spese, delle facilitazioni nei viaggi, delle diarie, delle gratificazioni. Ora è impossibile in questi casi affermare che ci sia o non ci sia una retribuzione, appunto perchè tra funzionari retribuiti e non retribuiti c'è una via infinita di gradazioni, per cui ogni distinzione torna vana (5).

45. Obiezioni su per giù uguali si potrebbero muovere a qualche altra teorica che manifestamente deriva da quella dello Gneist. Così alcuni, fra cui G. Meyer, farebbero consistere l'autarchia in una amministrazione per mezzo di funzionari che non fanno di ciò la loro professione, ma che adempiono alle cure dell'amministrazione medesima « neben anderen Berufsgeschäften, die den eigentlichen Mittelpunkt ihres Lebens bilden » (6). Ciò viene smentito da un semplice sguardo a quegli enti che si dicono autarchici. Essi possono avere, sebbene ciò non sia punto necessario, dei funzionari che, oltre quest'ufficio, esercitino anche una professione qualsiasi, ma hanno senza dubbio, come, per esempio, il Comune, una schiera numerosa di funzionari burocratici, dei veri e proprî impiegati che dall'impiego traggono appunto i mezzi per il loro sostentamento.

46. In Italia si è fatta consistere l'autarchia del Comune e della provincia specialmente nel dotare tali enti di organi elettivi. Dovremo di questo sistema, adottato dal legislatore italiano, occuparci in seguito. Per ora a noi importa rilevare come, anche in Italia, sia molto diffusa la tendenza di riporre la nota caratteristica dell'autarchia nelle persone che amministrano l'ente autarchico: e ciò non solo nella legislazione, ma anche nella dottrina (7). Tuttavia si potrebbe osservare come, anche nel paese classico del *selfgonernment*, l'elezione non è il solo modo con cui si procede alla scelta dei pubblici funzionari delle amministrazioni autarchiche, anzi, il più delle volte, è data la prevalenza a quel privilegio di classe che da noi sarebbe considerato come la negazione dell'autarchia, e alla nomina regia. Riguardo

(1) Vacchelli, op. cit., pag. 93-94.

(2) Op. cit., I, pag. 150.

(3) Gneist, *Der Rechtsstaat*, Berlino 1872, pag. 161.

(4) Gneist, *Selfgovernment, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England*, Berlino 1871, pag. 882; *Preussische Kreisordnung*, 1870, pag. 2; *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg*, 1869, pag. 98. Cfr. nel medesimo senso Löning, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts* cit., pag. 34; senonchè egli, come abbiamo visto, nega che dell'autarchia si possa dare un concetto che non sia meramente politico. V. anche Ferraris, op. cit., pag. 77.

(5) Laband, op. cit., I, pag. 95.

(6) G. Meyer, *Staatsrecht*, pag. 279.

(7) Cfr. Persico, *Principî di diritto amministrativo* cit., pag. 332.

poi a quest'ultima, è noto come anche in Italia essa sia stata, sino a poco tempo fa, adottata, sebbene con dei temperamenti che ne diminuivano l'efficacia, per il capo dei Comuni minori. Egli è che, secondo noi, bisogna liberarsi dall'idea che non ha ragione di esistere e per cui alla nomina si dà la portata di una delegazione di funzioni da parte di chi la compie e nello stesso tempo le si dà come effetto una subordinazione o almeno una rappresentanza, che può anche non esistere.

Altri poi, e l'opinione è molto diffusa, specie in Italia, credono che l'autarchia sia tanto più perfetta ed efficace quanto più larga è la sfera di attribuzioni conferite agli enti locali. Donde una ricerca, che quasi saremmo tentati di chiamar vana, allo scopo di scoprire il criterio specifico che valga a distinguere la pubblica amministrazione dello Stato in due parti, l'una delle quali dovrebbe affidarsi all'Amministrazione centrale, l'altra alla locale. A suo tempo dovremo accennare alle varie opinioni che sul proposito si sono manifestate: adesso ci limitiamo ad osservare come non si può far dipendere il concetto di autarchia dalla maggiore o minor quantità di attribuzioni di cui il corpo autarchico è rivestito. Queste attribuzioni, com'è naturale, variano secondo i bisogni, le epoche, le condizioni della pubblica amministrazione, laddove il concetto di autarchia resta sempre quello e solo possono mutare i modi con cui lo si attua. E ciò oltre al dire che potrà darsi benissimo che una considerevole parte delle funzioni statuali sia esercitata dai così detti corpi locali, ma per il modo con cui tale esercizio si compie non abbia luogo alcun ordinamento autarchico. Donde la conseguenza, importantissima, per quanto spesso dimenticata, che non è la quantità delle funzioni che un corpo esercita che conferisce ad esso il carattere o meno di autarchico, ma il modo con cui esso può esercitarle. Tanto vero che nulla vieta in astratto che un ente sia autarchico relativamente ad una sola delle sue attribuzioni. Anzi si può dire che, in un certo senso che dà tanta luce alla nostra opinione, ciò che noi abbiamo concepito in teoria e posto come esempio, abbia trovato applicazione pratica, adesso in verità venuta meno, in Inghilterra. Ivi difatti, come già è stato osservato (1), specie dopo l'introduzione dei *boards*, non era già l'ente pubblico che s'individualizzava per effetto del *selfgovernment*, ma ogni pubblica funzione o servizio. Certo, perchè ci possa essere autarchia è necessario, e nessuno potrebbe metterlo in dubbio, che l'ente amministrativo abbia delle proprie attribuzioni: ciò è implicito in quanto abbiamo finora detto; ma non importa quali e quante siano queste attribuzioni.

47. È altrove dunque che bisogna cercare gli elementi onde procedere alla ricerca della nozione giuridica di autarchia, o, meglio, bisogna sceverare dalle diverse teorie che abbiamo esposto tutto ciò che è sostanziale alla nozione medesima, da ciò che appare solo come effetto di essa o, peggio, come mezzo ordinariamente usato per darle attuazione pratica.

Abbiamo ripetuto parecchie volte che l'autarchia non è affatto un'antitesi, ma una forma dell'amministrazione di Stato: ciò che, del resto, viene dai più riconosciuto (2), malgrado che di essa si faccia o, col Gneist, un edificio intermedio fra lo Stato e la società, o, col Laband, un edificio intermedio fra lo Stato e il suddito. Da ciò la conseguenza che, per avere la nozione di autarchia, è necessario mettere questa in relazione ad un'altra o alle altre *forme* con cui l'amministrazione pubblica funziona. Postici su questa via, non è difficile procedere innanzi.

A prima vista potrebbe sembrare che quest'altra forma di amministrazione opposta all'autarchica, e della quale andiamo in cerca, sia la gerarchica. Senonchè noi crediamo che il contrapposto sia vero fino ad un certo punto, non però completo.

La principale differenza fra l'ente autarchico e l'ufficio gerarchico sta in ciò, che il primo non ha rapporti di vera subordinazione con qualsiasi altro pubblico ufficio, nel senso che esso riceve le sue attribuzioni immediatamente dalla legge, non già da un superiore, le esercita sotto la propria responsabilità e delle illegalità risponde come qualunque altra persona. E crediamo che, questa e non altra, malgrado che l'abbia formolata in quel modo che abbiamo visto, fosse la teorica dello Gneist, allorquando trovava l'antitesi dell'autarchia, nell'amministrazione per via dei ministri (3). Dopo ciò, siamo in grado di meglio apprezzare la sua opinione. Quand'egli afferma che l'autarchia si compie per mezzo di funzionari non retribuiti, dice cosa senza alcun dubbio vera, nonostante che non possa esser presa come caratteristica di questa forma dell'amministrazione statuale. È noto difatti come la gerarchia abbia avuto per effetto la moltiplicazione dei pubblici impiegati, giacchè, togliendo insieme alle responsabilità, anche ogni iniziativa di chi non si trova al vertice della sua immensa scala, è venuta a togliere qualunque incentivo ad occupare le pubbliche cariche, che non sia la ricompensa pecuniaria. Il funzionario burocratico, strumento spesse volte cieco dei comandi di un superiore, non può essere, tranne che in alcuni casi eccezionali che confermano la regola, che un impiegato, giacchè nessuno assume spontaneamente delle cariche *ad honorem*, quando quest'*honor* o manca del tutto o non è sufficiente a ricompensare le cure che ad un pubblico ufficio sono sempre connesse. Invece nell'Inghilterra, dove i pubblici funzionari cui è affidato il *selfgovernment*, non dipendono da nessuno, tranne che dalla legge, si comprende benissimo come le cariche possano esser considerate come obietto di diritti, gelosamente custoditi. Parimenti è vera, e per le medesime ragioni, l'opinione del Meyer che vede nell'autarchia un'amministrazione che si compie per lo più per mezzo di persone che non fanno di ciò la loro professione esclusiva. Senonchè, se tutto ciò è per regola generale conforme alla realtà, pur nondimeno non si può su queste basi innalzare una teorica dell'autarchia, e delle opinioni dello Gneist, del Meyer, del Löning e di altri ci possiamo servire solo come riprova delle osservazioni che abbiamo fatto.

48. Ma, come abbiamo detto, il contrapposto fra amministrazione autarchica e gerarchica, se ha molta parte di vero, non è tuttavia completo. Si potrebbe difatti osservare, per restringerci ad un esempio, che l'amministrazione giudiziaria non è, senz'alcun dubbio, nell'essenza delle funzioni relative, non così per certi secondari rapporti di servizio, gerarchica, pur non essendo autarchica. Bisogna dunque che quella forma di amministrazione, che noi cerchiamo di con-

(1) Vacchelli, *Il Comune nel diritto pubblico moderno*, pagine 100-101.

(2) Gneist, *Selfgovernment, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England* cit., pag 883; Laband, *Das Staatsrecht des d. Reiches*, pag. 100, ecc.

(3) Loco cit.

trapporre all'autarchica, sia sufficientemente larga per comprendere anche quella della giustizia. E se così dev'essere, noi crediamo che l'unica differenza che ci possa giovare sia quella fra amministrazione *diretta* e amministrazione *indiretta* dello Stato. Quest'ultima sarebbe l'autarchia.

Qui si rende necessario approfondire alquanto tale distinzione. Nella sfera dell'amministrazione diretta dello Stato, non è possibile concepire altra figura giuridica che quella di « competenza ». Abbiamo, per quanto brevemente, a suo luogo visto come essa sia assolutamente distinta dal diritto subiettivo ad una pubblica funzione o, ciò che torna lo stesso, dal diritto politico. È evidente difatti che un rapporto giuridico allora può aversi quando si trovano dinanzi due subietti: nella sfera quindi di una medesima personalità, e l'amministrazione che abbiamo chiamata diretta si svolge in questa sfera, è impossibile parlare di diritti che spetterebbero ad una branca dell'amministrazione verso un'altra branca dell'amministrazione medesima (1). Al contrario, il concetto di autarchia si riannoda alla nozione di diritto politico spettante al corpo autarchico: donde la conseguenza che essa, dato che sia amministrazione di Stato, sarà necessariamente amministrazione indiretta.

49. Che poi l'autarchia presupponga il diritto di esercitare una pubblica funzione si può dire opinione generale (2). Se tale diritto manca, allora avremo nulla più che una semplice competenza, identica a quella che possiede qualunque ufficio che faccia parte della gerarchia o anche simile a quella di cui sono rivestiti i magistrati. A non parlare di quest'ultima, che deriva più che da altro dalla natura stessa della funzione giudiziaria, che presuppone, necessariamente, libertà di apprezzamento nel giudice, ci sembra indubitabile che, se si vuole stabilire un parallelo fra l'amministrazione diretta dello Stato e l'autarchica, non si possa fare a meno di riconoscere il diritto subbiettivo di cui l'ente autarchico deve esser dotato. Se si tralascia di mettere in rilievo tale momento, allora ogni distinzione fra le due amministrazioni deve per necessità di cose sparire. Ci sembra quindi che bene abbia fatto lo Stein a mettere in confronto, per stabilire la nozione di autarchia, i due concetti di corpo amministrativo *(Verwaltungskörper)* e organo governativo *(Regierungsorgan)* (3). Noi, invece di tali espressioni, potremmo adoperare quelle, più comunemente usate, di « ufficio pubblico », per denotare l'ente privo di personalità, semplice anello della catena gerarchica, e di « persona di diritto pubblico », per denotare l'ente autonomo, dotato di un vero diritto subiettivo alle funzioni che esercita. Non è certo qui il caso di fermarsi a discutere sul significato da attribuirsi all'espressione « persona di diritto pubblico », che così spesso viene attribuita agli enti territoriali in genere e al Comune in special modo. È noto come la questione sia fra le più disputate e le più ardenti (4). La tendenza generale è quella di attribuire un tal nome alle persone giuridiche costituite e riconosciute per fini d'ordine e d'interesse pubblico. Non crediamo, per molte ragioni che non è qui il luogo di esporre, che ciò sia vero. Anzitutto ognuno sa quanto evidentemente elastico e, fino a un certo punto, subiettivo sia il concetto che si racchiude nelle parole « ordine » o « interesse pubblico ». In secondo luogo ci pare che ci siano molti casi, come, per esempio, nella maggior parte delle fondazioni, in cui debba scorgersi un'utilità pubblica, senza che perciò ci sia alcun motivo per non designarle come persone di diritto privato. Nemmeno ci sembra che possa adottarsi l'altra opinione che parrebbe suggerita dall'esame fedele dell'espressione « persona di diritto pubblico » e per cui quest'ultima sarebbe equivalente all'altra di « subietto di diritti pubblici ». Abbiamo a suo luogo visto come qualunque ente dotato di personalità nel campo del diritto privato, debba necessariamente godere di alcune categorie di diritti pubblici, specialmente quelli civici e di libertà, giacchè questi sono complemento necessario e, molte volte, garenzia dei diritti privati. Ciò nondimeno ci sembra che tale strada non sia del tutto sbagliata: che etimologicamente « persona pubblica » significhi, o almeno dovrebbe significare « subietto di diritti pubblici », ci sembra esatto: solo resta a vedere di quali diritti s'intende parlare. E questi non potrebbero essere altri, una volta esclusi i civici e il diritto di libertà, che quelli politici; cioè i diritti ad una pubblica funzione. Così, riguardo al Comune, rimane giustificato tale attributo, anzi esso è necessario perchè si ammetta la sua autarchia.

50. Personalità giuridica pubblica e autarchia sono dunque due concetti paralleli (5). È appena necessario avvertire che quando di persone di diritto pubblico parliamo, intendiamo parlare semplicemente di persone giuridiche e non fisiche: l'autoamministrazione di queste, per come abbiamo detto, non dà luogo al concetto di autarchia, giacchè non può essere amministrazione statuale. Da ciò deriva la conseguenza che noi non limitiamo la nozione di autarchia soltanto ai Comuni o in genere agli enti territoriali, giacchè nulla ci pare che vieti la trasmissione di funzioni pubbliche coi relativi diritti politici anche a persone giuridiche che non abbiano un territorio su cui esercitare giurisdizione. Così, secondo noi, correttamente si parla di autonomia o autarchia delle Università e di altri pubblici istituti.

Ancora un'altra osservazione per sviluppare ciò che abbiamo di già accennato ed avremo esaurito la nostra indagine. Abbiamo ripetute parecchie volte che in riguardo ai singoli individui il concetto d'autarchia non può trovare applicazione: e ciò perchè da una parte l'autoamministrazione di essi è privata e non pubblica e non può quindi essere obietto di un diritto politico, ma al più di un diritto di libertà. Dall'altra parte i diritti politici che sono concessi ai singoli riguardano funzioni che si compiono soltanto nell'interesse dello Stato e in nome di esso e quindi non danno luogo ad un'autoamministrazione. Donde la conseguenza che le funzioni che esercitano i corpi autarchici, in virtù dell'autarchia, debbono, a differenza di quelle che esercitano gli individui in base ai loro diritti politici, riguardare oltre che

(1) V. quanto abbiamo detto alla voce **Funzionario**, in questa Raccolta, n. 8.

(2) Longo, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, loco cit., pag. 330; Vacchelli, *Il Comune nel diritto pubblico moderno*, pag. 95 e segg., ecc.

(3) Stein, *Verwaltungslehre*, 1ª parte, 2ª sezione, Stuttgart 1869 (2ª ediz.).

(4) Vedine la bibliografia nella nota del Fadda e Bensa al *Diritto delle Pandette* del Windscheid, vol. I, parte I, pag. 791-792. Cfr. anche la bibliografia citata dal Vacchelli, *Il Comune nel diritto pubblico moderno*, pag. 74 e 91.

(5) Crf. Stein, *Verwaltungslehre*, loco cit.; Schulze, *Preuss. Staatsrecht*, II, pag. 36 e *Deutsches Staatsrecht*, I, pag. 409; Laband, *Das Staatsrecht*, pag. 99; Vacchelli, *Il Comune nel diritto pubblico moderno*, pag. 74 e segg.; Longo, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, loco cit., pag. 270.

l'interesse dello Stato, anche il *proprio*. Cosicchè, mentre l'interesse dei singoli consiste solo nel diritto alla funzione, ma non nella funzione che essi esercitano come organi dello Stato e per l'esclusivo interesse di questo, l'interesse dei corpi autarchici non si confina nel solo diritto alla funzione, ma si estende alla funzione medesima (1).

Riassumendo: autarchia significa amministrazione indiretta dello Stato compiuta da una persona giuridica che la esercita per diritto subiettivo e nell'interesse, oltre che dello Stato, anche proprio.

51. L'autarchia adunque, in quanto si afferma come un diritto, esclude necessariamente, per come abbiamo detto, la gerarchia. Questa importa delegazione dal Governo, quella dalla legge; la responsabilità nella prima risale dall'inferiore al superiore, nella seconda rimane in chi esercita la funzione pubblica, giacchè un superiore manca. Ma, se ciò è senza alcun dubbio vero, deve parimenti escludersi nell'amministrazione autarchica qualunque controllo governativo? Crediamo di no: il Governo può benissimo esercitare un diritto di sorveglianza su gli enti autarchici, approvare o disapprovare le loro deliberazioni, purchè ciò avvenga entro certi limiti e con effetti, ad alcuni dei quali abbiamo già accennato, ad altri si accennerà in seguito.

Dopo ciò potremmo rivolgerci la domanda: il Comune italiano è un ente autarchico? Abbiamo detto quale sia la nostra opinione: anche la IV Sezione del Consiglio di Stato ha risposto nel senso affermativo (2). Giusta quel che si è detto brevemente, il Comune italiano ha un vero e proprio diritto subiettivo alle sue funzioni pubbliche. Ciò del resto non deve far dimenticare e trascurare il fatto che esso ha poche attribuzioni che non siano imposte; cosicchè, nella maggior parte dei casi, deve limitarsi a *concorrere*, per lo più finanziariamente, in funzioni già esercitate direttamente dal governo. E manca inoltre di un'indipendenza finanziaria, indispensabile perchè si possa essere indipendenti nel resto dell'amministrazione, per modo che non si può dire del tutto infondata l'affermazione che, nonostante, le più o meno platoniche dichiarazioni in contrario che si possono facilmente riscontrare così nelle leggi come nella giurisprudenza e nelle decisioni amministrative, ciò nondimeno nel fatto i Comuni non godono di una autarchia perfettamente rispondente ai loro bisogni pratici; ciò nondimeno, essi non possono dirsi sottoposti, come appresso vedremo ad un vero e proprio vincolo di subordinazione gerarchica, verso l'Amministrazione centrale (3).

Forse in riguardo agli organi comunali si può dire che essi non manchino di nessuna condizione esteriore che sia necessaria perchè, da questo lato, si abbia un'autarchia; ma non è chi non vede come gli organi costituiscono solo un lato, e per avventura forse non il più importante, dell'autarchia amministrativa; fornire gli enti locali di buoni organi, senza poi conceder loro delle vere attribuzioni e dei diritti a queste attribuzioni, equivale, come fu scherzosamente, ma efficacemente detto, a concedere la libertà di movimento a un paralitico.

(1) Cfr. Jellinek, *System*, cit., pag. 77; Flatschek, op. cit., pag. 87 e segg.

(2) 8 gennaio 1891, in *Giustiz. amministrativa*, 1891, pagina 22. Vedi anche, nel medesimo senso, Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo* (3ª ediz.), Torino 1892, pag. 129-130; Tommasini, *Osservazioni sull' istituto dello scioglimento dei Consigli comunali e provinciali*, nell'*Archivio di dir. pubblico*, v, pag. 266-267.

Capo III. — Partizioni territoriali del Comune. Loro denominazione.

§ 1. *Capoluogo, frazione (4), quartiere.*

52. Capoluogo. — 53. Frazione. — 54. Segue: caratteri distintivi della frazione. — 55. Frazione separata. — 56. Frazione non separata. — 57. Difetti dell'ordinamento italiano. — 58. Le frazioni e i comuni rurali. — 59. Segue. — 60. Quartiere. — 61. Parrocchia.

52. Dopo aver data la nozione di Comune amministrativo moderno in generale, e italiano in ispecie, è indispensabile dire qualche parola delle varie parti in cui esso si divide.

È innanzi tutto del capoluogo. Merita di essere rilevato come spesso impropriamente si parli nell'uso comune del capoluogo come di cosa ben diversa dalle frazioni, giacchè in sostanza esso altro non è che una frazione, di solito, ma non necessariamente, la più grande. Ciò sarà bene tener presente, per estendere e limitare, a secondo i casi, la portata di alcune disposizioni della legge comunale e provinciale in cui si parla di frazioni soltanto e si può far questione se il legislatore abbia dato a tale parola il significato stretto e volgare o quello più largo e più tecnico, per modo che in essa si comprenda o meno il capoluogo.

È facile osservare l'analogia grandissima che passa fra la capitale di uno Stato e il capoluogo d'un Comune. Da ciò una conseguenza, che il concetto di capoluogo, come quello di capitale, non è dato dalla maggiore o minore popolazione o estensione territoriale, nè da quella della sua importanza, ma sibbene dal fine per cui esso esiste. Il capoluogo altro non è che la sede centrale dell'amministrazione comunale: in esso perciò debbono risiedere gli uffici direttivi del Comune medesimo: il Consiglio, la Giunta, il sindaco. Non già che degli uffici non possano risiedere nelle altre frazioni, chè anzi vedremo a momenti come un lato del concetto di frazione corrisponde a questa possibilità; senonchè in tal caso si tratterà sempre di uffici gerarchicamente subordinati a quelli che risiedono nel capoluogo, per modo che fra i primi e i secondi passa quella medesima relazione che si rinviene fra l'amministrazione governativa centrale e quella locale.

Questa ci sembra che sia l'unica nozione che del capoluogo possa darsi e nello stesso tempo l'unico criterio che, nel caso assai raro di dubbio, possa prendersi a guida. Altri elementi hanno un valore soltanto relativo: così il fatto che in esso risiede o meno la cattedrale (5) è, senza alcun dubbio, un indizio storico della maggiore importanza che, unito ad altri fatti, può dar molta luce sul riguardo, ma non è certo un elemento necessario del concetto di capoluogo.

Quale poi, nei singoli casi, esso sia, viene per lo più indicato dallo stato di fatto e dal secolare possesso. Tuttavia, allorquando si tratta della creazione di nuovi Comuni, il governo del re, dietro parere consultivo del consiglio provinciale (art. 218), lo determina. Può talvolta accadere che il decreto reale che crea un nuovo Comune taccia sul capoluogo, e allora sarà criterio sicuro il nome che al Comune medesimo viene corrisposto, in quanto che quella frazione

(3) Sostiene il contrario, come è avvertito, il Longo, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi e il diritto amministrativo italiano*, loco cit., pag. 321-336.

(4) Della frazione si è già dato in questa Raccolta, voce **Frazione**, un fugace cenno, che adesso, senza ripetersi, bisogna completare e mettere in armonia con le idee da noi espresse.

(5) Saredo, op. cit., II, pag. 313.

che porta il nome del Comune sarà, per presunzione, il capoluogo del Comune medesimo.

53. Rispetto alle altre frazioni, è noto e, nel corso della nostra trattazione avremo spesso occasione di rilevarlo, quanto grande sia l'influenza che nell'amministrazione comunale esse esercitano, così rispetto al Comune considerato come persona giuridica, come rispetto al Comune in quanto è organo dello Stato. Ed è parimenti nota la tendenza, a dir vero giusta e che già ebbe dei sostenitori nella discussione della vigente legge comunale e provinciale, che vorrebbe allargare ancora di più tale influenza, sino a dare alla frazione il carattere di un ente locale autonomo e perfettamente individuato, per quanto inferiore e, per alcuni rapporti, subordinato al Comune. Tuttavia, anche per l'ordinamento attuale, alle frazioni viene accordato un certo riconoscimento e in taluni casi anche un'influenza rilevantissima sulla stessa integrità territoriale e patrimoniale del Comune cui appartengono.

Se ci si permette un paragone un po' strano, le frazioni si potrebbero rassomigliare a dei satelliti che seguono, dandogli e ricavandone luce, un pianeta, che sarebbe il Comune. Esse pertanto hanno una certa individualità, che, a tacere di altre conseguenze può avere per effetto il distacco della frazione dal Comune, sia per costituire un Comune autonomo, sia per entrare nell'orbita di un altro.

E necessario dunque, anche per completare la nozione generale del Comune, fermarsi un po' su quella della frazione. Va da sè che qui dobbiamo limitarci alle linee generalissime, rimettendo il resto della trattazione ad altro proposito (1).

Anzitutto crediamo di poter fissare un concetto della massima importanza: la frazione non è, *da per sè stessa*, un istituto giuridico, ma un fatto naturale che *può*, in taluni casi, produrre degli effetti giuridici. S'intende che, noi, in questa osservazione come nelle altre che seguiranno, intendiamo riferirci al diritto positivo italiano, nè, trattandosi di istituto così particolare, potremmo fare altrimenti. La « section » francese, gli « appodiati » dell'ex stato-pontificio e qualche altro istituto simile differiscono sostanzialmente, almeno nella loro nozione, dalla frazione italiana, così come è regolata dalla vigente legge. Che per diritto italiano, la frazione non debba ritenersi come un istituto giuridico, se non per certi effetti speciali, viene, secondo noi, dimostrato dal fatto che il legislatore non ne dà nè una definizione nè un concetto generale, ma la presuppone addirittura, come se sulla sua esistenza, sulla sua natura, sulla sua estensione, non potessero cader mai dei dubbi. Egli parla, incidentalmente quasi, della frazione nello stesso modo come se parlasse dell'aria e della luce.

Donde una conseguenza della massima importanza che, ogniqualvolta, cioè, si tratti di vedere se una data frazione esiste o pur no, non siamo dinanzi ad una questione di diritto, ma di puro fatto, ossia di apprezzamento. Cosicchè è inutile procedere alla costruzioue di una teorica generale sui i criteri distintivi della frazione: il giudice può trarre da innumerevoli indizi, la sua convinzione. Quel che di meglio si può fare, è una enumerazione dimostrativa soltanto dei caratteri principali da cui si può desumere volta per volta l'esistenza o meno di una frazione. Di assoluto si può dire questo soltanto: ogni frazione da un lato fa parte del territorio comunale, dall'altro lato dev'essere materialmente e fisicamente staccata dal centro di popolazione del Comune, cioè dal suo capoluogo. Altre condizioni, come l'esistenza o meno di un patrimonio proprio della frazione, non sono necessarie, in quanto che possono anche non esistere. La definizione dunque data dall'Aucoc per la *section* francese, che sarebbe ogni parte del Comune avente un patrimonio distinto da quello del capoluogo (2), è inapplicabile in Italia, dove numerose frazioni esistono senza « mezzi », per usare un'espressione prediletta dalla vigente legge (3).

54. Gli altri criteri, che diremo sussidiari, per stabilire l'esistenza o meno di una frazione, sono anzitutto l'origine, in secondo luogo le ragioni topografiche; nè si debbono talvolta dimenticare le condizioni economiche, sociali, religiose che possono differire da una parte del Comune all'altra (4). Riguardo all'origine, possono essere buoni criteri il fatto che l'attuale frazione fosse prima un Comune autonomo, le concessioni di qualche signore a una parte soltanto degli abitanti d'uno stesso Comune, l'acquisto di beni o pascoli fatto da più persone di una stessa parrocchia o di uno stesso villaggio, allo scopo di goderne in comune e così via (5). Rispetto alle condizioni topografiche, ha una speciale importanza la separazioue materiale della frazione dal capoluogo: anzi si può dire che in Italia tale separazione sia decisiva e che di essa si sia tenuto gran conto nei lavori preparatori della legge attuale. È noto come si respingesse la proposta di chi voleva aggiungere alla parola « frazione » l'aggettivo « staccata », per il motivo che quest'ultima idea fosse già implicita nel concetto medesimo di frazione. Alle condizioni topografiche vanno logicamente congiunte, perchè molte volte dipendenti da esse, alcune altre condizioni speciali, come il fatto che la frazione coincida con il distretto postale o telegrafico o che, in genere, sia la sede di uffici governativi propri. Infine la tradizione, i costumi, qualche volta il linguaggio, le industrie speciali e così via sono criteri da non trascurarsi; anzi sono appunto tali condizioni sociali che il più delle volte formano la base di quegli « interessi particolari » che spesso menziona la nostra legge, allo scopo di assicurarne la protezione (6).

Abbiamo voluto fare, per quanto sommariamente, una enumerazione dei principali criteri che per solito sono adottati dagli scrittori e dalla giurisprudenza nelle frequenti controversie sull'esistenza delle frazioni comunali, allo scopo di chiarire meglio la nostra opinione: non trattarsi cioè di criteri giuridici, ma di semplici apprezzamenti cui il giudice è libero di procedere con quella maggior larghezza che crede. E ciò perchè la nozione stessa di frazione esorbita dall'indagine giuridica, per rientrare in quella storica o geo-

(1) Vedi anche la voce **Frazione** in questa Raccolta.

(2) Aucoc, *Des sections de Communes et des biens communaux qui leur appartiennent*, Parigi 1864 (2ª ediz.), pag. 91 e segg.

(3) Art. 115 e 116. Tale opinione è concordemente sostenuta dalle decisioni del Consiglio di Stato, allorquando stabiliscono la massima che le *frazioni che non possiedono un patrimonio proprio* non possono chiederne la separazione a mente dell'art. 116. Cfr. Cons. di Stato, 16 marzo 1892 (*Giustizia amm.*, III, 163). Le ragioni storiche per cui in Italia la più parte delle frazioni non posseggono beni propri, vedile esposte dal Saredo, *La nuova legge sull'amministrazione comunale e provinciale*, Torino, Un. tip.-ed. vol. II, pag. 445-446.

(4) V. Saredo, op. cit., II, pag. 445-447.

(5) Cfr. Aucoc, *Des sections de Communes*, cit., n. 9 e segg.

(6) V., fra gli altri, gli art. 116, 127, etc.

grafica, a seconda dei casi, quando non sono addirittura ragioni di pura convenienza amministrativa quelle che conducono al riconoscimento o meno di essa. Molto più importante, così dal lato teorico come da quello pratico, ci sembra l'esame degli effetti giuridici che la frazione può produrre sull'amministrazione comunale, secondo la legge vigente.

Di questi effetti dobbiamo partitamente ed estesamente occuparci in altre parti della nostra trattazione: tuttavia non sarà qui inopportuno accennare a qualcuno di essi, per completare il concetto generale di frazione.

55. Anzitutto bisogna distinguere la frazione separata dalla non separata. La prima è una vera persona giuridica, avente un proprio patrimonio e propri diritti distinti o separati da quelli del Comune (art. 116). Cosicchè, a causa dell'esistenza di essa, il Comune, considerato nel suo aspetto di ente morale, viene a scindersi in due parti: il Comune propriamente detto e la frazione, che ciò nondimeno continuano a stare uniti sotto gli altri due aspetti da un lato e dall'altro anche perchè l'amministrazione del patrimonio della frazione resta ordinariamente nelle mani del Comune.

E così che deve intendersi l'inciso dell'art. 16: « Ferma stando l'*unità* dei Comuni ». Il Comune resta uno, così come organo dello Stato, che come sede di pubblici uffici, che come amministratore dell'intero patrimonio comunale, anche quando questo sia stato separato.

Come e quando tale separazione avvenga, diremo meglio in appresso. Qui ci basta aggiungere che la frazione separata in taluni casi speciali, ha una propria rappresentanza, allo infuori del Comune che di regola l'amministra. Così nel caso dell'art. 127, cioè « quando gli interessi concernenti la proprietà od attività patrimoniali delle frazioni.... sono in opposizione a quelli del Comune o di altre frazioni del medesimo ». Allora « il prefetto convoca gli elettori delle frazioni alle quali spettano le dette proprietà od attività..., per la nomina di tre commissari, i quali provvedono all'amministrazione dell'oggetto in controversia colle facoltà spettanti al Consiglio comunale » (art. 127).

Così pure, e questo caso è della massima importanza, quando una frazione, in virtù della sua personalità, « avesse da far valere un'azione contro il Comune o contro altra frazione del Comune, la Giunta provinciale amministrativa, sull'istanza almeno di un decimo degli elettori spettanti a quella frazione, potrà nominare una Commissione di tre o cinque elettori per rappresentare la frazione stessa » (art. 129). Infine nelle borgate o frazioni separate, e ciò per un criterio di opportunità affatto indipendente dalla loro personalità giuridica, dovrà risiedere un delegato del sindaco da lui nominato ed approvato dal prefetto, allo scopo precipuo di esercitare le funzioni di ufficiale del Governo (1). Da questo lato, si può dire che la frazione separata assume l'aspetto di una vera e propria circoscrizione amministrativa ossia di una sede di uffici governativi, come il circondario ed il mandamento. Tuttavia sarà bene osservare come, anche in questo caso, la sua inferiorità e subordinazione verso l'ente comunale complessivamente considerato, si rivela da ciò, che il pubblico funzionario che ha giurisdizione nella sfera di essa è un delegato del sindaco.

Concludendo: la frazione separata è sempre una persona giuridica, che però in taluni casi soltanto ha propri organi e propria rappresentanza; dall'altro lato è sede di un pubblico ufficio locale.

(1) Art. 155.

56. Meno distinto è il carattere della frazione non separata. A non parlare della *idoneità* che in taluni casi essa può avere a costituire un Comune autonomo o ad essere aggregata ad altro Comune, gli effetti che tale frazione può avere sull'amministrazione comunale si riducono a due principali, che del resto nemmeno sono necessari, ma rimangono affidati a facoltà discrezionali di diverse Autorità. Innanzi tutto, come provvede l'articolo 57, « la Giunta provinciale amministrativa, nei Comuni divisi in frazioni, sulla domanda del Consiglio comunale, o della maggioranza degli elettori d'una frazione, sentito il Consiglio stesso, potrà ripartire il numero dei consiglieri tra le diverse frazioni in ragione della popolazione, determinando la circoscrizione di ciascuna di esse ». Come si vede, in tal caso la frazione comunale assume il carattere di un collegio elettorale, e, come effetto di ciò, elegge a scrutinio separato, dei propri consiglieri, i quali, nonostante non siano eletti da tutti gli elettori del Comune, debbono considerarsi come organi di questo Comune e non della singola frazione, precisamente come avviene nelle elezioni politiche.

Finalmente, e tale caso è assai simile a quello cui abbiamo accennato parlando delle frazioni separate, il sindaco potrà, anche in quelle non separate, delegare o ad un consigliere o ad un elettore della frazione medesima le sue funzioni di ufficiale del Governo (art. 153).

Come effetto di ciò, la frazione diventa sede di pubblici uffici locali; senonchè, laddove ciò deve necessariamente avvenire, se separata, se non separata, è rimesso all'arbitrio del sindaco.

Riassumendo: la frazione, per ciascuno dei tre aspetti del Comune, può assumere le seguenti posizioni: di fronte al Comune persona giuridica, essa può godere di personalità autonoma, per quanto non sia libera di amministrarsi da sè stessa; di fronte al Comune, sede di pubblici uffici, essa rappresenta o può rappresentare una suddivisione della circoscrizione comunale, e ciò tanto per quel che riguarda il territorio, quanto per quel che riguarda la subordinazione gerarchica di questi uffici; di fronte finalmente al Comune, organo dello Stato, la frazione può essere da un lato, un semplice collegio elettorale, sempre ai fini, ciò va da sè, delle elezioni amministrative, e dall'altro lato, deve considerarsi come il *substrato* di un nuovo Comune, data la possibilità, attuale o futura, che essa si costituisca in ente autonomo.

57. Come risultato di questo rapidissimo esame ci pare che sorga spontanea un'osservazione: il diritto italiano non protegge abbastanza gli interessi della frazione, non dà ad essa un riconoscimento tale che le permetta d'influire in modo conveniente e, quel che è più, costantemente sull'amministrazione comunale. Si può dire che per regola generale la frazione non esiste e di essa non si tiene nessun conto, tranne a farla risorgere in alcuni specialissimi e non frequenti casi. E ciò oltre al dire che mancano nella nostra legge dei criteri stabili che assicurino caso per caso l'esistenza della frazione, e che ne delimitino la circoscrizione, al fine d'impedire gli arbitrî e por termine a quelle liti gravissime che ogni giorno vediamo agitarsi, causa appunto queste imperfezioni del testo legislativo. Come i Comuni, così anche le frazioni dovrebbero essere singolarmente e *de jure* fissate; i casi poi in cui ad esse si dà un certo riconoscimento dovrebbero essere anzitutto estesi e in secondo luogo non affidati al potere discrezionale o delle Autorità comunali medesime o della Giunta provinciale amministrativa o del

prefetto, ma fissati dalla legge e corrispondenti ad altri diritti dei Comuni. Alle frazioni, in altri termini, si dovrebbe dare un ordinamento assai simile a quello che avevano gli appodiati dell'ex Stato pontificio, in modo da costituirne dei veri e propri sotto Comuni. Sono in proposito degne di considerazione le proposte che nella discussione della vigente legge avea fatto alla Camera dei deputati il Franchetti (1). Esse aveano per base il fatto incontrastabile che il nostro diritto non riconosce interessi locali al di sotto di quelli che rappresenta il Comune, donde lo spettacolo poco edificante, cui ogni giorno assistiamo, di capoluoghi i quali si abbelliscono e si ampliano con risorse che, facendo giustizia, spetterebbero senza dubbio alle frazioni.

58. Ma c'è un'altra ragione, secondo noi, che consiglierebbe un ordinamento più accurato e sulla base di una maggiore rappresentanza e indipendenza delle frazioni. Ciò ci dà anche occasione di accennare ad una delle questioni discusse con più frequenza e predilezione dai nostri scrittori di cose comunali. Secondo noi, la distinzione, diciamo così, del Comune propriamente detto dalle frazioni, debitamente riconosciute e protette, potrebbe sostituire la divisione dei Comuni medesimi in classi, eliminando così una delle più vecchie e, fino a un certo punto, bizantine questioni, che è più facile troncare che risolvere con degli argomenti decisivi. È noto come la proposta di stabilire fra i nostri Comuni una classificazione che tenesse il debito conto della diversità delle condizioni economiche e intellettuali, e anche dell'estensione di essi, sia stata parecchie volte fatta nei progetti legislativi, ma senza alcun risultato (2). Egli è che anche coloro i quali ne vedono i vantaggi, secondo noi grandissimi e preponderanti, non sanno liberarsi dal timore che una classificazione siffatta possa nuocere a quel malinteso principio di uguaglianza che, nel diritto pubblico, ha dato luogo ad un amore alla simmetria, che non rare volte ha guastato le nostre più antiche e fiorenti istituzioni, quando non ne ha introdotte delle inutili.

Tali vantaggi sono stati esattamente enumerati dal De Gioannis, il quale crede che una buona classificazione 1° corrisponderebbe alla natura delle cose; 2° eviterebbe l'ingiustizia di non concedere ai Comuni grandi dei poteri e dei diritti che essi potrebbero benissimo esercitare, sol perchè non si possono dare ai piccoli, che se ne servirebbero male; 3° avvierebbe, preparandoli, ad una graduale emancipazione i Comuni; 4° darebbe occasione alla volontaria riunione di Comuni piccoli, i quali se da un lato prenderebbero la qualità di Comune autonomo rurale, dall'altro lato potrebbero essere attratti dai vantaggi che offrirebbe il far parte di un Comune urbano. Come si vede i benefici che la classificazione apporterebbe sono ben messi in luce; tuttavia egli fa subito dopo seguire una enumerazione degli inconvenienti cui, adottandola, si andrebbe incontro e di cui solo l'ultimo, a dire il vero, presenta qualche gravità. Essi sarebbero: 1° la lesione del principio di eguaglianza; 2° l'inevitabile sorgere di gelosie e di rivalità fra Comune e Comune; 3° il fatto che se la tutela dei piccoli Comuni e la loro condizione inferiore può giustificarsi con l'incapacità di essi ad amministrare, quella dei grandi si potrebbe ugualmente giustificare, con la maggiore complicazione delle loro amministrazioni, con la tendenza che essi hanno alla eccessiva prodigalità e così via (3).

59. Coloro poi, i quali sono teoreticamente fautori di un diverso ordinamento da darsi alle varie specie di Comuni ritengono per lo più che questo ordinamento debba essere il prodotto spontaneo di un'evoluzione storica, come è in Inghilterra e in Germania, e non si possa perciò applicare in Italia, dove l'organismo amministrativo dovette crearsi *ex novo* dal legislatore. E invero, se da un punto di vista astratto è facile convenire che le condizioni disuguali in cui si trova un comunello di poche centinaia di abitanti e una città fiorente di parecchie centinaia di migliaia di anime o magari la capitale, richieggono un ordinamento che tenga conto di queste differenze, altrettanto difficile è trovare in pratica un criterio che valga a distinguere fra Comune e Comune e fissare per ogni specie di essi l'ordinamento che loro conviene. Fu già osservato come il criterio della popolazione che parrebbe il più decisivo, non sempre, almeno in Italia, è segno di maggiore capacità ad autoamministrarsi: esistono difatti dei Comuni relativamente piccoli che hanno il carattere di vere città, laddove agglomerazioni molto più numerose di abitanti, in alcune regioni presentano l'aspetto di Comuni rurali. Nè anche fatta caso per caso la distinzione è facile trovarne le conseguenze pratiche. Se fosse possibile togliere ai Comuni grandi ogni tutela e assoggettarvi invece solo i piccoli, allora la questione sarebbe risoluta; ma, poichè in Italia tutti i Comuni, grandi e piccoli, non possono, nelle attuali loro condizioni, fare a meno di rigorosi controlli, tutto si ridurrebbe a stabilire una differenza nel grado di questa tutela: ed ognun vede come ciò sarebbe cosa estremamente difficile, per non dire impossibile (4). Altre differenze che si potrebbero stabilire, per esempio nella scelta degli organi, non sarebbero sostanziali: esse difatti, applicate in Italia relativamente alla nomina del sindaco, non hanno dato dei risultati efficaci, per modo che si è provveduto alla loro abolizione. Altre distinzioni poi, come quelle fra Comuni chiusi o murati e Comuni aperti, hanno tutt'altro scopo e non riguardano punto l'amministrazione comunale. L'unica e vera classificazione, a prescindere dalla questione ben diversa e che non intendiamo esaminare dell'ordinamento da dare alla capitale (5), sarebbe quella che distinguesse i Comuni urbani dai rurali, allo scopo di regolarne differentemente la tutela: ciò non crediamo per le ragioni superiormente svolte possibile; donde la conseguenza che, per evitare i pericoli di quel troppo livellamento e di quell'esagerata uguaglianza che costituiscono i di-

(1) Tornata 12 luglio 1888, Resoc. parl. 4686. Cfr. Saredo, op. cit., II, pag. 441-442.

(2) Così nella Commissione straordinaria istituita il 24 giugno 1860; nel disegno di legge per la riforma della legge com. e prov., presentato dal Depretis, il 1882; ecc.

(3) De Gioannis-Gianquinto, *Schizzi di riforma del diritto comunale e provinciale in Italia* (*Annali della giurispr. ital.*, VI, parte III, pag. 56 e segg.).

(4) V. Orlando, *Principî di diritto amministrativo*, pag. 169 e segg.; Vacchelli, *Il Comune nel diritto pubblico moderno*, pag. 50-51. Fautore della classificazione dei Comuni in urbani e rurali è il Persico, *Principî di diritto amministrativo*, pag. 325 e segg.

(5) V., su tale questione, che ha una letteratura piuttosto copiosa: Gneist, *L'administration municipale de la cité de Londres*, 1868 (trad. Hippert); Horton, *The municipal government of the metropolis*, London 1866; Bizzozero, *La costituzione municipale di Roma* (*Rassegna di scienze sociali*, vol. VII, parte I, pag. 191 e segg., 360 e segg.); Vacchelli, *Il Comune nel dir. pubbl. mod.*, pag. 49, e gli altri autori ivi citati.

fetti dell'ordinamento italiano, bisogna ricorrere ad altri mezzi, che si potrebbero chiamare indiretti.

E fra questi noi crediamo che sia da preferirsi agli altri, anche perchè non si tratterebbe che di correggere un istituto già esistente, quello di dare maggiore importanza alle frazioni. Queste, se convenientemente regolate, specialmente se dotate di una certa autarchia in modo da costituire una specie di sottocomuni, potrebbero fare le veci di Comuni rurali. Adottando da un lato tale regime e decretando dall'altro lato la riunione forzata dei Comuni piccolissimi, che diventerebbero semplici frazioni, a noi pare che si raggiungerebbe il fine di specializzare sempre più gli interessi locali, e di dare a quest'ultimi una protezione e un riconoscimento diversi, a seconda della loro importanza, pure evitando i pericoli e le difficoltà pratiche cui una vera classificazione dei Comuni andrebbe incontro.

60. Un'altra divisione territoriale del Comune sarebbe il quartiere. L'art. 154 così dispone: « i Comuni superiori a 60,000 abitanti, anche quando non siano divisi in borgate o frazioni, potranno deliberare di esser ripartiti in quartieri, nel qual caso competerà al sindaco la facoltà di delegare le sue funzioni di ufficiale del Governo, a senso degli articoli 150, 151 e 153 della presente legge, e di associarsi degli aggiunti presi fra gli eleggibili, sempre con l'approvazione del prefetto ». Come si vede, il quartiere è una specie di circoscrizione entro le grandi circoscrizioni comunali, introdotta allo scopo di farne la sede di pubblici ufficiali, i quali coadiuvano il sindaco nelle sue attribuzioni di funzionario del Governo. Questi pubblici ufficiali debbono essere scelti fra i consiglieri in modo che ne risieda uno per ogni quartiere: ad essi possono inoltre aggiungersi altri rappresentanti del sindaco scelti fra gli eleggibili. L'importanza del quartiere è dunque limitata ad una conveniente ripartizione delle funzioni del sindaco: del resto non sono in nessun caso riconosciuti e protetti i suoi interessi particolari, come avviene per le frazioni.

61. Un accenno merita la singolare disposizione dell'articolo 127, il quale pare che riconosca, come una speciale circoscrizione del Comune, la parrocchia. Ad essa, difatti, l'art. 127 accorda quella straordinaria rappresentanza che già abbiamo visto accordata alle frazioni, quando gli interessi dei parrocchiani sono in opposizione a quelli del Comune. Allora, appunto come avviene per le frazioni, il prefetto convoca i parrocchiani, i quali nominano tre commissari, che, con le facoltà spettanti al Consiglio comunale, provvedono all'amministrazione dell'oggetto in controversia. Tale contrapposizione d'interessi fra gli abitanti di una parrocchia e il Comune può solo avvenire quando i primi siano obbligati (1) a delle prestazioni verso la parrocchia, giacchè è in tal caso che il Comune, il quale per regola non s'ingerisce menomamente nelle parrocchie, rappresenta gli interessi dei parrocchiani. Tali principî valgono pure, secondo lo stesso articolo 127, quando c'è opposizione, sempre relativamente a prestazioni obbligatorie, fra gli interessi degli abitanti di una parrocchia e quelli di un'altra.

§ 2. *Nome del Comune e delle frazioni.*

62. Diritto dei Comuni al loro nome. — 63. Segue. — 64. Mutazioni volontarie del nome. — 65. Mutazioni necessarie. — 66. Stemma. — 67. Titolo di città.

62. Prima di chiudere il presente capo, ci sembra necessario dire qualche parola di un elemento essenziale alla designazione e distinzione del Comune, cioè il nome del capoluogo suo, che, come abbiamo detto, è anche quello dell'intero Comune, e il nome delle frazioni.

La nostra legge, nonostante l'importanza che tale argomento ha, senza alcun dubbio, specialmente per quanto riguarda alcuni servizi amministrativi, come la posta e il telegrafo (2), non ha alcuna disposizione sul proposito. Debbonsi quindi tener presenti, oltre i principi generali di diritto, anche quelle disposizioni affini che si possono incontrare in altre leggi riguardo al nome delle persone, e specialmente negli articoli 13, 14 e 15 della legge comunale e provinciale che regolano le mutazioni nel territorio del Comune.

Una prima questione che si può presentare è la seguente: il Comune in genere e le singole frazioni, quando. s'intende, costituiscono delle persone giuridiche, hanno diritto al proprio nome? Omettiamo per un momento di rispondere a tale domanda, per quanto si attiene ai rapporti fra il Comune e l'Autorità governativa, giacchè, considerata da questo lato, la questione si riannoda all'altra relativa all'Autorità competente a deliberare sulle mutazioni di tali nomi.

Occupiamoci, per ora, delle controversie nei rapporti fra Comuni e Comuni da un lato e Comuni e privati dall'altro.

Sono note e noi non vogliamo, com'è naturale, occuparcene, le non brevi dispute che si sono agitate per sapere se il nome delle persone fisiche e delle giuridiche, specie commerciali, possa costituire un loro diritto subiettivo (3). La maggior parte di coloro che se ne sono occupati inclina per l'affermativa, cosicchè le vere discordanze riguardano, più che altro, la natura di tale diritto. Chi lo vorrebbe chiamare diritto individuale (*individualrecht*) (4), chi, aderendo in sostanza al medesimo concetto e adoperando solo una espressione diversa, lo qualifica per un diritto sulla propria persona (5); chi, finalmente, un diritto su cosa immateriale (6) ma quasi tutti convengono (7) nella proposizione che esso sia un vero e proprio diritto subiettivo, che si può, come qualunque altro, esercitare e difendere.

63. E se così è, non può per nessuna ragione dubitarsi che anche il Comune, il quale, fra le altre sue qualità, ha anche quella di persona giuridica, goda di questo diritto, come qualsiasi altro subietto. Il nome difatti è ad esso ne-

(1) Quando si tratta invece di prestazioni volontarie, il Consiglio di Stato, nell'aprile del 1869 e la Corte d'Appello di Torino, il 29 marzo 1867, *Comune di Nosca c. Torre* (*Giur. it.*, XIX, 2, 164), credettero che non si dovesse far luogo a tale disposizione. Cfr., su tutto ciò, Mazzoccolo, *La legge comunale e provinc. annotata*, Milano 1894 (3ª ed.), pag. 254.

(2) Saredo, op. cit., pag. 305-306.

(3) Cfr. specialmente, lo scritto dello Scialoia, *Sul dir. al nome ed allo stemma*, Roma 1889, e la nota del Fadda e del Bensa al *Dir. delle Pand.* del Windscheid, v. I, p. I, p. 627 e segg. Tor., Un. tip.-ed.

(4) Kohler, *Ueber das Recht an Zeitungstiteln*, in *Centralblatt für die jur. Praxis*, vol. I, cit. dal Fadda e dal Bensa, op. cit., pag. 631.

(5) Fadda e Bensa, loco cit.

(6) Bekker, *Pand.*, I, pag. 63.

(7) Lo negano, ma con ragioni assai deboli, il Laband, op. cit., II, pag. 468 e segg., e il Gerber, nei *Jahrbücher f. die Dogmatik* del Jhering, vol. III, pag. 359 e segg. Cfr. anche l'opinione del Jhering, nei suoi *Jahrbücher* cit., XXIII, pag. 324 e segg.

cessario, non solo quando lo si considera sede di uffici governativi, e organo d'interessi locali, non solo per gli effetti delle designazioni di domicilio, che possono avvenire fra semplici privati, ma anche come ente morale di diritto privato. Cosicchè, se qualche dubbio ha ragione di esistere riguardo ai due primi aspetti del Comune, giusta quanto abbiamo detto sulla loro personalità, nessun dubbio può nascere quando si consideri il Comune medesimo alla stregua di qualsiasi altra persona privata. Donde la conseguenza assai facile che il Comune possa fare escludere dall'uso del suo nome qualsiasi altro Comune o anche privato il quale non vi abbia diritto. Merita in proposito di essere ricordata, attesa anche la mancanza quasi assoluta di precedenti in Italia, la decisione del Consiglio di Stato francese del 16 agosto 1863. In questa decisione si ammise che il nome del Comune possa considerarsi come sua proprietà, per modo che l'indebito uso che altri ne faccia possa costituire una lesione dell'altrui diritto; senonchè, non sappiamo con quanto fondamento, si stabilì che il Comune non può a ciò opporsi se non quando dia la prova dell'interesse per cui vuole impedire che altri se l'appropri (1). Senza quest'ultima limitazione, che non può in alcun modo giustificarsi, noi crediamo che il principio generale si debba applicare anche in Italia. Ciò ha una speciale importanza in quanto, essendo una buona parte dei titoli nobiliari legati a nomi di Comuni, è assai facile che i privati se ne servano indebitamente. E allora il Comune potrà far uso del suo diritto, impedendo una tale appropriazione. Parimenti ci sembra che sia una giusta applicazione dei principî che abbiamo esposti, il riconoscere ai Comuni medesimi la facoltà d'intervenire spontaneamente in un giudizio su titoli nobiliari, che interessi il loro nome (2).

Le stesse considerazioni potremmo su per giù ripetere, sebbene in questo caso sia estremamente difficile che trovino applicazioni pratiche, per i rapporti fra Comune e Comune. Sarà sempre bene avvertire però che, come può benissimo darsi che due persone abbiano lo stesso nome, per modo che l'uno non possa impedire all'altro di portarlo, così è frequente il caso che un Comune abbia una denominazione uguale a quella d'un privato o anche di un altro Comune. E allora non è il caso di parlare di diritti violati e nemmeno l'un Comune può costringere l'altro ad abbandonare il suo nome per ragioni di priorità; ma tutto è rimesso al potere discrezionale dell'Autorità governativa, la quale potrà, come crede, mutare o semplicemente correggere il nome di uno dei due Comuni

64. Riguardo ai criterî da seguire in tali mutazioni e correzioni da qualunque motivo siano esse suggerite, la legge, come abbiamo detto, tace: tuttavia non è molto difficile fissarli, distinguendo i diversi casi che possono verificarsi. Anzitutto possiamo dividere tali mutamenti in volontari, promossi, cioè, dallo stesso Comune, e in necessarî, ossia imposti dall'Autorità centrale.

Rispetto ai primi è facile scorgere l'analogia assai spiccata che essi presentano con i mutamenti del nome dei privati: potrà perciò trarsi qualche luce dalle disposizioni sul proposito che si contengono nel codice civile e specialmente nel decreto 15 novembre 1865 sull'ordinamento dello stato civile. E anzitutto, come per i privati, così per i Comuni, anzi *a fortiori* per essi, vale il principio per cui è esclusa qualunque mutazione arbitraria del nome, nel senso che non è mai l'autorità comunale che da sola può compiere tale mutazione. Egli è che, se, da un lato, il nome medesimo appare come un diritto subiettivo, dall'altro lato, quegli stessi motivi d'ordine pubblico per cui non è ammissibile la sua alienazione nè la cessione a scopo di liberalità, impediscono che vi si rinunzi per assumerne un altro, a meno che forti motivi non rendano ciò necessario. Qual' è dunque l'Autorità competente ad autorizzare tale cangiamento? L'articolo 124 del decreto citato richiede per i privati un decreto reale. E poichè nessuna ragione si rinviene che possa giustificare riguardo ai Comuni la competenza di un'autorità gerarchicamente inferiore al re, noi siamo indotti ad affermare la necessità di un decreto reale, anche per essi. Ad uguale conclusione si perviene, estendendo per analogia al caso che esaminiamo i principî che indubbiamente regolano, come vedremo, i mutamenti di nome necessari. Il procedimento che prepara tale decreto reale non può essere che il seguente. Il Comune deve manifestare il suo desiderio per mezzo dell'organo con cui egli per regola esprime la sua volontà, cioè, per mezzo del Consiglio comunale; naturalmente la deliberazione di questo è sottoposta a tutti i controlli dell'Autorità governativa, come qualsiasi altra. Dubbio è invece se si debba interpellare il Consiglio provinciale, perchè dia sul proposito il suo parere, che, in ogni caso, sarebbe semplicemente consultivo, giammai deliberativo. Le ragioni che consigliano l'affermativa e che, a dir vero, sembrano decisive, sono, oltre che d'ordine razionale, poichè è logico che la provincia venga intesa quando si tratta della determinazione di una sua parte, anche d'ordine esegetico, in quanto che l'articolo 218 della legge comunale e provinciale stabilisce che il Consiglio provinciale « delibera a termine delle leggi: 1° sovra i cambiamenti proposti alla circoscrizione della provincia, dei circondari, dei Comuni, sulle designazioni dei capoluoghi, ecc. » (3). Invece non è, per i Comuni, affatto necessario, come, secondo l'art. 111 del decreto citato, lo è pei privati, che la deliberazione del Consiglio sia inserita nella *Gazzetta ufficiale* e in altri fogli, perchè chiunque possa fare opposizione: e ciò perchè le deliberazioni comunali sono già di per sè stesse pubbliche, in modo che chiunque vi abbia diritto o interesse può ricorrere all'autorità competente per farle annullare. All'opposto: laddove i decreti reali che mutano il nome degli individui debbono essere trascritti semplicemente nei registri dello stato civile, ritenendosi ciò sufficiente per la loro pubblicità, lo stesso non si può certo dire dei Comuni, non esistendo per essi un istituto analogo a quello dello stato civile pei privati; donde la conseguenza che il decreto che muta i loro nomi debba essere pubblicato nella *Gazzetta ufficiale* del regno.

65. Riguardo ai mutamenti necessari, dobbiamo distinguere parecchi casi: 1° i mutamenti che avvengono per ragione di opportunità, il più delle volte per omonimia, e per iniziativa del governo del re; 2° i mutamenti che sono la conseguenza di quegli altri che avvengono nelle circoscrizioni territoriali dei Comuni medesimi; 3° e infine i mutamenti prodotti dal cambiamento del capoluogo.

Per il primo caso una pratica ragionevole e costantemente seguita in Italia (4) ha applicato sempre le norme che noi

(1) Fuzier-Hermann, *Répertoire général alphabétique du droit français*, voce *Commun*, n. 98, pag. 374.

(2) Saredo, op. cit., II, pag. 309.

(3) Saredo, op. cit., pag. 307.

(4) Saredo, op. cit., pag. 308, n. 1777.

abbiamo esposto per i mutamenti volontari; senonchè la deliberazione spontanea del Consiglio comunale viene allora provocata dall'Autorità governativa e assume il modesto carattere di un semplice parere.

Per i mutamenti di nome che sono conseguenza di mutazioni delle circoscrizioni territoriali, si seguono, com'è naturale, le regole che la legge agli art. 113, 114 e 155 stabilisce per queste ultime. Cosicchè, se si tratta dell'unione volontaria di più Comuni, è necessaria la deliberazione del Consiglio, il parere del prefetto e infine un decreto reale. Quando invece si tratta di un'unione forzata, allora è richiesto, oltre il parere del Consiglio comunale, anche quello del Consiglio provinciale. Nel caso finalmente che una borgata o frazione venga costituito in Comune distinto, il più delle volte non è a far questione sul nome che il nuovo Comune sarà per assumere, giacchè è assai difficile che non ne possegga già uno proprio. Nell'ipotesi che ciò non sia, la maggioranza degli elettori da cui dovrà partire la proposta (art. 115), indicherà nella sua domanda il nome che intende dare al futuro Comune, nome che sarà preso anche in considerazione dal Consiglio provinciale, il cui parere favorevole è richiesto nelle mutazioni territoriali di tal fatta.

Pei mutamenti di nome, infine, che son conseguenza del mutamento del capoluogo, dovrà ritenersi senz'altro che il Comune assumerà il nome del nuovo capoluogo, a meno che, nel decreto reale che ha stabilito tale mutazione, non sia disposto altrimenti (1).

66. Considerazioni su per giù eguali a quelle che abbiamo fatto per il nome, potremmo ripetere per gli stemmi dei Comuni, sul diritto che questi hanno ad usarne, sui varî mutamenti che si possono introdurre, sull'assunzione di uno stemma da parte dei Comuni che non ne hanno e così via. Solo è da notare che, per analogia ed in mancanza di esplicite disposizioni si possono ad essi applicare i principî che regolano i titoli di nobiltà e, per conseguenza, le norme sulla Consulta araldica. È bene inoltre tener presente che, mentre ogni Comune deve possedere un nome, non è punto necessario che esso abbia anche un proprio stemma, per modo che quei Comuni che non lo hanno, non sono in obbligo di procurarselo (2).

67. Degno infine di nota, per la sua singolarità, è l'art. 38 del regolamento, approvato con regio decreto dell'8 gennaio 1888, della Consulta araldica, che regola le condizioni con cui è possibile conferire ad un Comune il titolo di città. Dispone l'articolo suddetto: « Il titolo di città può essere concesso ai Comuni insigni per ricordi storici, con una popolazione non minore di seimila abitanti, e che abbiano convenientemente provveduto ad ogni pubblico servizio, e in particolar modo alla istruzione e alla beneficenza ». È un titolo, come si vede, semplicemente onorifico, simile a quelli nobiliari, che non produce alcuna conseguenza giuridica.

TITOLO II. — ELEMENTI.

CAPO I. — Della popolazione.

§ 1. *Nozione di comunista.*

68. Mancanza della nozione di comunista nel diritto antico e intermedio. — 69. Segue: la nozione di comunista e la rivoluzione francese. — 70. Il concetto di autarchia comunale e la nozione di comunista. — 71. La residenza nel Comune di estranei. — 72. Segue: restrizioni cui va soggetta. — 73. Mancanza di disposizioni legislative sulla nozione di comunista. — 74. La teoria dell'Orlando. — 75. Appartenenza contemporanea a più Comuni. — 76. La cittadinanza comunale onoraria. — 77. Se la cittadinanza comunale sia un diritto subiettivo. — 78. Segue. — 79. Se possa costituire un diritto quesito. — 80. Contenuto della cittadinanza comunale.

68. Il primo, e forse il più importante elemento dell'associazione comunale è costituito dagli individui che ne fanno parte; segue poi il territorio e, per ultimo, in linea sussidiaria, il patrimonio. È qui il luogo d'intraprendere alcune importantissime, per quanto di solito trascurate, indagini relative alla nozione di comunista, all'indole e al fondamento giuridico del rapporto che si stabilisce fra il Comune e i suoi membri, ai diritti e ai doveri di questi ultimi, ai godimenti o, meglio, effetti riflessi che da tale cittadinanza derivano. Sono indagini queste che si son fatte con accuratezza e con una relativa profondità per i rapporti fra lo Stato e i suoi cittadini, ma che mancano di qualsiasi elaborazione scientifica relativamente ai punti di contatto che esse hanno con il concetto del Comune amministrativo moderno. Le ragioni della mancanza o, almeno, deficienza di studî su tali argomenti non è troppo difficile a rinvenirsi, sol che si pensi a quanto abbiamo già detto sull'origine, assai recente, del Comune attuale, che nella sua nozione e nel suo fondamento giuridico, ha così scarsi punti di contatto con l'antico. Non è necessario difatti ricordare come, per molti secoli, sin quasi ai nostri giorni, la cittadinanza comunale avesse, oltre che un'importanza, anche un contenuto per molti rispetti completamente diverso da quello che ha adesso. Egli è che, da un certo punto di vista, la cittadinanza dello Stato non esisteva affatto, nel senso che essa, da per sè, non procurava alcun diritto o vantaggio e, qualche volta, nemmeno dei doveri concreti: l'individuo, più che allo Stato, era legato alla terra dove nascea, e non si concepiva alcuna facoltà, alcun rapporto, sia di diritto pubblico che di diritto privato, che non dipendesse da questa appartenenza al Comune. È facile comprendere come, in questo stato di cose, la cittadinanza comunale tenesse luogo di quella statuale, si confondesse anzi in tutto e per tutto con essa: d'onde l'impossibilità che la si considerasse dallo stesso punto di vista da cui dobbiamo noi esaminarla. E ciò avveniva, si noti bene, non solo per i Comuni che erano contemporaneamente dei veri e propri Stati, ma anche per quegli altri, che, sebbene facessero idealmente parte di un grande Stato, pure aveano con questo dei vincoli così deboli e lontani da potersene considerare affatto liberi, come i Comuni medioevali. E non solo per essi, ma, ciò che a prima vista parrà strano, anche per i Comuni delle grandi monarchie assolute che esistevano in Europa prima della rivoluzione francese. E ciò per la ragione assai semplice che, non conferendo l'appartenenza a questi Stati alcun diritto politico, perchè i governi erano assoluti, e nemmeno i diritti privati, giacchè il diritto civile, allo stato di consuetudine o, meglio, non ancora unificato, variava spesso da Comune a Comune, si può dire che la cittadinanza statuale esistesse più come fatto che come un vero e proprio diritto. Ciò avea per effetto l'impossibilità, non meno insuperabile di quella che abbiamo riscontrato pei Comuni precedenti, di giungere ad una nozione di comunista, quale noi dobbiamo concepirla adesso; il comunista d'allora era, nei suoi diritti e nei suoi doveri, il cittadino attuale.

(1) Saredo, op. cit., II, pag. 314, n. 1799.

(2) Cfr. Giorgi, *Dottrina delle persone giurid.*, vol. IV, p. 143.

69. Tale possibilità si ebbe solo al sorgere del Comune amministrativo moderno, cioè dopo la rivoluzione francese. Senonchè nemmeno allora si giunse a fissare bene la nozione di comunista, in tutte le sue conseguenze e in tutti i suoi rapporti, per delle ragioni di fatto che solo adesso accennano a svanire. Come reazione all'eccessiva, anzi esclusiva importanza che fino allora avea avuto l'appartenenza al Comune, si affermò il principio, che si volle sino a quanto ciò fosse possibile, applicare nella pratica, che tutto, diritti e doveri, sia pubblici che privati, dipendessero unicamente dalla cittadinanza statuale. Donde il gran valore che avea il nome di cittadino di cui fregiavasi ogni persona quasi fosse un titolo, e il concetto che s'intendea racchiudere in quella frase che, d'allora in poi, formò il titolo di una parte delle moderne costituzioni: « diritti dei cittadini ». Si andò anzi tanto avanti che perfino dalla cittadinanza statuale si vollero emancipare alcuni rapporti fondamentali, donde i famosi « diritti dell'uomo ». Forse non è esagerato affermare che alla diffusione e all'incremento che allora ebbero le teoriche del diritto naturale, non fu del tutto estranea questa emancipazione dei rapporti giuridici da qualsiasi legame con le unità politiche di cui i loro subbietti faceano parte. Comunque sia, a noi basta far constatare come, per tutte queste ragioni, dovesse considerarsi l'indagine d'una nozione di comunista, non solo come affatto inutile ed accademica, ma anche come pericolosa, giacchè essa avrebbe potuto richiamare ad un passato che non dovea ricordarsi se non come un esempio da sfuggire. E infatti l'ammettere che un cittadino, sol perchè appartenente a un dato Comune, potesse godere di diritti speciali dovea sembrare una offesa al malinteso principio d'uguaglianza. Si aggiungano a ciò gli immaginari pericoli che si temeva potessero derivare per l'unità degli Stati il dar troppa importanza alla vita locale, un certo umanitarismo sempre crescente e che tendea a generalizzare viepiù il diritto e liberarlo da qualsiasi circoscrizione territoriale, e si avrà la spiegazione del fatto che noi abbiamo constatato, la mancanza, cioè, quasi assoluta di una trattazione scientifica dell'appartenenza ai corpi locali in genere e al Comune in particolare.

70. Invece a noi tale ricerca appare come un complemento indispensabile di quelle che abbiamo finora compite. Studiammo infatti il concetto di Comune nelle sue relazioni con lo Stato di cui è parte ed organo; dobbiamo adesso, per completare la nozione del Comune moderno, studiarlo nei suoi rapporti di unità con i membri di cui si compone: l'una indagine è complementare, diremmo conseguenziale, dell'altra. Il rapporto difatti in cui i singoli componenti il Comune stanno verso il Comune medesimo non potrà non dipendere dal rapporto in cui questo sta verso lo Stato. Se il Comune si concepisce come un ente quasi sovrano, avente vita indipendente dallo Stato, il comunista non assumerà lo stesso carattere che gli si attribuirà quando all'opposto si concepirà il Comune come un semplice ufficio governativo, simile a qualsiasi altro ufficio non dotato di personalità pubblica.

Nel primo caso la nozione di comunista si confonderà, per ragioni assai ovvie, con quella di cittadino, dal quale differirà solo per estensione, giammai per natura; nel secondo caso mancherà la possibilità medesima di creare una nozione siffatta, giacchè non può parlarsi di rapporto giuridico con un ente sfornito di personalità, a meno che non si voglia confinare il concetto di comunista nell'appartenenza al Comune, come persona di diritto privato, nel qual caso esso avrà assai poca importanza, scientifica e pratica. Da quanto abbiamo detto si vede come la nozione di comunista vera e propria, allora può sorgere con caratteri giuridicamente precisi e con un contenuto non trascurabile, allorquando siamo dinanzi al Comune amministrativo, quale noi abbiamo cercato di delineare, al Comune, cioè, rappresentante degli interessi locali, corpo autarchico e, ciò nondimeno, organo statuale.

Soltanto allora il determinare chi possa o meno qualificarsi per comunista, pur essendo cosa diversa dall'esame di chi sia cittadino, ha una positiva importanza, nel senso che sarà necessario vedere chi debba prender parte a quest'amministrazione autarchica, su chi debbano ricadere i vantaggi che tale amministrazione degli interessi locali procura, e su chi i pesi, specialmente finanziari, che, per il disimpegno di essa, sono indispensabili. Si noti bene però che noi non vogliamo con ciò sostenere come la nozione di comunista si abbia soltanto rispetto al Comune, considerato come organo degli interessi locali; chè anzi noi crediamo che essa comprenda anche l'appartenenza al Comune, persona di diritto privato, così come l'appartenenza allo Stato, in quanto è unità politica, non si può certo scompagnare dall'appartenenza ad esso, subietto di diritti privati o, per dir meglio, fisco. Avremo occasione di tornare poi, per meglio determinarlo, su tale concetto, a proposito di alcune opinioni da altri enunciate. Per ora ci basta l'avere affermato che la ricerca cui noi ci accingiamo è da un lato limitata al Comune amministrativo quale l'abbiamo determinata nel precedente capitolo, e dall'altra parte abbraccia, senza distinguerli più l'uno dall'altro, due dei tre aspetti del Comune che abbiamo esaminati: il Comune, cioè corpo autarchico e persona giuridica. In quanto al suo terzo aspetto, cioè in quanto lo si considera come sede di uffici governativi, tale indagine non può avere evidentemente luogo, giacchè l'ente locale è in tal caso una semplice località, che non può assurgere a subbietto di rapporti giuridici.

71. Si suole comunemente distinguere la popolazione del Comune in legale e residente (1). La prima sarebbe il complesso delle persone che godono della cittadinanza comunale e che perciò ne hanno tutti i diritti e ne sopportano i pesi. La seconda sarebbe formata, da una parte, da coloro che sono comunisti e che abitano nel Comune, e, dall'altra parte, da coloro che, pur non essendo comunisti, hanno nel Comune il loro domicilio o la loro dimora. La distinzione è importante, non solo ai fini della statistica o di qualche altro pubblico servizio, ma anche perchè si disputa se a certi diritti o, meglio, vantaggi che da tale cittadinanza derivano debbono essere ammessi i comunisti soltanto o anche coloro che hanno un semplice incolato, per dir così, e se dai primi, cioè dai comunisti veri e propri, debbono essere esclusi coloro che hanno altrove la loro dimora. Ma, a prescindere da tali questioni, che saranno a suo luogo esaminate, ognun vede come anche la semplice residenza nel Comune sia di per sè stessa un fatto importante che non può non produrre delle conseguenze giuridiche e che merita perciò qualche studio.

Riguardo alla cittadinanza statuale si ha la nozione del *civis o subditus temporarius*, e si disputa se e quali diritti debbono ad esso concedersi. È noto come si pervenga ge-

(1) Giorgi, *Dottrina delle persone giuridiche* cit., vol. IV, pag. 97.

neralmente alla conclusione non del tutto esatta e che noi abbiamo cercato altrove di correggere che allo straniero che si trovi nel nostro Stato debbano concedersi i diritti privati, non i pubblici. Noi crediamo che, riguardo a questi ultimi, un'assoluta ripugnanza a riconoscerli anche nel *civis temporarius* ci sia solo per i diritti politici in senso stretto, cioè per i diritti alle pubbliche funzioni, ma che, relativamente agli altri diritti pubblici, cioè quelli di libertà e civici, la logica e le necessità pratiche consigliano a non negarli allo straniero nella stessa misura che al cittadino, costituendo essi un vero e proprio complemento, il più delle volte indispensabile, dei diritti privati. Un esame analogo si potrebbe intraprendere per quello che possiamo chiamare comunista temporaneo. Sta bene che nessuno che non abbia la qualità giuridica di comunista possa partecipare all'amministrazione del Comune, la quale non può, per ragioni troppo ovvie, essere compiuta se non dalle persone che sono ad esso interessate. Ma non vediamo il perchè si debba restringere per coloro che non sono comunisti il diritto di libertà di cui tutti i comunisti medesimi godono: di modo che il dubbio, assai grave per le ragioni che appresso svolgeremo, si limiterebbe solo alla categoria dei diritti civici, cioè di quelli per cui l'amministrazione sarebbe obbligata a delle prestazioni in favore dei loro subbietti.

72. Ritornando al diritto di libertà, si rendono qui necessarie alcune considerazioni che interessano direttamente il nostro diritto positivo. È utile a questo proposito richiamare l'analogia assai spiccata che un tale argomento presenta con un altro relativo alla cittadinanza statuale. È noto come nelle moderne legislazioni si siano introdotte alcune limitazioni relative alla libertà personale dello straniero, la più importante e la più grave delle quali è, senza dubbio, la possibilità della sua espulsione per ordine dell'Autorità di polizia (1). Contro questa limitazione, criticata giustamente da molti (2), è facile osservare come uno Stato forte e bene ordinato non dovrebbe aver bisogno di sottoporre gli stranieri ad una, diciamo così, sorveglianza speciale, come persone pericolose, ma dovrebbe lasciare ad essi libero il completo esercizio della loro attività nella stessa misura e con le medesime restrizioni che usa pei suoi sudditi. Lo stesso è a dirsi dei Comuni. Ci fu un tempo non troppo lontano da noi, in cui non solo il diritto di fissare la propria dimora nel Comune, ma anche la facoltà di maritarsi, di acquistare dei beni immobili, di esercitare un mestiere o una professione erano negati a chi non fosse comunista. Adesso tale sistema, che si disse dell'indigenato (*das Heimatsrecht*), è quasi completamente scomparso: chiunque nell'esercizio delle sue facoltà naturali è sciolto da qualsiasi legame con l'appartenenza all'ente locale e, anche il più delle volte, allo Stato. Solo deve notarsi un'eccezione non molto giustificabile, riguardo al diritto di dimorare in un Comune diverso da quello proprio. Tale diritto è nella sua generalità concesso così dalle leggi d'Italia come da quelle delle altre nazioni, comprese la Germania e la Svizzera, che più di tutte si mostrarono, sino a poco tempo fa, restie a concederlo (3). Senonchè nella pratica esso viene, in Italia, molto limitato da una disposizione che si trova nella attuale legge sulla pubblica sicurezza. L'art. 85 di tale legge dispone infatti: « Chi fuori del proprio Comune desta ragionevoli sospetti con la sua condotta, e, alla richiesta degli ufficiali od agenti di pubblica sicurezza, non può o non vuol dare contezza di sè con qualche mezzo degno di fede, è condotto dinanzi all'Autorità di pubblica sicurezza. Questa, qualora trovi fondati i sospetti, può farlo rimpatriare, con foglio di via obbligatorio, o anche, secondo le circostanze, per traduzione ». Ognun vede come tale disposizione, così indeterminata nel suo contenuto, offra largo campo all'arbitrio dell'Autorità di pubblica sicurezza, venendo a distruggere, sotto l'apparenza della concessione di un limitato potere discrezionale, il principio generale. Contro siffatta limitazione della libertà personale si potrebbero rivolgere le medesime critiche di cui abbiamo già detto, a proposito dell'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato. Quando la pubblica sicurezza locale è bene organizzata, non c'è ragione di temere una persona non appartenente al Comune più di quello che non si tema per i comunisti. Comunque sia, data la disposizione così com'è, sarebbe interessante esaminare se le parole: « chi fuori del *proprio* Comune », si riferiscano al Comune d'origine o intendano anche comprendere con la espressione « proprio » anche quel Comune di cui si è comunista, malgrado che non si sia nato in esso. Noi, trattandosi di limitazione e di eccezione ad un principio generale, preferiamo accogliere l'opinione più favorevole alla maggiore larghezza del diritto di libertà personale, nel senso che la parola « proprio », secondo noi, comprende qualsiasi Comune cui si appartiene giuridicamente sia per nascita, sia perchè se n'è acquistata la cittadinanza in un altro dei modi che adesso esamineremo.

73. Esposta sommariamente quale sia la nozione del comunista temporaneo e quali rapporti di diritto vi si ricollegano, passiamo all'altra indagine ben più importante diretta a fissare chi sia per diritto italiano il vero e proprio comunista, quale la sua posizione, i suoi diritti e i suoi doveri.

Nella nostra legge comunale e provinciale, come in genere in qualsiasi altra legge non si rinviene alcuna disposizione in proposito: e invano si cercherebbe nella dottrina un largo studio su tale nozione, che, pure, è delle più importanti, non solo teoricamente, ma anche praticamente, del nostro diritto amministrativo. Da essa difatti dipende la determinazione razionale, se non positiva, di chi debba considerarsi come elettore ed eleggibile in un dato Comune, chi possa esercitare le azioni popolari nel caso non raro che esse siano esercitabili soltanto da coloro che sono interessati all'amministrazione comunale, chi debba essere ammesso e chi escluso, come vedremo, dal godimento di alcuni diritti civici. Si aggiunga a tutto ciò la recente istituzione del domicilio di soccorso che, nella maggior parte dei casi, deve ridondare solo a beneficio di coloro che appartengono all'ente comunale; l'interesse stesso che hanno i Comuni di sapere a chi essi debbono prestare pubblica assistenza, per potere poi procedere al riparto, fra i diversi Comuni, delle spese erogate in tale beneficenza.

74. Il merito di avere richiamato, primo e finora unico in Italia, l'attenzione degli studiosi sulla nozione di comunista spetta all'Orlando (4). Per determinarla rispetto al diritto

(1) V. l'art. 90 della legge sulla pubblica sicurezza e la voce **Espulsione di stranieri**.

(2) V. Orlando, *Principi di diritto amministrativo* cit., § 423, pag. 245. Ferdinando Bianchi scrisse su ciò un lavoro: *Un quesito sull'art. 3 del codice civile italiano*, Siena 1881.

(3) Cfr. Gierke, nel *Rechtslexikon* dell'Holtzendorff, voce *Gemeindebürgerrecht*.

(4) *Principi di diritto amministrativo*, nn. 301-307, pagine 172-176.

pos tivo italiano, egli si valse di un metodo affatto pratico ed esegetico, ma sicuro. Il diritto elettorale in un dato Comune presuppone senz'alcun dubbio la qualità di comunista: e ciò per il principio che il diritto politico non può essere concesso se non a coloro che fanno effettivamente parte di quella comunità al cui reggimento essi sono preposti. Vero è per altro che non tutti i comunisti sono elettori, in quanto che alcuni di essi sono stati dalla legge dichiarati *incapaci* di esserlo (1); ma quando si saranno conosciute queste incapacità che impediscono ad alcuni comunisti di essere elettori, avremo conosciuto anche chi debba qualificarsi per comunista. I risultati cui si perviene adottando l'ingegnoso criterio sarebbero i seguenti. Anzitutto i contribuenti, cioè tutti coloro che pagano una contribuzione diretta, poichè sono elettori, sono anche comunisti. In secondo luogo sarebbero tali coloro che pagano le tasse comunali di famiglia, di fuocatico, sul valore locativo, sul bestiame, sulle vetture, sui domestici, sugli esercizi e sulle rivendite, i mezzadri e i fittaiuoli. Il limite di quantità che l'art. 14 della legge comunale e provinciale stabilisce perchè tali persone siano elettori, deve, in base a quanto si è detto, trascurarsi quando si tratta di vedere chi è semplicemente comunista. Non deve invece trascurarsi, trattandosi di condizione necessaria, quella stabilita in proposito dall'art. 16, il quale richiede che i contratti di mezzadria o di fitto siano anteriori all'anno civile durante il quale si formano o si rivedono le liste. Infine sarebbero comunisti, in base all'art. 13, coloro che, almeno da un anno, abbiano nel Comune la loro residenza o il loro domicilio. La conclusione di tale rapido esame è in sostanza la seguente: la qualità di comunista deve essere riconosciuta a tutti coloro che da un anno dimorano nel Comune e inoltre a quelli che, pur non avendo tale dimora, sono contribuenti diretti (2). Va da sè che condizione indispensabile è poi la cittadinanza statuale: un'eccezione vien fatta per i cittadini delle regioni italiane che non fanno parte del regno (3). Delle altre condizioni generali dell'elettorato, come l'età, il godimento dei diritti civili e il saper leggere e scrivere è facile comprendere come esse debbano considerarsi estranee alla appartenenza o meno al Comune.

75. La conclusione di quanto abbiamo detto sarebbe che la nascita nell'ente locale non è più condizione indispensabile e nemmeno sufficiente per conferire la cittadinanza dell'ente medesimo. Chi nasce in un Comune appartiene ad esso, a meno che non paghi delle imposte dirette, finchè vi conserva il suo domicilio; il giorno in cui egli trasferisce la sede dei suoi affari o dei suoi interessi altrove, o meglio dopo un anno che tale trasferimento è avvenuto, egli perde la cittadinanza del Comune d'origine e acquista quella del Comune dove dimora. E poichè il domicilio non può per le nostre leggi essere che unico, così non si potrà, in questo caso, essere comunista di diversi Comuni. All'incontro, quando si pagano delle contribuzioni dirette in più Comuni, allora si ha diritto contemporaneamente alla cittadinanza di essi. D'onde la conseguenza che si può essere comunisti di un Comune per domicilio e nello stesso tempo comunisti di diversi altri per contribuzioni. Da ciò una differenza sostanziale con la cittadinanza statuale, la quale non può essere che unica e si perde in uno Stato per il solo fatto che si acquista in un altro (art. 11, capov. 2°, cod. civ.). La ragione di ciò si avrà sol che si pensi alla diversa base dello Stato e del Comune. L'appartenenza all'associazione comunale è determinata, più che da altro, dato il concetto di Comune moderno, dall'interesse economico. Abbiamo ripetute volte affermato che il Comune è l'organo degli interessi locali, e vedremo, parlando delle sue attribuzioni, come ad esso competa, più che altro l'esercizio di quell'attività che si suole chiamare sociale, in contrapposto a quella giuridica. Tutto ciò non si può dire dello Stato, il quale non è certo da concepire come il rappresentante degli interessi nazionali e, conseguentemente, come l'associazione di tutti coloro che nella sfera del suo territorio, hanno un interesse da curare, e da proteggere. Attività propria dello Stato è quella giuridica; quella sociale non è che un accessorio, che potrebbe anche non esercitare, senza essere intaccato nella sua nozione. Da ciò la conseguenza che il vincolo che lega il cittadino allo Stato è specialmente la sudditanza, e poichè questa deve essere intera e illimitata, ne viene che non si può essere sudditi, e quindi cittadini, che di uno Stato solo. Al contrario il vincolo che passa fra il Comune e il comunista è l'interesse, e poichè nulla vieta in astratto che si possano avere interessi in più Comuni, così è perfettamente logico e ammissibile che si sia comunista di Comuni diversi. È questa una conseguenza diretta e, nello stesso tempo, una riprova luminosa di quanto abbiamo detto circa la profonda differenza che passa fra il Comune amministrativo attuale e il Comune di altri tempi, che col moderno non ha altri punti di contatto che quelli di una ininterrotta continuità storica. L'importanza teorica quindi del principio che si può essere comunisti in più Comuni eccede di gran lunga quella pratica, giacchè ci aiuta a comprendere in tutti i suoi lati questa nozione così complessa, e, per solito, così svisata, di Comune moderno. Se non fosse vero quello che abbiamo detto sull'impossibilità di riconoscere in esso dei poteri propri, non derivanti dalla sovranità dello Stato e perciò sovrani da per sè stessi, sarebbe impossibile adesso giustificare teoreticamente tale principio, e ciò per la considerazione che abbiamo fatto relativamente allo Stato, che cioè la sovranità per natura sua dev'essere esclusiva e non possono su una medesima persona esercitarsi contemporaneamente due poteri sovrani, indipendenti l'uno dall'altro. Nel Comune, difatti, o, meglio, nei Comuni precedenti all'attuale, unico criterio per conoscere se si fosse o no comunista era la nascita o, tutt'al più, e in casi rari, era richiesta una speciale concessione del Comune (4), come avviene adesso per la cittadinanza dello Stato: donde l'impossibilità che si appartenesse a diversi Comuni contemporaneamente.

76. Dalla diversità del fondamento giuridico del Comune moderno da quello dei Comuni anteriori discende anche un'altra conseguenza, non priva di qualsiasi importanza. È principio generale che ogni associazione, sia essa politica o no, pubblica o privata, decide essa stessa dell'ammissione nel suo seno di persone estranee all'associazione medesima. Così

(1) Sulla necessità di risolvere il problema della maggiore o minore estensione del diritto elettorale con criteri negativi, anzichè positivi, come ordinariamente avviene, per modo che debba parlarsi d'incapacità, e non di capacità, v. lo stesso Orlando, *Principî di diritto costituzionale*, Firenze 1894 (3ª ed.), n. 121, pag. 81-82.

(2) Orlando, *Principî di dir. amm.*, loco cit. V., anche, nel medesimo senso, Giorgi, *Dottrina delle persone giuridiche*, IV, pag. 99.

(3) Art. 12 legge com. e prov.

(4) V. Salvioli, *Manuale di storia del diritto italiano*, Torino 1892 (2ª ed.), pag. 296-298.

lo Stato conferisce da sè la propria cittadinanza. Uguale facoltà dovrebbe per conseguenza spettare ai Comuni, se fosse vero che essi costituiscono degli enti pubblici completamente indipendenti dallo Stato e dotati di vita propria o, anche, se si accettasse la teorica opposta, che fa di essi delle semplici associazioni analoghe a quelle del diritto privato. Ma, non accettando nè la teorica francese del *pouvoir municipal*, nè quella tedesca del diritto associativo e riconoscendo invece nel Comune la qualità di organo dello Stato, di parte dell'amministrazione statuale, si giunge necessariamente a conclusione opposta. È lo Stato che deve regolare con le proprie leggi l'appartenenza al Comune, nè questo può da solo conferire la cittadinanza a qualsiasi persona.

Praticamente la questione che abbiamo esaminato si concreta nell'altra, assai elegante, che si può formolare così: quale efficacia deve riconoscersi a quelle deliberazioni dei Consigli comunali che conferiscono la cittadinanza onoraria del Comune a qualche persona che si ritiene illustre o benemerita? Non manca chi reputa siffatta deliberazione come presa « sopra oggetti estranei alle attribuzioni del Consiglio », e perciò, non solo priva di qualsiasi effetto, ma anche contraria alla legge, per modo che il prefetto dovrebbe, in adempimento degli art. 189 e 191 della legge comunale e provinciale, annullarla (1). Certo che ad una cittadinanza in tal modo conferita non può riannodarsi alcuna conseguenza giuridica, non può quindi chi è stato dal Consiglio comunale dichiarato comunista godere nè del diritto elettorale nè di qualsiasi altro diritto che all'appartenenza a quell'ente locale si ricollegano, come pure non potrà esser soggetto a qualsiasi gravezza che di tale appartenenza sarebbe la conseguenza immediata. Tuttavia non crediamo che la deliberazione che conferisca la cittadinanza del Comune debba essere in tesi generale annullata. Appunto perchè si tratta di cittadinanza concessa *ad honorem* e priva di effetti pratici, la deliberazione relativa non può considerarsi come contraria alle leggi, che parlano di cittadinanza vera e propria. Quanto poi all'osservazione che essa sarebbe nulla di pieno diritto, perchè presa su oggetti estranei alle attribuzioni del Consiglio, si potrebbe rispondere che la parola « estraneo » è stata da un uso costante, come un esame attento della giurisprudenza mostrerebbe, limitata ai casi in cui la deliberazione suona plauso o censura ad un atto dello Stato o del Governo. Se non le si desse questo senso, si limiterebbe grandemente la libertà dei Comuni, giacchè si verrebbe ad affermare il principio che essi non possono esercitare nessuna attività, nè compiere alcuna azione che non sia stata prevista dalla legge comunale e provinciale; il che sarebbe contrario, non solo all'autarchia di cui si vogliono dotati i Comuni, ma anche all'esercizio di qualsiasi potere discrezionale. Comunque sia di ciò, passiamo ad altro argomento.

77. La cittadinanza comunale costituisce di per sè un diritto subiettivo? È noto come l'identica questione si sia agitata relativamente alla cittadinanza dello Stato e come, in riguardo ad essa, le opinioni siano divise, nel senso che gli uni la considerano come un vero e proprio diritto subiettivo, gli altri come una qualità o condizione o stato, che dir si voglia, da cui nascono dei diritti e insieme dei doveri. Il risolvere tale problema in un senso piuttosto che in un altro non è del tutto privo di conseguenze pratiche, anche importanti. Così, p. es., può avvenire che si faccia questione se, mutando la legge che conferisce la qualità di comunista sotto date condizioni, quelli che già l'abbiano acquistata sotto la presente legge, la conservino o la perdano: come si vede, qui si tratta di sapere se sia applicabile o meno la teoria dei diritti quesiti. Il che, si noti bene, è tanto più disputabile quanto meno precise ed incerte sono le disposizioni positive sul riguardo.

Per risolvere la questione in riguardo al Comune è necessario servirsi dell'analogia che un tale argomento presenta con la cittadinanza dello Stato, sebbene come abbiamo detto, anche relativamente a questa si faccia la identica questione. Ma per lo Stato almeno abbiamo dei testi legislativi cui ricorrere più frequentemente e con più sicurezza (2).

Secondo noi, la cittadinanza statuale costituisce un diritto subiettivo per sè stante, indipendentemente dagli altri cui essa dà adito. A ciò c'induce un attento esame sui modi con cui tale cittadinanza si acquista. Se difatti è realmente disputabile se essa costituisca un diritto nei casi in cui si acquista per nascita o per naturalità, nei quali casi potrebbe sembrare più corretto considerarla come uno stato produttivo di diritti, tali dubbi ci sembra che debbano svanire quando la si acquista per elezione. Chi possiede quelle condizioni che la legge ha fissate, ha *facoltà* di acquistare la cittadinanza, facendone dichiarazione dinanzi l'ufficiale dello stato civile o con un altro atto volontario qualsiasi. Si può dubitare che in tali casi si abbia un diritto alla cittadinanza? A noi non sembra. Nemmeno qui ci pare che si possa obbiettare, come taluno ha fatto (3), che manca un subbietto contro cui tale diritto può esercitarsi. Si supponga difatti che l'ufficiale dello stato civile si ricusi, per un motivo qualsiasi, a raccogliere la dichiarazione di chi pure avrebbe facoltà di farla: in questo caso egli mancherebbe al proprio dovere e contro questa mancanza si potrebbero senza dubbio provocare le varie sanzioni, così civili che amministrative che, secondo i casi, sarebbero ammissibili.

Altri argomenti in sostegno dell'opinione che ravvisa nella cittadinanza un vero e proprio diritto subiettivo, crediamo si possano trarre dal fatto della sua rinunziabilità. Si comprende come il dubbio potesse sorgere quando essa era una qualità che avvinceva ineluttabilmente chiunque nascesse nello Stato e non si potea, se non in linea affatto eccezionale, acquistare da altri e, in nessun caso, rinunziare. Ma adesso che è possibile l'acquisto volontario di essa, non importa a quali condizioni, e nello stesso tempo la rinunzia anch'essa volontaria, siamo in presenza di facoltà giuridiche, di veri e propri diritti subiettivi (4).

78. Del resto le due opinioni, che, a prima vista, sembrano contrarie, sono fra loro conciliabili, e possono completarsi

(1) Saredo, op. cit., II, pag. 530-531, n. 2344; cfr. anche Mazzoccolo, op. cit., pag. 19.

(2) Vedi alla voce **Cittadinanza**.

(3) Longo, *La teorica dei diritti pubblici subiettivi*, ecc., loco cit., pag. 347-348.

(4) I civilisti italiani che, per ragioni legislative hanno dovuto occuparsi della cittadinanza statuale, più che gli stessi giuspubblicisti, i quali anzi, in Italia, non se ne sono occupati affatto, sono d'accordo nel qualificarla come un diritto subiettivo: anzi, il più delle volte, non fanno neppure la questione. V., per tutti, il Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, Pisa, vol. II (1869), pag. 45 e, più specialmente, pag. 52, § 4. V. anche Fiore, *Dello stato e della condizione giuridica delle persone*, V, Napoli, I (1893), pag. 20 e segg. Fra i pubblicisti sostiene l'opinione, che è anche la nostra, il Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo* cit., pag. 132. Cfr., nel medesimo senso, anche il Löning, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts* cit., pagina 11.

a vicenda, in quanto che la cittadinanza deve, quando mai, considerarsi come una condizione o stato alla quale si ha diritto.

Ora non è chi non vede come, ragionando analogamente, dovremmo pervenire alle medesime conclusioni riguardo la cittadinanza comunale (1). Anch'essa, così nel caso che la si acquista per il domicilio continuato per più di un anno, sia che la si ottenga per le contribuzioni dirette che si corrispondono, deve considerarsi come una qualità o stato cui si ha diritto: non c'è ragione alcuna che può indurre a scorgere delle differenze su questo punto fra l'appartenenza allo Stato e l'appartenenza al Comune. Anzi, se è vero che questa ultima ha delle analogie innegabili, per quanto non convenga fondare esclusivamente su di esse alcuna teorica, con l'appartenenza alle associazioni private, la nostra opinione potrà essere accolta anche da coloro che non volessero estenderla alla cittadinanza statuale, giacchè la qualità di membro di tali associazioni costituisce sempre e senza alcun dubbio un diritto subiettivo.

79. La cittadinanza comunale è dunque un diritto; ma si può dire che essa sia un diritto quesito? Noi non crediamo. La legge, che, sia implicitamente che esplicitamente, regola l'acquisto e la perdita della qualità di comunista, è, senza alcun dubbio, d'ordine pubblico, anzi si può dire che sia costituzionale, nel senso affatto speciale che dà norme sull'organizzazione di un istituto statuale. Il nesso sistematico con cui noi trattiamo tale argomento chiarisce la nostra opinione: si tratta in sostanza di un « elemento » del Comune e per conseguenza non possono in tale materia, che riguarda direttamente il modo con cui lo Stato organizza la pubblica amministrazione, ammettersi dei diritti quesiti. Va da sè che tutto quanto fosse passato nel patrimonio di chi sotto l'impero della precedente legge potea considerarsi comunista, tutti i diritti d'indole privata che egli avesse in virtù di tale sua qualità acquistati non vengono distrutti dalla legge nuova. La quale si limiterà a far cessare d'allora in poi la qualità di comunista nelle persone che non avessero le nuove condizioni stabilite e nello stesso tempo far venir meno i diritti pubblici, specie politici, in coloro che li avessero acquistati quando erano comunisti in virtù della legge antica, se, per la legge nuova, non possono considerarsi più tali.

80. Arrivati a questo punto potrebbe farsi la domanda: qual è il contenuto della cittadinanza comunale? Domanda identica si sono rivolti gli scrittori tedeschi riguardo la cittadinanza statuale, senza che però siano arrivati a darle una risposta sufficiente. Per il Laband, per esempio, la cittadinanza consisterebbe nel diritto di partecipare ai benefici della comunione, e il lato più importante, anzi indispensabile di tale diritto sarebbe la facoltà di poter vivere nel seno della comunione medesima (2). A ciò si potrebbe obiettare la impossibilità di concepire un diritto siffatto che accoglierebbe in sè l'intera sostanza di molte leggi, oltre al dire che anche gli stranieri possono vivere in un Comune, come nello Stato e usufruirne i vantaggi. Pare quindi che ogni sforzo diretto a costringere in unica formola un complesso di condizioni, di diritti, di doveri, variabile ad ogni momento, sia vano. Più utile invece è ricercare quale sia il fondamento di tale cittadinanza comunale.

§ 2. *Indole del rapporto fra Comune e comunista.*

81. Il rapporto fra il Comune e il comunista non ha carattere corporativo. — 82. Il Comune ha dei diritti verso i comunisti, — 83. Diritto all'ubbidienza: suo fondamento giuridico. — 84. Segue. — 85. L'autarchia non è un rapporto fra Comune e comunista. — 86. Formola del Gerber relativa al rapporto fra lo Stato e il cittadino. — 87. Differenze fra quest' ultimo rapporto e quello fra il Comune e il comunista.

81. Abbiamo cercato di determinare chi, secondo il nostro diritto positivo, possa dirsi comunista. Sorge spontanea a questo punto la domanda: qual è il fondamento giuridico del rapporto che intercede fra il Comune, concepito come unità, e i singoli cittadini che ne fanno parte? Abbiamo già detto come tale esame sia indispensabile perchè si abbia intera ed esatta la nozione del Comune medesimo, giacchè la natura di questo deve ricercarsi ugualmente così nelle relazioni che esso ha verso lo Stato come in quelle che esso ha coi suoi membri.

Punto di partenza per ben comprendere quest'ultimo rapporto dev'essere senz'alcun dubbio la personalità del Comune: e poichè questa è, come abbiamo visto, di duplice natura, cioè pubblica e privata, così devesi anzitutto esaminare se le relazioni che esso ha coi suoi cittadini debbono distinguersi in due diverse categorie, avente ciascuna un proprio fondamento giuridico. Quale sia la nostra opinione in proposito abbiamo già accennato. Anche lo Stato in sostanza è persona, oltre che ai fini del diritto pubblico, anche a quelli del diritto privato: eppure a nessuno è mai venuto in mente di distinguere i rapporti dei cittadini con lo Stato propriamente detto da quelli con il fisco. La ragione di dubitare riguardo ai Comuni sarebbe sempre quell'elemento corporativo o, meglio, di associazione che in esso si vuole ad ogni costo scorgere. In quanto, si dice, il Comune è una associazione non dissimile dalle altre private e perciò subietto di diritti privati avrà con i suoi componenti delle relazioni non dissimili da quelle che ogni persona giuridica ha con i suoi membri. Così, per usare l'espressione del Gierke, « il vincolo personale di coloro che appartengono al Comune ha un lato statuale ed un lato corporativo » (3). Il lato statuale corrisponderebbe ai rapporti che s'istituiscono a causa delle funzioni dallo Stato delegate ai corpi locali, il lato corporativo alle altre funzioni che questi esercitano *nomine proprio*. Noi abbiamo implicitamente criticato una tale teorica, allorquando abbiamo cercato di dimostrare che *tutte* le attribuzioni del Comune debbono ritenersi delegate, per modo che esso le esercita sempre per conto e nome dello Stato. In quanto al Comune persona giuridica, noi abbiamo già espresso il nostro pensiero riavvicinandolo al fisco, e, anticipando le conclusioni di un esame che dovremo compiere appresso, diciamo fin da ora, che esso non è, secondo noi, un'associazione o corporazione, che dir si voglia, ma una fondazione, se pure tali termini siano applicabili ad un istituto così *sui generis*. Come sarebbe vano procedere alla ricerca del rapporto che intercede fra il fisco e i cittadini e, in genere, fra una fondazione e le persone che di essa si giovano, così non ci sembra corretto indagare un rapporto fra il Comune, persona privata, e i comunisti diverso da quello fra essi e il Comune, persona di diritto pubblico.

(1) V. sostenuta implicitamente tale opinione dall'Orlando, *Principi di diritto amministrativo* cit., § 301 e segg., specialmente § 103.

(2) Op. cit., I, pag. 144.

(3) Gierke, nel *Rechtslexicon* dell'Holtzendorff, loc. cit.

82. E allora si potrebbe obiettare: dato che il Comune rappresenta sempre nell'esercizio delle sue attribuzioni lo Stato, si avranno delle relazioni fra lo Stato e i singoli comunisti, ma il Comune non dovrà considerarsi altrimenti che come un mezzo di contatto fra l'uno e gli altri, precisamente come qualsiasi altro funzionario. Come non si cerca quali siano le relazioni fra il cittadino e la prefettura o l'intendenza di finanza, così non si dovrebbe procedere a tale esame riguardo al Comune. Sarebbe allora giusta l'osservazione del Gierke, che « ogni vera vita comunale deve estinguersi allorquando nei Comuni non si vede altro, alla maniera francese, che una divisione numerica dei cittadini dello Stato e per conseguenza nel diritto di appartenere ad un Comune non si vede che il diritto di cittadinanza statuale localmente concretizzato » (1).

All'obiezione pertanto si potrebbe rispondere che la delegazione o meno delle attribuzioni del Comune riguarda i rapporti fra questo e lo Stato soltanto. I cittadini, quando si trovano di fronte al Comune, debbono vedere in esso un ente che ha il *diritto* di esercitare quelle funzioni e le esercita nell'interesse proprio; essi non debbono indagare il titolo o la giustificazione di tale esercizio. Questo *diritto* che i Comuni hanno, giusta quanto abbiamo detto a proposito della loro autarchia, si esplica e si fa valere così verso lo Stato, come verso i suoi cittadini e dà luogo quindi verso lo Stato a quel rapporto giuridico che si esprime con la parola autarchia, verso i comunisti a quel rapporto, la cui natura indaghiamo. Ma non si può mettere in dubbio che quest'ultimo esiste, giacchè altrimenti non si potrebbe parlare di « diritto » dei Comuni. Diverso è il caso degli altri uffici statuali cui accennavamo un momento fa, come la prefettura o l'intendenza di finanza. Essi non sono persone, nè di diritto privato, nè, tanto meno, di diritto pubblico, e come tali non sono subietti di *diritti* propri, ma semplicemente sono lo Stato medesimo.

83. Il primo e il più importante diritto che ha il Comune rispetto ai suoi cittadini è il diritto alla loro obbedienza, in quanto che tutti gli altri non sono che conseguenza immediata di esso. Fra il dovere d'ubbidire che hanno i comunisti e il medesimo dovere che incombe ai cittadini di fronte allo Stato passa questa sostanziale differenza: che il primo è limitato e circoscritto, come appresso meglio vedremo, parlando delle manifestazioni di volontà del Comune, laddove il secondo, se imposto con le debite forme costituzionali, cioè per via di legge, è completamente illimitato. Il problema relativo alla maggiore o minore obbligatorietà della volontà manifestata dal Comune non è difatti che un lato dell'altro problema generale sulla efficacia e sui limiti della facoltà regolamentare ed esecutiva.

Ma, prescindendo da ciò, qual'è il fondamento giuridico di tale diritto d'ubbidienza? o, meglio, qual'è la formola tecnica che esprime esattamente un tale rapporto? Come si vede, è questo un esame assai simile a quello che si fa per lo Stato e che si deve evidentemente risolvere con criteri identici, giacchè si tratta in sostanza anche qui di un rapporto di sudditanza.

È noto come per ispiegare siffatto dovere o diritto, secondo il diverso punto di partenza, si ricorre, rispetto allo Stato, alla famosa teoria della correlazione fra diritti e doveri pubblici. Il contenuto di essa è parimenti noto: per giustificare gli obblighi che ha il cittadino s'invocano gli obblighi che verso di essi ha lo Stato e, parimenti, per spiegare i diritti pubblici individuali si ricorre al principio reciproco: essere cioè tali diritti concessi, appunto perchè il cittadino concorre con la propria persona e i propri beni all'incremento e alla conservazione dello Stato medesimo. Non è certo qui il luogo di tentare una critica di tale teoria. Qui l'abbiamo rammentata per la considerazione che non è impossibile che essa venga per il Comune accolta, anche da chi non l'accetta riguardo allo Stato. Se difatti per spiegare in tal modo il rapporto di sudditanza verso lo Stato, è d'uopo ammettere la teoria del Rousseau sul contratto sociale, da cui quella della correlatività fra diritti e doveri pubblici discende, rispetto al Comune si potrebbe fondare la teoria medesima su altra base, ricorrendo cioè alla dottrina del diritto associativo. Si potrebbe infatti sostenere, e non senza qualche fondamento, che fra le prestazioni dei comunisti e i vantaggi che dalla amministrazione comunale ad essi derivano vi sia più stretto legame e maggiore correlatività che non fra le medesime prestazioni e i medesimi vantaggi che si rinvengono nell'amministrazione diretta dello Stato. Ciò è senza alcun dubbio vero: tuttavia si avrebbe torto a dare a questo fatto innegabile una base giuridica. Esso si spiega facilmente con la minore vastità dell'amministrazione comunale da un lato e dall'altro con l'indole stessa dei servizi pubblici che essa disimpegna. Questi appartengono, come abbiamo più volte ripetuto, a quell'attività che si suol chiamare sociale; nella quale attività non è certamente implicita quell'idea di assoluta sovranità che è invece carattere essenziale di quella giuridica. Donde una certa tendenza a concepirla nell'identica maniera con cui si può concepire quella che viene di solito esplicata dalle persone giuridiche private e quindi la possibilità che si ravvisino in essa delle forme contrattuali. Il che sarebbe anche confermato dal fatto che le prestazioni al Comune sogliono, nella maggior parte dei casi, consistere in tasse, anzichè in vere e proprie imposte. È facile vedere come tutto ciò può servire a spiegare, non a giustificare la teoria della correlazione applicata al Comune, giacchè resta sempre vero che siffatta teoria snatura il concetto di diritto e dovere pubblico, i quali rimangono giuridicamente indipendenti l'uno dall'altro, nel senso che la concessione degli uni non si può far dipendere dall'adempimento degli altri e, tanto meno, viceversa: si tratta di relazioni necessarie, e in tutto ciò che è necessario, qualunque idea di contraccambio, e perciò di subordinazione, non può trovar luogo.

84. Nemmeno relativamente al Comune è ammissibile dunque la dottrina che paragona il rapporto di sudditanza alla posizione che assume qualsiasi membro di un'associazione di fronte all'associazione medesima (2). Non già che sottilizzando non si possano trovare delle analogie, giacchè anche il suddito ha in sostanza la posizione che ha la parte

(1) Gierke, op. e loco cit.

(2) Cfr. Bähr, *Lo Stato giuridico*, nella *Biblioteca di scienze politiche* del Brunialti, Torino, Un. tip.-ed., 1ª serie, vol III, pag. 292 e 319; e in genere tutti i seguaci del Gierke, quali il Preuss, il Bernatzik, G. Meyer, etc. Si noti però come la teoria da questi sostenuta, quella cioè del diritto corporativo applicata alla Stato e ai Comuni, è ben diversa nel suo punto di partenza, da quella della correlazione. Noi le abbiamo raggruppate e combattute assieme perchè ci pare che, sebbene abbiano base diversa, pur nondimeno arrivino alle stesse conclusioni, e si possano criticare da un medesimo punto di vista.

di un tutto di fronte al tutto medesimo; senonchè così non si viene a colpire il rapporto in ciò che ha di caratteristico e di diverso di fronte ad altri rapporti che senza dubbio hanno in comune con esso parecchi lati. Nelle indagini giuridiche, prima delle somiglianze, debbonsi mettere in luce le differenze.

Per le stesse ragioni ci pare che scarsi frutti possa nel Comune apportare l'analogia che comunemente si vuole invocare fra il rapporto di sudditanza dello Stato e i rapporti che sorgono dal diritto di famiglia (1). A parte qualunque considerazione storica e sociologica, ci pare che tale analogia, poichè d'identità non si può parlare, lungi dal condurre a pratiche conseguenze, impedisca la visione netta e limpida del rapporto medesimo.

85. Esclusi questi, vediamo quale altro criterio ci resta. A prima vista parrebbe che il concetto di autarchia potesse soccorrerci nel non facile còmpito; e difatti esso ci soccorre nel senso che, se i Comuni non fossero degli enti autarchici, non sarebbe stato possibile accingersi alla ricerca di un rapporto giuridico fra essi e i comunisti. L'autarchia in altri termini è condizione perchè tale rapporto esista, ma, secondo noi, non ne costituisce una qualità essenziale, se non nel senso che adesso diremo.

All'uopo sarà bene fissare alcuni concetti fondamentali. Quando abbiamo cercato di determinare il concetto di autarchia, nel nostro ragionamento era implicito che questo fosse un rapporto fra lo Stato e l'ente locale, non mai fra questo e i suoi membri. È il corpo autarchico, concepito come unità, non i singoli componenti di esso, che ha diritto ad amministrarsi da sè, e pertanto il concetto di autoamministrazione sorge in quanto un altro ente, superiore, lo Stato, *potrebbe* amministrarlo (2). Come si vede, i comunisti singolarmente presi rimangono estranei perfettamente: ed è anche da questo punto di vista che noi abbiamo censurato la teorica dello Gneist, per il quale autarchia importerebbe amministrazione che si compie per mezzo dei cittadini, non per via di funzionari burocratici, giacchè, abbiamo detto, ciò non riguarda l'essenza, la nozione di autarchia, ma i mezzi con cui essa può attuarsi più o meno felicemente. E sempre dallo stesso punto di vista, abbiamo respinta l'opinione del Rösler, che fa entrare nel concetto di autarchia molta parte di quella attività che rientra piuttosto nella diretta libertà individuale. In altri termini, e ciò sarà bene tener presente non soltanto adesso, ma anche per i capi che seguiranno, non sono le singole persone che hanno il diritto di amministrare le cose della comunità, ma la comunità medesima, concepita come persona di diritto pubblico, anche senza la cooperazione, come appresso vedremo, dei suoi membri. Tuttavia ciò non implica che dal concetto di autarchia noi dobbiamo prescindere totalmente in questo nostro studio; giacchè, anche *a priori* si può dire che la subordinazione ad un ente autarchico deve in qualche cosa differire dalla subordinazione ad un ente sovrano. Se non c'inganniamo, questa differenza non riguarda però la natura, ma semplicemente il limite del vincolo di ubbidienza. Che l'indole del rapporto rimanga identica viene, secondo noi, dimostrato dal fatto che in sostanza il Comune e gli altri corpi autarchici non sono dotati che di sovranità delegata loro dallo Stato e perciò della stessa natura che quella dello Stato.

Premesso ciò, il nostro esame è stato di gran lunga agevolato, in quanto che siamo già arrivati alla conclusione che il rapporto di sudditanza, sia verso il Comune che verso lo Stato, è un rapporto *sui generis*, che bisogna studiare in sè e per sè, senz'andare in cerca di sterili analogie.

86. Ed anzitutto, anche guardando superficialmente, si osserva che, per mezzo di esso, lo Stato e il Comune esercitano dei veri e propri diritti sulla *persona* dei cittadini, obbligandoli a delle prestazioni personali, esercitando il primo il diritto punitivo, disponendo talvolta della loro medesima vita. In base a questa osservazione si potrebbe esser tentati a riavvicinare il potere di cui tali enti pubblici dispongono a quell'altro che, nel diritto privato, esercitava il padrone sullo schiavo. Eppure nulla sarebbe più erroneo. I diritti sugli schiavi non erano diritti su *persone* (intendendo questa parola giuridicamente), quali sono invece quelli che si esercitano sui sudditi, giacchè questi possono in tal modo essere contemporaneamente subietti di diritti di fronte allo Stato o al Comune medesimo.

E nemmeno si può trovare alcuna relazione fra gli obblighi che incombono al cittadino o al comunista e le obbligazioni, sia pure implicanti prestazioni personali, di mero diritto privato. Queste ultime non diminuiscono nè fanno venir meno la personalità dell'obbligato, il quale può anche sottrarvisi, senza incorrere in conseguenze che non siano economiche. Il creditore non può con la forza costringere il debitore a fare lui personalmente qualche cosa, per modo che l'obietto dell'obbligazione è la prestazione medesima. Laddove in quanto si estende il rapporto di sudditanza, lo *status subiectionis*, la personalità del cittadino vien meno del tutto, e se egli ridiventa subietto, come abbiamo un momento fa detto, ciò avviene perchè tale *status* è, non solo di fatto, ma anche giuridicamente limitato. Il principio dell'autolimitazione dello Stato è caratteristica dei tempi moderni: senza di esso nessun diritto pubblico sarebbe ammessibile. Naturalmente quest'autolimitazione non si estende agli organi statuali che adempiono la funzione legislativa, ma viene imposta da questi a quegli altri che debbono eseguire e applicare la legge.

Da questo punto di vista e per tali ragioni noi non dubitiamo di accettare, per definire il rapporto fra il Comune e i comunisti, la formola che il Gerber aveva proposto per il rapporto fra lo Stato e i cittadini (3). Secondo tale formola il cittadino, e, secondo noi, anche il comunista sarebbero l'*obietto* del diritto dello Stato l'uno, del diritto del Comune l'altro. Ci pare che così venga esattamente espresso il carattere giuridico della sudditanza, separandola da altre relazioni affini e colpendola in ciò che ha di caratteristico ed esclusivo.

87. Tuttavia è d'uopo stabilire una differenza, sia pure di quantità, fra il rapporto di sudditanza verso lo Stato e il rapporto di sudditanza verso il Comune. Tale differenza, in termini generali, si può esprimere dicendo che il secondo è parte del primo e perciò, non solo più limitato, ma anche,

(1) V. fra gli altri, Savigny, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. Scialoia), Torino, Un. tip.-ed., vol. I, 1884, pag. 347 e segg.; Laband, op. cit., vol. I, pag. 131.

(2) Laband, op. cit., I, pag. 100.

(3) Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrecht*, Leipzig 1880 (3ª ed.), pag. 45. Vedi inoltre l'appendice II: *Die Persönlichkeit des Staats*, pag. 226. Tale formola è stata inoltre accettata dal Laband, op. cit., pag. 131; fu invece criticata aspramente dallo Schulze, nella *Aegidi's Zeitschrift f. Staatsrecht*, I, pag. 424 e segg.

in un certo senso, dipendente da esso. Che anche l'ubbidienza allo Stato abbia un limite, l'abbiamo già detto, in quanto che è canone fondamentale del diritto pubblico moderno che lo Stato medesimo soggiace alle leggi che esso ha fatto. Nessun organo dello Stato può violare la volontà della legge: *sub lege rex*. Ma quando si tratta di fare queste leggi allora nessun limite viene ordinariamente imposto, se non nel caso eccezionale che ci sia una carta costituzionale immodificabile dal Parlamento. Lo stesso non si può dire del Comune: giacchè ad esso non spetta mai di far leggi: l'attività dell'ente autarchico non può mai essere contraria a queste. Il che si spiega col fatto che anche i corpi territoriali sono organi dell'amministrazione statuale ed hanno perciò i medesimi doveri che hanno tutti gli organi dello Stato, esclusi i legislativi. Da ciò la conseguenza che il comunista deve ubbidire alle Autorità del Comune, in quanto gli ordini da queste impartiti non sono illegali: nel caso contrario, egli deve prestare ubbidienza piuttosto all'ordine che gli viene dalla legge, anzichè a quello che promana dall'atto amministrativo del Comune. Perchè questo poi sia legale, bisogna non solo che sia emanato con le debite forme e non contenga nulla di contrario alle disposizioni esplicite delle leggi e dei regolamenti dello Stato, ma deve rientrare nella sfera delle attribuzioni concesse al Comune. Ma di tutto ciò sarà parlato *ex professo* più avanti.

Per ora ci basti correggere la formola di cui poc'anzi abbiamo parlato, modificandola così: il comunista è obietto del diritto di supremazia del Comune nei limiti e nelle forme stabilite dalle leggi dello Stato.

§ 3. *Doveri e diritti dei comunisti.*

88. Doveri dei comunisti. — 89. Diritti pubblici dei comunisti: α) Diritti di libertà. — 90. β) Diritti civili. — 91. Segue. — 92. γ) Diritti politici. — 93. δ) Diritti pubblici patrimoniali. — 94. Diritti privati: usi civici sui beni patrimoniali del Comune o su proprietà private. — 95. Godimenti dei comunisti: domicilio di soccorso.

88. Dei doveri de' comunisti abbiamo già implicitamente parlato a proposito del fondamento giuridico del rapporto di subordinazione, il quale, riguardo ai comunisti si risolve nel dovere d'ubbidienza. È questo il solo e comprensivo dovere giuridico che ha ogni suddito: gli altri si possono riconnettere più o meno direttamente ad esso o sono doveri soltanto morali. Specificare poi i singoli doveri cui quello generale d'ubbidienza serve, a dir così, di presupposto, non crediamo affatto possibile. I migliori tentativi di questo genere, riguardo allo Stato, giacchè per il Comune non si sono mai fatte simili ricerche, non sono che di puri e semplici cataloghi, per di più, come è naturale, incompleti (1).

Oltre il diritto all'ubbidienza dei sudditi, alcuni hanno attribuito allo Stato, e se fosse ammissibile per questo, non ci sarebbe alcuna ragione per negarlo al Comune, un diritto alla fedeltà dei medesimi. Noi però non solo non vediamo l'opportunità di creare un tale diritto, ma crediamo che il suo contenuto non sia affatto giuridico o rientri nel concetto generalissimo ed assorbente dell'ubbidienza (2).

Parimenti inammissibile o, per lo meno superfluo, ci sembra l'altro dovere che ha posto in luce il Jellinek (3), quello cioè di *riconoscere* gli atti dello Stato. Tale dovere che, del resto, come ammette lo stesso Jellinek, sarebbe una specializzazione di quello d'ubbidienza, si differirebbe tuttavia da quest'ultimo, in quanto che contemplerebbe il caso in cui il cittadino è tenuto ad ubbidire, pur non essendovi un ordine a lui espressamente diretto. Così, p. e., nell'amministrazione comunale, quando cambia il sindaco, ogni comunista è obbligato a riconoscere questo cambiamento. A noi sembra che, pur essendo ciò vero, non si possa trarre nessuna conseguenza pratica dal dividere e suddividere l'unico dovere d'ubbidienza, nel quale anche questo del riconoscimento è implicito.

89. Un esame molto più importante è quello che riguarda i diritti dei comunisti. Questi si possono anzitutto dividere in pubblici e privati (4). Riguardo ai pubblici, possiamo adottare quella medesima classificazione che noi abbiamo già altra volta adottata per i diritti pubblici dei cittadini (5).

E innanzitutto ai comunisti, e in genere anche ai non comunisti dimoranti nel Comune, tranne l'eccezione contemplata nell'art. 90 della legge sulla pubblica sicurezza, compete il così detto diritto di libertà. Non stiamo a intrattenerci su di esso, giacchè ne abbiamo in più luoghi della presente voce fatto cenno. E nel paragrafo precedente abbiamo mostrato, parlando del limite del dovere d'ubbidienza che incombe ai comunisti, il fondamento di tale diritto. Qui ci preme far rilevare soltanto una differenza che passa fra il diritto di libertà che si esercita verso lo Stato e quello che si esercita verso il comune. Il primo trae origine da un'autolimitazione dello Stato, giusta quanto abbiamo altre volte detto, il secondo invece nasce da una limitazione che lo Stato medesimo impone ai Comuni. Comunque sia, egli è certo che di fronte all'ordine illegale emanato dalle Autorità comunali, o perchè non si siano osservate le debite forme, o perchè esorbitante dalle attribuzioni del Comune, il comunista ha facoltà di non obbedire e di resistere, in virtù di quel diritto di libertà che ad esso compete.

90. Maggior numero di controversie (su ciò però è impossibile trattenerci) offre la seconda categoria dei diritti pubblici, comprendente i diritti civici. Questi sarebbero quei diritti in virtù dei quali il Comune è obbligato verso il comunista ad una prestazione che egli compie nella sua qualità di ente pubblico (6). Nella maggior parte dei casi quindi si tratta di *atti* amministrativi del Comune, cui il cittadino ha un vero e proprio diritto. Così, per portare un esempio, all'amministrazione comunale può incombere il dovere di riconoscere, o meglio, attestare l'esistenza di un dato rapporto giuridico, compiendo così una funzione che possiamo chiamare, col Romagnosi, certificante. Appartengono a questa categoria di atti quelli cui comunemente si dà il nome di *fedi* di nascita, di morte, di cittadinanza, di matrimonio, sullo stato di famiglia e così via; i così detti *diplomi* che attestano l'esito felice di un esame subito o un corso di studî felicemente compiuto, e così via. E non solo il Comune può essere obbligato a rilasciare alcuno di questi

(1) Così quelli di G. Meyer, *Staatsrecht* cit., § 224 e segg., e del Gareis, *Allgem. Staatsrecht*, § 54 e segg. Cfr., su di essi, il Laband, op. cit., I, pag. 132-133.

(2) V. in questo senso, Ehrenberg, *Die Treue als Rechtspflicht*, nella *Deutsche Rundschau*, X, I, pag. 51.

(3) Op. cit., pag. 133.

(4) Giorgi, *Dottrina delle persone giuridiche*, IV, pag. 99.

(5) V. in proposito il nostro lavoro *Teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, cit., p. 25 e segg.

(6) V. sempre su tali concetti su cui siamo costretti a sorvolare, il nostro lavoro citato.

certificati, ma in molti casi è obbligato a *riceversi* una dichiarazione qualsiasi e trascriverla nei propri registri, così per molti atti dello stato civile, per cambiamento di domicilio, ecc. L'Autorità che si rifiutasse a compiere tali atti, sarebbe non solo passibile di quelle multe e pene disciplinari comminate eventualmente dalle leggi, ma potrebbe rispondere del suo operato anche in linea di responsabilità civile.

Oltre questo primo caso, l'Amministrazione comunale può talvolta essere obbligata a *permettere l'esercizio* o *l'acquisto* di un dato diritto: siamo dunque in tema di autorizzazioni amministrative. A dire il vero, siccome tali autorizzazioni implicano quasi sempre l'esercizio di un potere discrezionale da parte dell'Autorità del Comune, così in molti casi non si può parlare di un vero e proprio diritto dei comunisti. Senonchè può avvenire che la legge dia all'Amministrazione soltanto un criterio negativo, come fu ben detto (1), stabilendo cioè e tassativamente enumerando i casi in cui l'autorizzazione può essere negata e all'infuori dei quali essa deve sempre concedersi. Allora ogni potere discrezionale si può dire che venga soppresso e può sorgere un diritto del comunista. Di tale principio si possono fare larghe ed eleganti applicazioni, su cui non ci è possibile intrattenerci qui, in materia di concessioni edilizie, di cimiteri e così via.

Accenniamo finalmente ad una terza specie di atti, cui l'Amministrazione del Comune può essere obbligata: non si tratta più di attestare o di permettere l'esercizio di un diritto, ma di *creare* addirittura un rapporto giuridico. Poco importa poi se questo rapporto si svolga nel campo del diritto privato o in quello del diritto pubblico. Così, p. e., quando l'uffiziale dello stato civile deve celebrare un matrimonio o quando il Comune deve, date certe condizioni e impegni assunti, conferire un impiego e così via.

91. Sotto il nome di diritti civici vengono comunemente designati quelli che hanno per obietto l'uso e il godimento di cose pubbliche o di pubblici istituti: l'andare per le vie, attinger acqua alle pubbliche sorgenti, essere ricoverato negli istituti di beneficenza, assistere ad una seduta del Consiglio comunale e così via. Secondo noi, una delle ragioni per cui non si è mai arrivati ad ottenere un'opinione concordemente accettata dagli scrittori sulla natura di tali diritti, deve ricercarsi appunto nella grande confusione che a proposito di essi avviene, considerandoli tutti alla stessa stregua e non facendo differenze fra diritti che pur dovrebbero tenersi distinti.

Secondo noi bisogna anzitutto distinguere, per usare una espressione del Meucci (2), i diritti civici generali da quelli speciali. I primi sarebbero quelli che spettano a tutti i cittadini o comunisti assolutamente, i secondi che, non correttamente secondo noi, come fra poco diremo, si chiamano civici, apparterrebbero ad alcuni comunisti, ma non in virtù della loro cittadinanza comunale, bensì in base a titoli speciali ad alcuni di essi.

Ai diritti civici generali appartengono quelli che comunemente si dice i comunisti abbiano sulle cose e edifici pubblici? Non crediamo. Il diritto civico, secondo il concetto che ce ne siamo formati, appartiene a quella categoria di diritti che i tedeschi chiamano «Forderungsrechte». Obietto loro è una prestazione che l'Amministrazione è obbligata a fare. Ora noi non crediamo che sia tecnicamente corretto affermare che il Comune abbia il dovere di apprestare una strada per passeggiarvi, delle sorgenti per attingere acqua, di locali ampi per assistere comodamente alle sedute del Consiglio. Ciò del resto rileva acutamente il Meucci, allorquando, pur credendo che in simili casi si tratti di diritti civici, osserva che essi non possono esercitarsi dinanzi i tribunali giacchè sono tutelati dall'Autorità amministrativa (3). Analoghe considerazioni fa il Jellinek, ma per venire alla conclusione opposta, che, cioè, debba negarsi a tali facoltà di comunisti la qualità di diritti subiettivi (4). Non è il caso di passare in rassegna le varie opinioni, numerosissime e discordi; enunciamo piuttosto brevemente la nostra.

Secondo noi, come abbiamo già detto, non può rinvenirsi in tali casi un diritto civico, ma non si deve nemmeno arrivare alla conclusione che non esiste nessun diritto. Se domani un pubblico funzionario volesse interdirmi di passare per una strada, di attingere acqua ad una sorgente pubblica, di assistere ad una seduta del Consiglio comunale, non sembra dubbio che il medesimo funzionario, pur non violando alcun mio diritto civico, violerebbe il mio diritto di libertà personale, e contro tale violazione io potrei avere o il rimedio giurisdizionale o anche il diritto di resistenza.

L'uso generale delle cose pubbliche dunque non dà luogo a un diritto civico, ma, se impedito, può provocare l'esercizio del diritto di libertà. Giova inoltre avvertire che tale nostra opinione non è affatto incompatibile, come è stato recentemente sostenuto, con l'altra che riconosce ai privati, non un vero e proprio diritto subiettivo, ma un interesse legittimo all'uso delle cose pubbliche (5). Anzi crediamo che l'una teoria possa servire a completare e rafforzare l'altra: su tutto ciò, ad ogni modo, non è questo il luogo d'insistere.

Veri diritti civici generali invece ci sembrano quelli che hanno per obietto un vantaggio proveniente da un pubblico istituto. Tuttavia, anche in questo caso, bisogna distinguere ed esaminare se il legislatore volle permettere a tutti coloro che si trovavano in qualche condizione l'uso o il godimento dell'istituto, oppure riserbò all'Amministrazione un potere discrezionale circa l'ammissione o esclusione dei cittadini da esso. Così, p. e., non costituisce un diritto il così detto domicilio di soccorso, come a momenti vedremo; invece è un vero e proprio diritto civico generale quello per cui si può essere ammessi, date certe condizioni di età e di cultura, alle scuole del Comune, o a visitare, pagando la tassa corrispettiva, un museo civico, o a usufruire d'una pubblica biblioteca.

In generale, quando per essere ammessi al godimento di un pubblico istituto si richiedono delle prestazioni individuali e queste vengono adempiute, il diritto subiettivo è indiscutibile: negli altri casi bisogna interpretare volta per volta la volontà del legislatore.

(1) Cfr. Ranelletti, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative* (*Rivista ital. per le scienze giuridiche*, XVII, 1894, pag. 79-80).

(2) *Istituzioni di diritto amministrativo* cit., pag. 132.

(3) Op. cit., pag. 133.

(4) *System* cit., pag. 65 e segg.

(5) Siffatta opinione è stata sostenuta dal Ranelletti, in uno scritto, *Della formazione e cessazione della demanialità*, Torino 1899 (estr. dalla *Giurisprud. It.*), che vede la luce mentre correggiamo le bozze di stampa della presente voce.

Di quelli che impropriamente si chiamano diritti civici speciali, diremo qualche parola appena.

92. Per ora accenniamo ai diritti politici dei comunisti, per quanto è necessario a completare il quadro sistematico, rimandando per il resto (1). E innanzi tutto notiamo come più di frequente a tali diritti si dia il nome di *civici*, riserbandosi quello di *politici* ai diritti di simil natura, che il cittadino ha nei rapporti con lo Stato. Noi non vediamo la ragione d'introdurre una tale differenza nella terminologia: così nell'uno come nell'altro caso siamo dinanzi a diritti che hanno per obietto la partecipazione a funzioni pubbliche; senonchè nell'uno si tratta della funzione legislativa, nell'altro della funzione amministrativa. Parrebbe a prima vista che il nostro sistema amministrativo escludesse, per quanto abbiamo avuto occasione di dire, qualunque partecipazione volontaria alla vita pubblica, togliendo ogni incitamento ed ogni stimolo a far parte di una amministrazione in cui il principale ufficio è quello di ubbidire. Senonchè per gli enti locali si è potuto derogare alla regola, giacchè tali enti si possono dire sciolti da ogni subordinazione gerarchica verso l'Amministrazione centrale, per modo che essi hanno un potere d'iniziativa e certe facoltà discrezionali abbastanza larghe. Siffatta autarchia giuridica e tale decentramento di fatto rendono possibile la partecipazione spontanea, non coattiva nè stipendiata, all'amministrazione comunale. Condizione indispensabile per godere di tali diritti elettorali amministrativi è, come abbiamo veduto, la qualità di comunista, così per l'elettore come per l'eletto: anzi in riguardo a quest'ultimo, per assicurare meglio in lui tale qualità, si è stabilito il principio che non si possa essere eleggibili se non si è elettori (2). E ciò per l'evidente ragione che, mancando nelle nostre leggi e, si può dire, nella dottrina la nozione di comunista, e dovendosi questa desumere, come abbiamo visto, dalle disposizioni sull'elettorato, così, per evitare controversie lunghe e difficili, non si è adottato il principio che vige per le elezioni politiche, per cui l'eletto non ha bisogno di essere scritto nelle liste elettorali. Sono manifesti gli inconvenienti cui un tale sistema può dar luogo e confermano la necessità che la dottrina e la legislazione stabiliscano la nozione del comunista.

Altro diritto dei comunisti che possiamo chiamare politico, trattandosi di « una *forma volontaria di partecipazione alla vita pubblica*, tendente a garentire l'applicazione del controllo giudiziario ad un atto determinato » (3), è l'esercizio dell'azione popolare, in quei casi in cui essa presuppone la qualità di comunisti. Così, per l'art. 129, una categoria di comunisti, cioè i contribuenti, possono, a loro rischio e pericolo, « con l'autorizzazione della Giunta provinciale amministrativa, far valere azioni che spettino al Comune o ad una frazione del Comune ».

Un altro diritto politico appartenente ai comunisti nascerebbe dall'applicazione del così detto *referendum* amministrativo, di cui tanto si parla adesso in Italia e su cui avremo occasione di dire qualche parola.

93. L'ultima categoria di diritti pubblici dei comunisti sarebbe costituita da quelli che noi chiameremo « pubblici patrimoniali », sia perchè hanno talvolta per contenuto una utilità economica, sia perchè tal'altra hanno dei punti di contatto con i diritti di proprietà privata, pur differendosene sostanzialmente. Non è qui il caso di giustificare la denominazione, così disputabile, che noi abbiamo dato a tali diritti; ci contentiamo di rimandare sul proposito ad alcuni scrittori che l'hanno adoperata nel medesimo senso (4).

Fan parte dei diritti pubblici patrimoniali dei comunisti gran parte di quelli che noi abbiamo osservato chiamarsi impropriamente « diritti civici speciali » e che sarebbero quei diritti di cui godono alcuni comunisti, sia in base a un loro titolo speciale, sia per certe condizioni in cui essi si trovano: esempio tipico, i diritti dei frontisti di una strada comunale o quelli che si posseggono, per apposita concessione dell'Autorità competente, sul suolo pubblico. Non è qui certo il caso di intraprendere l'esame sulla natura di tali diritti; se costituiscano servitù personali o prediali; se una specie di condominio; se, finalmente, dei diritti *sui generis*, parte pubblici, parte privati, o, come l'abbiamo altre volte chiamati, quasi pubblici (5). Qui ci basta avere ad essi accennato. Dei diritti civici che non appartengono ad alcuni cittadini, ma a tutti indistintamente, abbiamo già detto.

94. E veniamo senz'altro ai diritti privati dei comunisti. I più importanti e più caratteristici di essi sono quelli cui si dà ordinariamente il nome di « usi civici » sui beni patrimoniali del Comune. Tali diritti sono contemplati nell'art. 159 della vigente legge com. e prov., che così dispone: « I beni comunali devono di regola esser dati in affitto. Nei casi però in cui lo richieda la condizione speciale dei luoghi, il Consiglio comunale potrà ammettere la generalità degli abitanti del Comune a continuare il godimento in natura del prodotto dei suoi beni, ma dovrà formare un regolamento per determinare le condizioni dell'uso, ed alligarlo al pagamento di un corrispettivo ». Come si vede, tali diritti sulle comunaglie sono un residuo di altri tempi, e il legislatore li considera come un'eccezione al principio generale che i beni del Comune vanno dati in affitto, eccezione che si deve rispettare solo in quanto già esiste, ma che non si può in nessun caso introdurre per beni che non siano stati mai sottoposti ad usi civici. È incerto, e noi non vogliamo intrattenerci su tale controversia, quale sia il carattere di tali diritti dei comunisti, se si tratta di servitù personali o prediali, se di una specie di godimento dei frutti di una proprietà comunale, quale fondamento abbia la tassa che l'art. 159 richiede da coloro che godono di questi usi, la loro revocabilità da parte del Comune (6). A noi qui interessa esaminare brevemente chi possa essere ammesso al godimento di questi diritti. La legge, con espressione comprensiva, dice: « la generalità degli abitanti ». Tuttavia si è fatta questione se per « abitanti » debbano intendersi tutti coloro che dimorano nel Comune, oppure i soli possidenti; se relativamente a questi ultimi è necessaria la re-

(1) V. la voce **Elezioni amministrative.**

(2) Art. 23 legge com. e prov.

(3) Colacci-Pisanelli. negli *Atti del terzo Congresso giuridico nazionale di Firenze*, tesi IV.

(4) Giorgi, *Dottrina delle persone giuridiche* cit., vol. I, pag. 342 ed anche altrove; Otto Mayer, nell'*Archiv für öff. R.*, IX, pag. 287; Stengel, *Oeffentliche Rechte u. öffentl. Pflichten*, loco cit., p. 183, e più recisamente di tutti, il Sarwey, *Das öffentliche Recht u. die Verwaltungsrechtspflege* cit., pag. 298. Cfr. anche il cap. IV del tit. V della presente voce.

(5) Vedi il nostro lavoro *Teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, loco cit.

(6) Cfr. su tutto ciò Giorgi, *Dottrina delle persone giuridiche*, IV, pag. 192 e segg.; Saredo, *Quale è il carattere del diritto al godimento in natura dei beni comunali?* (*Legge*, 1871, 2, p. 293).

sidenza o il domicilio, se gli stranieri siano totalmente esclusi, e così via. Noi non possiamo approfondire la questione di cui ci dobbiamo occupare solo in quanto serve a lumeggiare la nozione di comunista. E questa rimane, secondo noi, estranea alla questione medesima. È dubbio se gli stranieri possano essere ammessi al godimento degli usi civici, ma non ci sembra dubbio che, stando al testo della legge, debbano ad esso ammettersi coloro che nel Comune abbiano, a non parlare della residenza, il domicilio legale, anche se la loro dimora nel Comune medesimo non sia durata un anno.

Affini a tali diritti sono quelli che i comunisti hanno su fondi di proprietà privata: giardini, biblioteche, musei. Anche per essi fervono le dispute relativamente alla loro natura, e non manca chi nega perfino la loro ammissibilità (1).

95. Fin qui abbiamo parlato dei diritti e dei doveri dei comunisti; dobbiamo adesso accennare di passaggio a quei godimenti o vantaggi che dir si voglia stabiliti a favore di essi, ma che non arrivano a formare dei veri e propri diritti subiettivi, ma solo, talvolta, degli interessi legittimi. Intendiamo alludere a quelli che i tedeschi chiamerebbero *Reflexrechte*, e che noi potremo designare con l'espressione di effetti riflessi dell'ordinamento comunale. Non è raro che in un Comune esistano delle istituzioni, specie di pubblica beneficenza, delle scuole, e così via, cui non possono partecipare se non coloro che del Comune fanno parte. Non già, si noti bene, che i Comunisti abbiano diritto ad usufruirne; solo il Comune ha l'obbligo di escluderne chi non sia comunista e di chiamarvi, nel maggior numero possibile, coloro che possiedono tale qualità. Solo in questo caso può essere ammesso il ricorso di chi abbia un interesse a far valere, in sede di giustizia amministrativa.

Si suole comunemente annoverare fra i vantaggi di tal sorta che dalla cittadinanza comunale risultano, il così detto domicilio di soccorso. Senonchè si può osservare come la legge sulle opere pie non tenga conto, nel determinare tale domicilio della nozione di comunista, disponendo che esso, pei cittadini nati nel regno, si ha dove si è avuto per più di cinque anni la dimora senza notevoli interruzioni, e pei cittadini nati all'estero, nel Comune dove si ha il domicilio civile (2). Si potrà deplorare che non si sia tenuto conto della qualità di comunista allo scopo di determinare il Comune che è obbligato all'assistenza, sebbene si potrebbe fare osservare come il domicilio di soccorso è bene che sia unico, laddove la cittadinanza comunale può godersi, come abbiamo detto, in più Comuni. Comunque sia, le leggi attuali hanno adottati altri criteri: e ciò ci premeva fare osservare.

Capo II. — Territorio.

§ 1. *Generalità.*

96. Definizione. — 97. Territorio e proprietà privata del Comune. — 98. Territorio e demanio pubblico. — 99. Lo Stato e il territorio del Comune.

96. Abbiamo visto a suo luogo, nel dare cioè la nozione generale del Comune, quanta sia l'importanza del territorio e come l'espressione « ente o corpo territoriale » valga a distinguere il Comune medesimo, come, in genere, gli altri corpi locali, meglio che qualsiasi altra denominazione. Adesso dobbiamo esaminare un po' più da vicino che cosa per territorio debba intendersi.

Anzitutto esso ci appare come un elemento naturale che concorre a individuare l'ente Comune. Questo, giusta quanto abbiamo detto, deve considerarsi come dotato di supremazia su persone. Ora questa supremazia, che in ciò ha caratteri eguali alla sovranità dello Stato, non si esercita, come quella delle associazioni private, su individui determinati che nell'associazione medesima siano stati singolarmente ammessi. Non solo il numero dei comunisti è illimitato e variabile, in maniera che, anche senza la volontà del Comune, ogni giorno molte persone diventano comunisti e molte altre perdono tale qualità; ma anche la supremazia del Comune si esercita su quegli stranieri che si trovano momentaneamente in esso, senza giuridicamente farne parte (comunisti temporanei). Come si vede, il limite quantitativo, non il qualitativo, di cui abbiamo già parlato, di questa supremazia, non deve ricercarsi in un numero più o meno determinato di persone, ma in una estensione di territorio esattamente circoscritta. Qualunque persona si trovi in questo territorio deve considerarsi, per ciò stesso, suddito del Comune. Come è facile vedere, qui torna l'analogia con lo Stato, in quanto che la sovranità di questo deve concepirsi nell'identica maniera. Cosicchè si potrebbero, a proposito del Comune, ripetere quelle medesime controversie, che per definire il territorio dello Stato si sono agitate per lungo tempo tra gli scrittori di diritto internazionale. Preferiamo astenercene, sembrandoci che da quanto abbiamo detto risulti chiara e semplice la nozione di territorio comunale. Ricordiamo soltanto, senza soffermarcisi sopra, come non ci sia soltanto analogia fra il carattere dell'uno e quello dell'altro, ma anche una vera identità e connessione, diremmo, naturale, in quanto che il territorio del Comune è, senza dubbio, parte di quello dello Stato. Per modo che ci pare che esso possa definirsi chiaramente: quella parte del territorio dello Stato su cui il Comune esercita la sua supremazia. Da questa definizione si possono trarre parecchie conseguenze, che è bene mettere in luce.

97. Anzitutto altro è il territorio del Comune, altro quelle terre che esso potrà possedere a titolo patrimoniale. Non si confonda il diritto di proprietà che spetta all'ente comunale, come ad ogni altra persona giuridica privata, con il diritto di supremazia che esso esercita come organo dello Stato o persona di diritto pubblico. Ciò ha la massima importanza, non solo per stabilire la competenza, come appresso vedremo, di chi debba giudicare, nel caso che dispute insorgano, ma anche nella determinazione stessa delle circoscrizioni comunali. Può avvenire benissimo che un'estensione di terre appartenga ad un Comune per quanto riguarda la proprietà privata e contemporaneamente ad un'altro, relativamente alla giurisdizione, diciamo così, amministrativa. Ciò è tanto vero che un Comune può possedere entro il territorio di qualsiasi altro Comune e magari all'estero. Questo fatto semplicissimo non deve indurre in errore allorquando si tratta di Comuni finitimi, fra cui bisogna stabilire un confine. Può accadere che la circoscrizione territoriale di un Comune finisca in un punto, oltre il quale si estendono terre che esso possiede come privato, per modo che il Comune medesimo abbia due frontiere, se pure quest'espressione è appropriata per il secondo caso.

(1) Vedi sul proposito Giorgi, *Dottrina delle persone giuridiche* IV, pag. 259 e segg., e gli scrittori ivi citati.

(2) Art. 72 della legge sulle istituzioni di pubblica beneficenza.

l'una che lo limiti come ente pubblico, l'altra che lo limiti come persona giuridica.

98. E nemmeno la nozione di territorio coincide con quella di demanio pubblico. La confusione fra questi due diversi concetti è possibile, specie quando si adotti la teoria che scorge nei diritti che l'ente ha sul demanio pubblico dei poteri di supremazia, più che diritti di proprietà. Tuttavia, anche in questo secondo caso, le due nozioni rimangono perfettamente distinte. Non si dimentichi che il territorio è il limite quantitativo, come abbiamo detto, della giurisdizione del Comune. Questa dunque non si esercita tanto sul territorio medesimo, considerato come estensione materiale di superficie, quanto sulle persone che in esso risiedono; e tali persone possono, com'è naturale, trovarsi, senza per ciò venire sottratte alla sudditanza verso il Comune, in terre che a questo non appartengono nè a titolo patrimoniale nè a titolo demaniale. Cosicchè territorio del Comune sono anche le terre che posseggono i privati.

99. Una seconda conseguenza si può trarre dal fatto che il territorio comunale è parte di quello statuale; ed è che col variare di questo può variare anche quello. Ciò, com'è naturale, non avviene sempre, ma solo quando un Comune viene dimezzato in modo da trovarsi parte in uno Stato e parte in un altro (1). Può avvenire allora che le due parti costituiscano di per sè dei Comuni autonomi o che l'una venga aggregata ad un altro Comune. Riguardo agli effetti di queste mutazioni, per dir così, internazionali, diremo qualche parola appresso.

Una terza conseguenza infine che si può ricavare dalla definizione da noi data del territorio comunale è che, essendo questo parte dello Stato, è appunto lo Stato che deve assegnare ai singoli Comuni il loro territorio, e, una volta avvenuta tale assegnazione, può anche modificarla e perfino revocarla completamente, sopprimendo per conseguenza il Comune medesimo. Di ciò abbiamo tenuto il debito conto parlando della necessità che lo Stato riconosca espressamente i Comuni, e adesso tale osservazione ci porge il passaggio logico per svolgere la dottrina dei mutamenti che possono avvenire nelle circoscrizioni territoriali del Comune e degli effetti che da questi mutamenti derivano (2).

È inoltre da osservare che, per diritto italiano, a differenza di quel che accade in altri paesi (3), tutto il territorio statuale è diviso in Comuni, per modo che non esiste parte di esso che ad un Comune non appartenga. Foreste, montagne, terreni disabitati, possedimenti della Corona e così via, non sono mai tagliati fuori, come in parecchi Stati della Germania, avviene dalle circoscrizioni comunali.

§ 2. *Cenni sui mutamenti territoriali dei Comuni.*

100. Autorità competente. — 101. L'autarchia comunale e l'ingerenza governativa. — 102. Diversi casi di mutamenti. — 103. Unione volontaria di più Comuni: Autorità competente ad accordarla. — 104. Se sia ammissibile quando i Comuni non sono contermini. — 105. Accordi fra i Comuni. — 106. Riunione forzata di più Comuni. — 107. Ampliamento dei Comuni murati con l'annessione forzata d'un intero Comune. — 108. Se i Comuni da riunirsi debbano appartenere ad una medesima provincia. — 109. Erezione di una o più frazioni a Comune autonomo. — 110. Separazione del capoluogo dalle frazioni. — 111. Casi di aggregazione di parte di un Comune ad altro Comune: cessione volontaria di parte del territorio. — 112. Cessione forzata in favore dei Comuni murati. — 113. Aggregazione volontaria di una frazione ad altro Comune. — 114. Aggregazione forzata in favore dei Comuni murati. — 115. Rimedi amministrativi contro i decreti governativi che mutano la circoscrizione comunale. — 116. Segue. — 117. Rimedi giudiziari.

100. Il primo esame, generalissimo, da compiere è il seguente: quale Autorità deve esser competente a modificare le circoscrizioni comunali? Tale questione ha in Italia una storia di cui bisogna tener conto. L'articolo 74 dello Statuto dispone: « le istituzioni comunali e provinciali e le circoscrizioni dei Comuni e delle provincie sono regolate dalla legge ». Da ciò il dubbio, realmente fondato, essendo tale articolo abbastanza oscuro, se sia necessaria una legge speciale ogniqualvolta si tratta di modificare la circoscrizione di un dato Comune o sia sufficiente una legge generale che regoli in astratto e per tutti i casi possibili tale eventualità. La legge comunale e provinciale del '65 pare abbia ritenuto la prima opinione, giacchè all'articolo 250 disponeva che le facoltà spettanti su tale materia al Parlamento rimaneano delegate per cinque anni al Governo; tale delega fu poi rinnovata parecchie volte. Tale sistema aveva evidentemente tutti gli svantaggi che derivano dalla concessione di simili poteri all'Autorità governativa, come la mancanza di garenzie, la possibilità d'arbitri, la diminuzione dell'autarchia locale, senza però averne i vantaggi, primo dei quali il controllo giudiziario, che il fatto della delegazione, se non rendeva impossibile, certo limitava grandemente. Per la qual cosa è disputabile se la legge attuale avesse fatto bene a non avocare completamente al Parlamento la competenza su tale materia, ma è certo che essa segna un notevole progresso di fronte alla legge del 1865, giacchè affidò definitivamente al Governo la facoltà di modificare, entro certi limiti e sotto date condizioni, le circoscrizioni comunali, rendendo così possibili, come fra poco vedremo, quei rimedi amministrativi, contenziosi e giurisdizionali che ammettono gli atti della pubblica amministrazione.

L'ipotesi poi che le attribuzioni al Governo concesse dalla legge attuale debbano sempre considerarsi come una delegazione del Parlamento (4), non ci sembra che trovi nessun appoggio nè nel testo legislativo nè nella dottrina, la quale oramai pare che concordemente respinga l'idea d'una delegazione in molti casi in cui prima si amava, per un malinteso spirito di libertà, ritrovarla, e vi abbia invece sostituito l'idea di una competenza fissata dalla legge.

Dubitare della costituzionalità di tali disposizioni sembra inutile, data la teorica quasi universalmente accettata della modificabilità del nostro Statuto da parte del Parlamento. Tuttavia presenta sempre un non piccolo interesse, almeno per la storia dello Statuto italiano, il sapere se la legge attuale abbia o no modificato l'articolo 74, o vi abbia, invece, regolarmente ottemperato. A noi sembra che gli articoli 113, 114, 115 e 116 della legge vigente abbiano il carattere

(1) Cfr. Giriodi, *Il Comune nel diritto civile odierno*, pagine 38-40; Giorgi, *Dottrina delle persone giuridiche*, IV, pagina 106.

(2) Su tale dottrina, su cui noi dobbiamo trattenerci quanto basta a completare il quadro generale, cfr. la monografia del Bertagnolli, in questa Raccolta, sulla voce **Aggregazioni e Segregazioni di Comuni e Frazioni.**

(3) Cfr. sul proposito Blodig, op. cit., p. 100 e segg.

(4) Giriodi, *Il Comune nel diritto civile moderno*, pag. 35, numero 42.

d'una interpretazione autentica; non si può negare difatti che la disposizione dello Statuto, così come sta, non offre alcun argomento decisivo per escludere nei singoli casi e entro i confini legislativamente determinati la competenza del Governo.

101. Dopo ciò ci potremmo domandare: in che relazione sta l'autarchia del Comune con questi poteri conferiti all'Autorità governativa? Daremo più tardi a questa domanda una risposta più concreta, limitandoci per ora ad alcune osservazioni generalissime. Indubbiamente non può negarsi che tali facoltà spettanti all'Autorità amministrativa centrale ribadiscano quella dipendenza, certamente non gerarchica, cui anche i Comuni italiani sono, come abbiamo a suo luogo visto, sottoposti. Tuttavia, se si ammette che contro i provvedimenti dell'Amministrazione il Comune avrà diritto di ricorrere dinanzi un'Autorità fornita di giurisdizione, allora il vincolo di subordinazione sarà attenuato e lascerà sussistere l'autarchia comunale. Certo, se si segue l'indirizzo predominante nelle scuole italiana e francese di valutare l'autarchia quantitativamente, allora dovrà concludersi che essa, da questo lato, è ben poca, giacchè in pratica, data la latitudine dei poteri discrezionali e d'apprezzamento che spettano al Governo, il rimedio giurisdizionale sarà poco efficace. Se invece si giudichi dell'esistenza dell'autarchia o meno, tenendo conto più che d'altro della sua nozione giuridica e dei suoi elementi essenziali, senza preoccuparsi degli effetti pratici che possono produrre alcune limitazioni, che, di fatto, ma non giuridicamente, quasi l'escludono, allora dovrà venirsi a diversa conclusione. L'opinione, che a noi sembra più corretta, è quella di considerare a questo riguardo assai debole in pratica, ma tuttavia in astratto esistente l'autarchia dei Comuni che si trovano nelle condizioni dalla legge richieste per essere modificati coattivamente nelle loro circoscrizioni, e, invece, perfettamente autarchici, sempre relativamente a tale materia, quei Comuni che non si trovano in tali condizioni. Non è dubbio difatti che, per modificare la circoscrizione di questi ultimi, sia necessaria una legge. Del resto, anche per gli altri si può, secondo noi, dire che abbiano un vero e proprio diritto al loro territorio, sottoposto però a gravissimi limiti e a numerose condizioni.

102. Dopo di ciò, possiamo procedere ad altro esame. Quali sono i possibili casi di mutamento nelle circoscrizioni? Così l'indagine astratta, come l'esame della nostra legge conduce alla conclusione che solo tre casi sono possibili, ciascuno dei quali poi può suddividersi, in base a criteri diversi, in parecchi altri. Ed anzitutto può darsi che due Comuni si fondano fra loro, in maniera da costituire un unico Comune. In secondo luogo può avvenire che una parte di un Comune si separi da questo e formi o concorra a formare un Comune autonomo. In terzo luogo, finalmente, una parte di un Comune può da questo separarsi per essere aggregata ad un altro. Esaminiamo partitamente questi tre casi e le varie combinazioni cui dànno luogo.

103. Riguardo alla fusione di due Comuni, bisogna distinguere se questa avviene volontariamente, o per desiderio cioè di essi, o coattivamente, per disposizione dell'Autorità governativa. Si badi a non confondere l'unione volontaria con i Consorzi comunali: i due casi sono essenzialmente distinti, giacchè nel primo di essi la personalità dei due Comuni vien meno per far posto ad una nuova ed unica personalità; nel secondo, invece, tale confusione, per dir così, non ha luogo, e si hanno, invece, ben altri rapporti, che qui non possiamo esaminare.

All'unione volontaria provvede l'articolo 113, il quale così dispone: « Il Governo del re potrà decretare l'unione di più Comuni, qualunque sia la loro posizione, quando i Consigli comunali ne facciano domanda e ne fissino di accordo le condizioni. Le deliberazioni dei Consigli saranno pubblicate. Gli elettori ed i proprietari avranno facoltà di fare le loro opposizioni, che verranno trasmesse al prefetto. Questi trasmetterà al Governo del re la domanda coi relativi documenti, esprimendone il suo parere ». Si è disputato se, oltre il parere del prefetto, sia necessario quello del Consiglio provinciale. Le ragioni che inducono la maggior parte degli scrittori (1) all'affermativa, sono, da un lato, l'analogia col caso della riunione forzata in cui esso viene richiesto, e, dall'altro lato, la disposizione, molto larga e comprensiva, dell'articolo 218, in cui è detto che il Consiglio suddetto delibera « sovra i cambiamenti proposti alla circoscrizione della provincia, dei circondari, dei mandamenti e dei Comuni ». Motivo non lieve di dubitare di siffatta opinione è che la legge richiede espressamente tale parere pel caso più grave della riunione forzata, laddove tace completamente per il caso della riunione volontaria, che, in astratto, non si può negare abbia bisogno di minori garenzie. Vero è, del resto, che il silenzio del legislatore può essere attribuito ad una di quelle tante lacune e inesattezze di cui abbondano le nostre leggi amministrative in genere, e quella comunale e provinciale in ispecie. Noi però incliniamo verso l'opinione che non crede necessario il parere del Consiglio provinciale. Questo, dice l'articolo 218 citato, delibera sui mutamenti delle circoscrizioni dei Comuni « a termine delle leggi », le quali parole ci sembrano equivalenti alle altre: « quando e come la legge lo richiede ». E poichè l'art. 113 non chiede tale parere, esso non potrà dirsi necessario per l'articolo 218.

104. Un'altra questione può farsi circa l'ammissibilità dell'unione allorquando i Comuni non sono contermini. La legge tace su di ciò: la migliore interpretazione sembra quindi che sia quella che rimette al Governo del re l'apprezzamento circa la convenienza di riunire due Comuni non contermini. Poichè da un lato l'Autorità governativa non è obbligata ad esaudire le domande dei Comuni che vogliono aggregarsi, e, dall'altro, è possibile che tale aggregazione sia opportuna, anche quando non c'è una vera e propria comunanza di confini, così non era necessario che l'articolo 113 aggiungesse anche quest'altra condizione.

105. Più grave è la questione circa il limite della facoltà riconosciuta ai Comuni di fissare da sè le condizioni della riunione. Anzitutto non sembra dubbio che tali condizioni possano esser modificate dal Governo. In secondo luogo è certo che esse non potranno riguardare la costituzione o, meglio, l'organizzazione del nuovo Comune, relativamente al numero dei consiglieri, all'elezione del sindaco, e così via, trattandosi di cose determinate dalla legge. Invece potranno accordarsi sul numero degli impiegati, sul nome del Comune, su qualche regolamento, sulla divisione e ammi-

(1) Giorgi, *Dottrina delle persone giuridiche*, IV, pag. 110; Saredo, *La nuova legge sull'amministrazione comunale e provinciale*, II, pag. 421; Mazzoccolo, *La legge comunale e provinciale*, pag. 46.

nistrazione dei patrimoni. Beninteso che questi accordi non hanno un valore assoluto (1), anche perchè, con l'unione di essi, vengono meno i subbietti che avrebbero diritto alla loro osservanza, per cui una deliberazione del nuovo Comune che viene a formarsi potrà annullare o revocare le condizioni già stabilite, senza che perciò i due ex-Comuni possano dividersi di pieno diritto. Tutt'al più ciò potrà essere un motivo per chiedere la separazione, nei modi stabiliti dalla legge per le frazioni, all'Autorità governativa, la quale potrà anche non accordarla.

106. Essenzialmente diverso è il caso della riunione forzata di più Comuni, qual'è prevista dall'articolo 114: «I Comuni contermini che abbiano una popolazione inferiore a 1500 abitanti, che manchino di mezzi sufficienti per sostenere le spese comunali, che si trovino in condizioni topografiche da rendere comoda la loro unione, potranno, per decreto reale, essere riuniti, quando il Consiglio provinciale abbia riconosciuto che concorrono tutte queste condizioni. In questi casi i Consigli comunali dovranno dare le loro deliberazioni, e gli interessati saranno sentiti nel modo prescritto nel secondo paragrafo dell'articolo precedente ». A non parlare della mancanza dei mezzi necessari e della comodità topografica della loro riunione, che non si possono dire delle vere e proprie condizioni, affidate, come sono e debbono essere, all'arbitrio del Governo, l'aggregazione forzata, come si vede, è circondata da qualche cautela e ammissibile solo per un numero limitatissimo di Comuni, quelli cioè che contano meno di 1500 abitanti e sono, nel medesimo tempo, contermini: condizioni, queste, che abbiamo visto mancare nel caso della riunione volontaria. Anche la garanzia, non del tutto dispregevole, del parere favorevole del Consiglio provinciale, è propria della aggregazione necessaria, se si ammette, come a noi pare, che essa non sia richiesta per la volontaria. In ogni caso, una differenza, non lieve, resterebbe sempre, giacchè non è dubbio che in quest'ultimo caso, tale parere avrebbe efficacia soltanto consultiva, laddove nel primo caso esso deve riconoscere il concorso di tutte le condizioni stabilite dall'articolo 114, e deve, per conseguenza, essere favorevole. Si è mosso il dubbio se le condizioni relative al numero degli abitanti e alla mancanza di mezzi debbano riscontrarsi in tutti e due i Comuni, o in un solo di essi. Generalmente prevale la seconda opinione (2): noi, però, saremmo inclinati a fare una distinzione: la riunione di più Comuni, sia essa volontaria o no, può avvenire in due modi, o per confusione, o per annessione, ci si passino i due termini tolti al diritto civile. La confusione avviene quando i due Comuni si fondono in maniera da perdere ciascuno di essi la propria individualità e formare un nuovo Comune avente una personalità che si ricollega, ma non è quella dei Comuni preesistenti, un nome proprio, e così via. In questo caso, noi crediamo che ambedue i Comuni debbano avere le condizioni suddette, poichè non si può costringere quello che non le abbia a perdere la propria suità. Se invece l'aggregazione avviene in modo che un Comune venga soppresso e aggiunto ad un altro che conserva la propria personalità, il proprio nome, i propri diritti inalterati, allora non è necessario che quest'ultimo abbia i requisiti voluti dall'articolo 114, giacchè, più che una fusione, ha luogo allora una annessione, un ampliamento di un Comune a danno, per dir così, di un altro.

107. Abbiamo poi un caso speciale di aggregazione forzata, per cui pare che le condizioni stabilite per il caso generale dall'articolo 114 non si debbano osservare: è il caso dell'ampliamento dei Comuni murati. Tale ampliamento, cui provvede l'ultimo capoverso dell'articolo 114, può avvenire in vari modi, con l'annessione al Comune medesimo di una parte o di una frazione tolta ad altro Comune finitimo, ed anche con l'annessione totale di questo. Tale annessione pare che si possa compiere anche quando il Comune di cui si distrugge la personalità abbia una popolazione superiore ai 1500 abitanti, dei mezzi sufficienti, e così via. Almeno questa è l'opinione costantemente adottata dal Consiglio di Stato e dai commentatori (3).

108. Una questione comune ai due casi di aggregazione, volontaria e forzata, consiste nel sapere se i Comuni da unirsi debbano appartenere necessariamente ad una medesima provincia. L'opinione affermativa si baserebbe sul ragionamento che, richiedendo la legge il parere del Consiglio provinciale, pare che implicitamente ritenga non potere i Comuni appartenere a due provincie diverse. Anzitutto si potrebbe obiettare che, data l'opinione da noi sostenuta, ciò potrebbe valere per la riunione forzata, non per la volontaria, non essendo per questa necessario il parere del Consiglio provinciale. Del resto, l'espressione della legge non pare che escluda in maniera assoluta l'interpretazione che si possano udire i due Consigli provinciali e quindi procedere all'aggregazione di due Comuni facienti parte di provincie diverse (4). Piuttosto ci sembra che, adottando quest'ultima opinione, si venga a ledere il principio adottato dalla nostra legge circa i cambiamenti nelle circoscrizioni provinciali, per i quali è sempre richiesto un atto del Parlamento: alla competenza di questo si verrebbe così a sostituire, per certi casi, quella del Governo. Il che evidentemente implicherebbe eccezione alla regola generale, ed un'eccezione di tale gravità dovrebbe stare scritta chiaramente in modo da non lasciar luogo a nessun dubbio. Tali considerazioni sono per noi decisive e ci fanno dimenticare l'efficacia non scarsa delle contrarie.

109. Possiamo adesso esaminare il secondo dei tre casi tipici cui abbiamo accennato: quello, cioè, per cui una o più parti di un Comune si separano da questo e formano o concorrono a formare un Comune autonomo,

In questo caso bisogna anzitutto distinguere se la « parte » o le « parti » che si separano dal Comune siano delle frazioni o il capoluogo, e in seguito se queste parti costituiscano un nuovo Comune di per sè o vengano aggiunte ad altre parti che si staccano da altri Comuni. Al primo caso provvede il principio dell'art. 115: « Le borgate o frazioni di Comune possono chiedere, per mezzo della maggioranza dei loro elettori, ed ottenere, in seguito al voto favorevole del Consiglio provinciale, un decreto reale che le costituisca in

(1) Sul carattere generale di questi accordi non è possibile qui insistere, senza risalire a problemi la cui trattazione eccede i limiti e gli scopi di questo scritto; cfr., per non citare che il lavoro più recente, dal quale potranno ricavarsi le relative notizie bibliografiche: Brondi, *L'atto complesso nel diritto pubblico*, negli *Scritti in onore di F. Schupfer*, III, p. 595 e segg.

(2) Saredo, op. cit., pag. 431; Mazzoccolo, op. cit., pag. 18.

(3) Cons. di Stato, 2 giugno 1880; 8 aprile 1873; 11 dicembre 1877; 28 ottobre 1876; 5 gennaio 1877; 2 giugno 1880; cit. dal Mazzoccolo, op. cit., pag. 49, e dal Saredo, op. cit., II pag. 437-438.

(4) Così il Saredo, op. cit., II, pag. 416, § 2056.

Comune distinto, quante volte abbiano una popolazione non minore di 4000 abitanti, abbiano mezzi sufficienti per sostenere le spese comunali, e per circostanze locali siano naturalmente separate dal Comune, al quale appartengono, udito pure il voto del medesimo ». L'organo dunque con cui la frazione delibera la sua separazione dal Comune è costituito dalla maggioranza dei suoi elettori. Qualche dubbio può nascere sul significato da attribuire a questa espressione della legge, giacchè la frazione non ha mai una propria lista elettorale, se non nel caso che si sia fatto il riparto dei consiglieri. Tuttavia noi crediamo che si possa in ogni caso domandare la separazione dagli elettori iscritti nelle liste del Comune, quando in un modo o in un altro risulti che essi appartengono alla frazione (1). Condizioni della separazione sono, oltre il voto favorevole del Consiglio provinciale e quello semplicemente consultivo del Consiglio comunale, l'esistenza di mezzi sufficienti, l'opportunità topografica e, quel che più importa, la popolazione non minore di 4000 abitanti. Non ci sembra dubbio che tale numero di abitanti non sia richiesto per una sola frazione, ma complessivamente per tutte quelle che domandano la separazione allo scopo di formare un nuovo Comune, in maniera che questo non abbia una popolazione inferiore alla suddetta. Parimenti ci sembra che, sebbene la legge non lo richiegga espressamente, tuttavia sia necessario che la parte di Comune che resta dopo la disgregazione di alcune frazioni, non abbia una popolazione inferiore ai 4000 abitanti.

110. Alla seconda ipotesi, cioè quella della separazione del capoluogo, provvede il primo capoverso dell'art. 115: « Eguale facoltà è concessa al capoluogo stesso di un Comune che si trovi nelle condizioni suindicate, e quando le frazioni sue per circostanze locali siano naturalmente separate da esso e abbiano le condizioni per essere costituite in Comune autonomo ». Anche il capoluogo quindi delibera la sua separazione per mezzo della maggioranza de' suoi elettori e deve trovarsi nelle identiche condizioni che sarebbero richieste se si trattasse di un'altra frazione qualsiasi. Non sappiamo in base a quali ragioni, di cui non si possono trovar tracce sicure nella legge, si vuole da qualcuno aggiungere a queste anche un'altra condizione, che, cioè, il capoluogo non venga a formare un Comune autonomo senza territorio esterno (2). Tutt'al più ciò potrà dar luogo a delle considerazioni d'opportunità, per cui, come può avvenire per tante altre, il Governo potrà negare la separazione; ma non ci sembra che sia una condizione essenziale, la cui mancanza vieti giuridicamente all'Autorità governativa di emanare un decreto che accolga l'istanza del capoluogo.

Poche considerazioni ci restano a fare circa l'ipotesi che le frazioni (o il capoluogo) separate non formino un nuovo Comune per sè, ma soltanto aggiunte ad altre separate da altri Comuni. Questo caso va regolato dalle disposizioni, che abbiamo già esaminate, dell'art. 117, il quale parla, in genere, di « borgate o frazioni di Comune », ma non dice nè implicitamente nè esplicitamente che debbano appartenere ad uno stesso Comune.

111. Dobbiamo finalmente esaminare il terzo dei casi generali da noi posti: quello cioè in cui una parte di un Comune viene da questo separata per essere aggregata ad altro Comune. Anche qui è utile distinguere parecchie ipotesi. Ed anzitutto bisogna considerare il caso in cui una parte qualunque di territorio viene staccata da un Comune e aggregata ad un altro, per consenso del Comune da cui è separata, e l'altro caso in cui tale annessione è forzata. In secondo luogo potrebbe darsi il caso che questa parte del territorio che da un Comune passa ad un altro costituisca una frazione, e finalmente il caso, che è solo una specializzazione del precedente, che tutte le frazioni di un Comune vengano divise fra altri Comuni, in maniera che esso rimanga completamente soppresso.

La cessione volontaria di parte del territorio comunale ad altro Comune non è contemplata dalla nostra legge, per modo che potrebbe sorgere qualche dubbio sulla sua ammissibilità. L'art. 113, difatti, che è il solo in cui tale caso si potrebbe fare rientrare, parla di unione completa che ha per effetto la cessazione di un Comune. Tuttavia si potrebbe sostenere che il più comprende il meno e che nessuna ragione esiste che vieti tale cessione (3). Questa, in ogni caso, vien fatta con le norme e le formalità prescritte dall'art 113.

112. Previsto invece ed esattamente regolato è il caso della cessione forzata. Dispone l'art. 114: « Ai Comuni murati potrà essere dato o ampliato il circondario o territorio esterno col metodo indicato nel presente articolo », e che è quello, già da noi analizzato, con cui si procede all'aggregazione imposta di più Comuni. È solo quindi in favore dei Comuni murati che il Governo può procedere a questa annessione. È poi appena necessario avvertire che questo è uno solo dei modi con cui si può procedere all'ampliamento dei Comuni murati, ciò che può anche avvenire per l'unione ad esso di un intero Comune contermine, per come abbiamo detto, o di una frazione, per come diremo.

113. Per l'unione ad un Comune di una frazione appartenente ad un altro, provvede il secondo capoverso dell'articolo 115: « Per decreto reale può una borgata o frazione essere segregata da un Comune ed essere aggregata ad un altro contermine, quando la domanda sia fatta dalla maggioranza degli elettori residenti nella borgata o frazione, e concorra il voto favorevole, tanto del Comune cui intende aggregarsi, quanto del Consiglio provinciale, che sentirà previamente il parere del Consiglio del Comune, a cui la borgata o frazione appartiene ». Il procedimento, come si vede, tracciato dalla legge per tal caso è quasi identico all'altro necessario per l'erezione d'una frazione a Comune autonomo: solo è stato aggiunto, ed è ben naturale, il parere favorevole del Comune con cui deve aver luogo l'aggregazione. Così pure il voto del Comune da cui la frazione si stacca, anzichè essere mandato direttamente all'Autorità governativa, deve essere sentito e tenuto presente dal Consiglio provinciale.

Si è disputato se contemporaneamente possa avvenire che tutte le frazioni di un Comune, compreso il capoluogo, domandino di essere aggregate ad altri Comuni, per modo che il Comune cui appartengono rimanga distrutto. Generalmente si ritiene di sì, e invero non si saprebbe trovare una ragione plausibile per sostenere l'opinione contraria. Molto dubbio è invece, secondo noi, se tal caso debba esser regolato dall'art. 115, che prevede il caso dell'unione di più Comuni. Il Saredo ritiene di sì (4). Noi introdurremo una

(1) Saredo, op. cit., II. pag. 458-459, n. 2162.

(2) Mazzoccolo, op. cit., pag. 52; Saredo, op. cit., II, pag. 463, n. 2178; Magni, *Commento alla nuova legge com. e prov.*, p. 57, n. 18 e segg.

(3) Così ha opinato il Consiglio di Stato, nel suo parere del 25 novembre 1881, cit. dal Saredo, op. cit., II, pag. 427.

(4) Op. cit., II, pag. 422-423, § 2073.

distinzione. Se la domanda di tale smembramento ed aggregazione è fatta dal Comune concepito nella sua unità, allora il procedimento sarà quello dell'articolo 113. Ma può anche avvenire che non il Consiglio comunale come organo dell'intero Comune, ma la maggioranza degli elettori di tutte e singole le frazioni, non importa se dietro accordi presi, inoltrino tale domanda. Allora ci sembra che debba trovare applicazione l'art. 115, che guarda al caso della segregazione di una frazione da un Comune e della sua aggregazione ad un altro. E ci pare che in sostanza di ciò si tratterebbe nell'ipotesi che abbiamo fatta: la distruzione del vecchio Comune sarebbe solo conseguenziale e accidentale, ma la sostanza rimane l'identica.

114. Può darsi finalmente il caso che una frazione venga per disposizione governativa aggregata ad un Comune, anche contro la sua volontà. Ciò può avvenire, secondo il disposto dell'art. 114, quando il Comune in cui favore tale aggregazione avviene sia murato: in tal caso si segue il procedimento tracciato dal medesimo art. 114 per il caso di unione forzata di più Comuni. Nessuna condizione limita tale facoltà spettante al Governo.

115. Dopo avere sommariamente esposto i possibili casi di mutamento nelle circoscrizioni comunali, dobbiamo adesso occuparci dei rimedi, sia amministrativi semplicemente, sia amministrativi contenziosi, sia giudiziari, che sono ammissibili contro i provvedimenti emanati dall'Autorità governativa in tale materia: esame questo delicato, della cui somma importanza abbiamo altrove detto.

In primo luogo, si disputa se, nel caso in cui la legge accorda agli elettori e ai proprietari il diritto di fare le loro « opposizioni » all'aggregazione di più Comuni, questo diritto si possa esercitare anche quando sia stato emanato il decreto di aggregazione. A noi non sembra che questa opinione possa accogliersi. Dice l'art. 113 che tali opposizioni « verranno trasmesse al prefetto »; e immediatamente dopo soggiunge: « questi trasmetterà al Governo del re la domanda coi relativi documenti ». Pare dunque che fra questi « documenti » siano comprese anche le opposizioni degli elettori e dei proprietari e che quindi tali opposizioni debbano essere presentate, non solo prima del decreto di aggregazione, ma anche prima della trasmissione della domanda dei Consigli e dei relativi « documenti », e ciò, perchè, fra l'altro, è opportuno che esse siano tenute presenti dal prefetto nel parere che egli è obbligato a dare. Secondo noi il termine per fare queste opposizioni è quello stabilito dall'art. 298, cioè trenta giorni dalla pubblicazione delle deliberazioni dei Comuni (1).

Sembra invece che contro i decreti che modificano in qualunque modo le circoscrizioni comunali possa proporsi il ricorso al re, da chiunque vi sia interessato. È veramente dubbio se tale ricorso debba basarsi soltanto su motivi di illegalità o possa anche avere a fondamento delle ragioni di convenienza amministrativa. A noi sembra che siffatto ricorso, esercitandosi contro un atto del capo dello Stato medesimo, non possa definirsi un vero e proprio ricorso gerarchico, ma ci pare che esso rientri in quella categoria di ricorsi al re contro « provvedimenti amministrativi sui quali siano esaurite *e non possano* proporsi domande di riparazioni in via gerarchica », il che implica che sia improponibile se non per illegittimità (2). Dovrà in questo caso sentirsi il parere del Consiglio di Stato.

116. Un altro rimedio contro i decreti di mutamento delle circoscrizioni comunali, di gran lunga più importante del precedente, è il ricorso che il Comune o i Comuni interessati possano promuovere dinanzi la IV Sezione, in base all'articolo 24 della legge sul Consiglio di Stato. Allorquando il decreto del Governo è viziato per incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge, allora si avrà il diritto di esperimentare tale rimedio amministrativo. Una ragione di dubitare di tale diritto sarebbe, per alcuni casi, la seguente. Quando l'Autorità governativa, decretando la unione forzata di due Comuni, avrà fatto venir meno la personalità di uno di essi e anche d'entrambi, come sarà possibile di ricorrere a quel Comune o a quei Comuni, che, in forza di tale fusione, non sono più tali? Come si vede, l'obiezione è grave ed identica a quella per cui generalmente si ritiene che il Comune non abbia mezzi per impugnare il decreto che scioglie il suo Consiglio (3). Tuttavia ci sembra che si possa convenientemente rispondere dicendo che è perfettamente ammissibile che, ai fini del ricorso, e solo limitatamente ad essi, il decreto rimanga sospeso nei suoi effetti fino a che non sia trascorso il termine concesso dalla legge per ricorrere. Non è certo qui il luogo di riandare le questioni non ancora risolute circa l'indole della competenza della IV Sezione: se essa, cioè, nel caso nostro, implichi o supponga, almeno per quanto riguarda le violazioni di legge, un diritto subiettivo che il Comune avrebbe al proprio territorio: del resto a ciò abbiamo accennato altrove. Piuttosto c'interessa esaminare se, accanto a tale ricorso, sia ammissibile una vera e propria azione giudiziaria dinanzi i tribunali ordinari contro quei decreti che sono stati emanati senza osservanza delle forme e condizioni che la legge prescrive.

117. Le ragioni per cui si vorrebbe negare la competenza giudiziaria sono alimentate da quei postulati, secondo noi falsi, che impediscono così spesso la retta applicazione della legge del 1865 nel contenzioso amministrativo. Esse muovono anzitutto dalla interpretazione restrittiva della formola « diritto civile e politico » usata dall'art. 2 della detta legge. Così il Mantellini nega al Comune un diritto al proprio territorio difendibile giudiziariamente, appunto perchè solo i diritti dei cittadini e delle persone ammesse al godimento dei diritti civili possono formare obietto di giurisdizione. Il Comune poi, in quanto viene in questione il suo territorio, non può considerarsi come una « persona ammessa al godimento dei diritti civili », ma come un ente politico, una parte dello Stato (4). E la Cassazione di Roma, in una questione, non di mutamento, ma di delimitazione del territorio comunale, ciò che ai nostri fini è lo stesso, decideva che l'Autorità giudiziaria è incompetente a conoscere di tali materie, « *perchè* attinenti a interessi generali e politici, *non a rapporti patrimoniali e di diritto meramente privato* » (5). Secondo questa giurisprudenza della Cassazione

(1) Un'opinione diversa sostiene il Saredo, op. cit., § 2077 e 2078.

(2) Art. 12, n° 4, della legge sul Cons. di St. Cfr. Giorgi, *Dottrina delle persone giuridiche*: vol. IV: *I Comuni e le provincie*, pag. 198.

(3) Così, fra gli altri il Mantellini, *Lo Stato e il codice civile*, III, p. 340 e segg.: cfr. su ciò Tommasini, *Osservazioni sull'istit. dello scioglimento dei Consigli comunali e provinciali* (*Archivio di dir. pubbl.*, V, pag. 265).

(4) Mantellini, op. cit., II, pag. 22 e segg.

(5) Cass. Roma, 6 febbraio 1888, *Comune di Costarainera c. Comune di Cipresso* (*Foro It.*, 1888, I, 1261).

romana dunque, solo ciò che attiene al diritto privato può formare obietto di un diritto esercitabile dinanzi i tribunali. Come si vede, allo stato cui la dottrina è pervenuta, quasi concordemente, su tale punto, non è necessario spender parola per combattere tali argomenti. Eppure la stessa Cassazione, che avea dovuto pochi mesi prima occuparsi della questione, a proposito della aggregazione illegale di una frazione ad un Comune, avea affermata solennemente la propria competenza, in base all'art. 2 della legge sul contenzioso amministrativo (1).

Ed invero, se vogliamo per un momento prescindere dalla questione, realmente ardua, se il Comune abbia un vero diritto subiettivo alla conservazione del proprio territorio, questione che si ricollega all'altra, se gli enti comunali italiani siano o no autarchici, ci par certo che il mutamento della circoscrizione tocchi da vicino il Comune come persona di diritto privato. Vedremo fra poco quali gravi effetti abbiano tali mutamenti sui beni patrimoniali del Comune, sui suoi contratti, sulle sue obbligazioni, a non parlare degli effetti, non meno importanti, che essi hanno relativamente ai beni demaniali. Ma, a prescindere da ciò, c'è il caso dell'unione forzata di due Comuni che non lascia dubbio su quanto affermiamo. Per essa difatti uno o più Comuni vengono meno, non solo come persone di diritto pubblico, ma anche come persone di diritto privato. La divisione di patrimonio difatti può, secondo l'art. 114, essere concessa, ma può anche non essere; e anche quando la si concede è indubitato che il vecchio Comune, pur restando persona giuridica, viene come tale, amministrato da organi che, da un certo punto di vista, non si possono dir suoi. Ora non ci sembra dubbio che il Comune nella sua qualità di ente morale possa opporsi in nome dei propri diritti, se vuolsi, patrimoniali contro l'atto della pubblica amministrazione, che li viola, sia sopprimendoli, sia modificandoli, sia affidandone ad altri la rappresentanza. Almeno in questo caso dunque la competenza dei tribunali ordinari ci sembra che si possa con sicurezza affermare. Ma anche negli altri casi, in cui il mutamento di circoscrizione offende diritti che il Comune ha come persona di diritto pubblico, ci sembra che l'autorità giudiziaria possa intervenire.

Interessante sarebbe a questo punto una ricerca diretta a fissare le differenze che passano fra la competenza della IV Sezione e quella giudiziaria su tale materia; ma tale ricerca si riconnette sostanzialmente all'altra relativa all'indole di tutta la competenza della IV Sezione che qui non possiamo intraprendere. Diciamo soltanto che i tribunali ordinari non potranno, per i principi generali, annullare l'atto amministrativo, ma lo dichiareranno illegale solo in rapporto a quel determinato obbietto di cui si disputa. Spetterà invece alla IV Sezione annullare il decreto illegale.

§ 3. *Effetti dei mutamenti territoriali del Comune.*

118. Rinvii. — 119. Effetti della fusione di più Comuni. — 120. Segue. — 121. Effetti della formazione di un nuovo Comune e dell'aggregazione di una frazione ad un altro Comune. — 122. Effetti dei mutamenti territoriali sui diritti dei comunisti agli usi civici.

118. Non parliamo degli effetti che i mutamenti delle circoscrizioni comunali possono produrre sulla costituzione organica del Comune: va da sè che, restringendosi o allargandosi il numero degli abitanti, debba cambiare necessariamente, per es., la sua rappresentanza, i suoi obblighi relativi ad un dato servizio e così via. Su questo punto ci basti dire che il nuovo Comune deve considerarsi, a tale riguardo, come se con l'antico o con gli antichi non avesse avuto alcun legame e il tutto viene regolato *ex novo* conformemente alle disposizioni generali della legge (2).

Dobbiamo piuttosto dir qualche cosa degli effetti che il cambiamento di circoscrizione produce sui beni del Comune e sulle sue obbligazioni civili attive e passive. In altri termini dobbiamo considerare il nuovo Comune specialmente nel suo aspetto di persona giuridica. Va da sè che noi dobbiamo per ora prescindere dal caso in cui l'aggregazione di più Comuni, o di una frazione ad un Comune, o di più frazioni fra loro sia avvenuta, mantenendo separati i relativi patrimoni: di questo caso ci occuperemo in altro luogo più opportuno. Parimenti va da sè che ogni discussione in proposito se non vien meno, certo viene di molto ridotta quando i Comuni nell'unirsi, abbiano, secondo l'art. 113, fissate le condizioni di tale unione relativamente ai loro rapporti patrimoniali.

119. Anzitutto non ci sembra dubbio che in tale materia sia a parlarsi di successione, solo a titolo di analogia e con conseguenze assai limitate: molte volte, più che alla teoria della successione, è a ricorrerre ad altri istituti del diritto privato come appresso vedremo. Non sempre, difatti, le modificazioni territoriali hanno per effetto l'estinzione di un Comune, cui si possa dire che ne succede un altro o altri. Nella maggior parte dei casi di smembramento, abbiamo che un Comune si divide in due altri Comuni, o perde una sua parte a favore di un altro: in questi casi è evidente che nemmeno per analogia si può parlare di « successione » (3).

Premesso ciò, possiamo procedere oltre, continuando le nostre indagini relativamente ai singoli casi di mutazione.

Riguardo alla fusione di due o più Comuni (4), quando essa non avvenga per legge che regoli anche i rapporti patrimoniali, si possono dare due casi: o si separano i patrimoni, e di ciò noi non dobbiamo per ora occuparci, o non si separano. E allora è evidente che il nuovo Comune succederà nell'*universum ius* dei due o più Comuni estinti.

Altra ipotesi non crediamo possa nemmeno farsi. Solo è disputabile, e la questione ci sembra assai grave, se debba ritenersi che ai Comuni antichi succeda lo Stato e questi investa immediatamente della successione il nuovo Comune. Una tale teorica sarebbe la conseguenza diretta dell'altra, secondo cui alle persone giuridiche non potrebbe succedere altri che lo Stato. Se, invece, come noi crediamo corretto, si respingerà questa teoria, allora non ci sarà più ragione di non ammettere la successione diretta fra Comune e Comune (5). Comunque sia di ciò, tutti quanti i diritti e gli obblighi dei Comuni estinti passano nel nuovo; continuando nell'analogia, possiamo dire che in tal caso si verifica una successione a titolo universale. Se poi si vuole fare a meno di ricorrere ad un istituto che trova la sua espressione più

(1) Cass. Roma, 6 settembre 1877, cit. dal Saredo, op. cit., II, § 2059.
(2) Cfr. su ciò Bertagnolli, **Aggregazioni e Segregazioni di Comuni e Frazioni**, in questa Raccolta.
(3) Cfr. Porrini, *Della successione dei Comuni* (*Archivio di dir. pubbl.*, IV, pag. 341).
(4) Cfr. il lavoro del Brockausen, *Vereinigung und Trennung von Gemeinden*, Vienna 1893.
(5) Rosin, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, cit., pag. 154.

tipica in rapporto alle persone fisiche, ci sembra che sia molto corretta ed efficace la somiglianza notata dal Fadda fra questa specie di fusione, chiamiamola così, che avviene fra i Comuni e la fusione delle società commerciali (1).

120. Tutto ciò però non toglie che, come per le persone fisiche, così anche per i Comuni, ci siano dei rapporti personalissimi, che non possono trasmettersi in nessun caso: così il diritto al nome, allo stemma, l'usufrutto, i mandati, si estinguono con l'estinguersi del subietto, nè è a parlarsi di successione. Specie relativamente ai mandati, si possono fare riguardo ai Comuni delle eleganti applicazioni in ordine ai loro impiegati.

Si è detto: nel caso di aggregazione forzata, gli impiegati vengono licenziati per forza maggiore e perciò nessuna indennità sarà loro dovuta dal nuovo Comune; invece, quando si tratta di fusione volontaria, essi avranno diritto ad essere risarciti, perchè non si può con una volontà unilaterale rompere una relazione contrattuale (2). Non crediamo tale opinione accettabile. Venuta meno una personalità, vengono meno tutti i rapporti che ad essa si ricollegano e che non possono essere rappresentati dall'erede. Se si ammette che appartengono a questa categoria i rapporti con gli impiegati, deve parimenti ammettersi che essi si estinguono con l'estinguersi del Comune: ed è inutile indagare se l'estinzione sia avvenuta per aggregazione necessaria o volontaria, appunto come (ci si perdoni il paragone) per le persone fisiche, non si distingue se esse si siano estinte per morte naturale o per suicidio.

Questi i principî generali. È dubbio fino a che punto le convenzioni dei Comuni o un regolamento del Governo possano immutarli, in maniera da far venir meno un diritto o un obbligo del Comune. Certo in quanto ai diritti, se i Comuni stessi abbiano stabilito di rinunziarvi e l'Autorità amministrativa abbia approvata la loro decisione, nessuno avrebbe motivo di ritener ciò illegale. Se invece il Governo abbia, di propria iniziativa, nell'atto di unire due Comuni, decretata la perdita di un loro diritto, noi crediamo che il Comune nuovo abbia facoltà di far dichiarare dall'Autorità giudiziaria o dalla IV Sezione l'illegittimità di tale provvedimento. La competenza del Governo si limita al mutamento della circoscrizione, ma non si estende ai diritti d'indole patrimoniale, se non nei casi espressamente previsti dalla legge, cioè nella separazione dei patrimonî. Meno che mai poi crediamo che il Governo possa regolare il patrimonio del nuovo Comune in maniera da ledere i diritti dei terzi: ci pare che qui conservi tutta la sua efficacia, contrariamente a quanto altri ritiene (3) il principio che in materia di obbligazioni giuridiche, specie contrattuali, le convenzioni o in genere i rapporti con persone estranee *aliis nec prodesse nec nocere possunt*. Nè si dica che qui si tratterebbe di provvedimenti sovrani, giacchè noi neghiamo al Governo la competenza di emanarli.

Si è domandato se i creditori di un Comune che è stato aggregato possano domandare la separazione dei beni del nuovo Comune, che rappresenterebbe l'erede in base all'articolo 1032 del cod. civ. È stato risposto di no, ed a ragione. Altro è la separazione dei beni di una persona qualsiasi, che « ha per oggetto il soddisfacimento, col patrimonio del defunto, dei creditori di lui .... che l'hanno domandata, preferibilmente ai creditori dell'erede » (art. 2055 cod. civ.), che si ottiene « col farne la domanda giudiziale » (art. 2059) che ha effetti solo riguardo ai creditori che l'hanno domandata (art. 2062) e che si può far cessare pagandoli (articolo 2064); altro è la separazione del patrimonio di cui parla la legge comunale e provinciale, che ha scopi del tutto amministrativi, che si ottiene dall'Autorità governativa, che ha effetti larghissimi, che non si può far cessare dal Comune. Certo i creditori del Comune aggregato non possono domandare una divisione in quest'ultimo senso, e non possono, secondo noi, dimandarla nel primo (4); si tratta di due istituti, l'uno dei quali trova applicazione, secondo la legge com. e prov., in casi tassativi, l'altro è troppo particolare e caratteristico per potersi estendere, mediante una semplice interpretazione analogica, a fattispecie rimaste sempre estranee alla elaborazione dottrinale e legislativa dell'istituto medesimo.

121. Dubbî di gran lunga maggiori offre il caso in cui si procede alla formazione di un nuovo Comune con frazioni tolte a uno o più Comuni. Se tali frazioni hanno dei patrimoni separati, allora nessuna difficoltà si presenta; e gli effetti della loro riunione sono perfettamente analoghi a quelli dell'unione di più Comuni. Non così se i loro patrimoni non sono separati. In questo caso par certo che i beni demaniali seguano il territorio (5), ma, riguardo ai beni patrimoniali e alle obbligazioni, regna la massima incertezza e confusione. Generalmente si ritiene che l'Autorità amministrativa possa con criterî di equità procedere alla divisione del patrimonio fra il Comune da cui la frazione si stacca e quest'ultima (6). I criteri con cui si procede a tale divisione sono disparati. Ora è la proporzione fra il territorio del Comune e quello della frazione, ora, nel caso di obbligazioni passive, la proporzione degli interessi e anche dell'ammontare delle imposte dirette, nè talvolta si trascura l'origine dei debiti. Come si vede, questi criteri sono nella maggior parte dei casi discrezionali e dettati più dall'equità che dal diritto; donde la conseguenza che non possono formare obietto di vera e propria giurisdizione, ma soltanto di ricorsi in sede amministrativa. Anche noi, che un momento fa abbiamo ritenuto incompetente l'Autorità governativa ad emettere provvedimenti sul patrimonio dei Comuni che si aggregano fra loro, adesso, per quest'altro caso, incliniamo alla soluzione opposta. Ed invero lì si era in presenza di due subietti di diritto determinati che univano il loro patrimonio e non potevano per quest'unione esimersi dal venir meno ad obblighi da loro contratti, nè esser costretti a perdere dei diritti validamente acquistati. Qui invece non siamo nel campo del diritto: è certo difatti che la frazione non separata non è una persona giuridica e quindi non si può ammettere che essa abbia *diritto* a qualche cosa. Nemmeno si può sostenere che tale diritto l'abbia il Comune che essa va a formare, giacchè questo, non avendo un titolo *proprio*, dovrebbe agire come rappresentante o erede della frazione: ciò che è impossibile, dato che questo non abbia personalità.

(1) Fadda, in nota al *Diritto delle Pandette* del Windscheid, vol. I, parte 1ª, pag. 836-837; Torino, Unione Tip.-Editrice.

(2) Porrini, *Della successione dei Comuni*, loco cit., pag. 325 e 326.

(3) Porrini, loco cit., pag. 340 e 349.

(4) Porrini, op. e loco cit., pag. 233.

(5) Giorgi, *Dottrina delle persone giuridiche*, IV, pag. 111.

(6) Così il Porrini, op. e loco cit., pag. 345-346, e il Fadda, op. cit., pag. 837. Tale è pure la teoria applicata dalla IV Sezione nelle sue decisioni del 13 ottobre e del 18 dicembre 1874, e dalla Cassazione di Torino in una sua sentenza del 10 luglio 1868, cit. dal Saredo, op. cit., II, pag. 470.

Da ciò la conseguenza che, se si vuole ripartire il patrimonio fra il Comune antico e la frazione che se n'è disgregata bisogna procedere in base a criteri più amministrativi, di opportunità, o d'equità che dir si voglia, anzichè di stretto diritto. Altrimenti bisognerebbe concludere che alla frazione non spetti alcun patrimonio, appunto come a chi esce da una associazione qualsiasi: quando l'associazione medesima resta intatta nella sua personalità non ha diritto, per regola generale, ad una parte dei beni di essa. Del resto bisogna concludere che sono rapporti questi che nè la scienza nè la coscienza giuridica hanno ancora elaborati e che quindi si regolano in pratica con un empirismo che è la negazione di ogni principio.

Perfettamente identico nei suoi effetti a questo che abbiamo or ora esaminato è l'altro caso in cui una parte di territorio o una frazione che non ha patrimonio separato viene staccata da un Comune per essere aggregata ad un altro.

122. Va da sè, e non crediamo che ciò possa formare obbietto di controversia che tutto quanto abbiamo detto sulla varia successione dei Comuni non riguarda quei diritti che, non ai Comuni, ma ai comunisti spettano su quei beni che si dicono comunaglie. L'annessione di un Comune ad un altro non ha per effetto l'estendere il numero delle persone che sono ammesse a tali usi civici, ad essi continueranno a partecipare solo quella parte dei comunisti del nuovo Comune che erano anche comunisti dell'antico. I beni apparterranno al nuovo Comune, ma nulla vieta che non tutti, ma una parte dei comunisti abbia diritti su di essi (1).

Concludendo: nella così detta successione dei Comuni, per diritto italiano, allora si hanno veri rapporti giuridici quando si tratta di aggregazioni e disgregazioni di interi Comuni e di frazioni dotate di personalità; altrimenti si hanno dei provvedimenti amministrativi regolati dal diritto quanto alla competenza, ai limiti, agli effetti, ma che nel loro contenuto sono dettati da ragioni non giuridiche.

§ 4. *Rettificazione dei confini comunali.*

123. Competenza della Commissione censuaria comunale. — 124. Competenza dell'Autorità giudiziaria. — 125. Competenza della IV Sezione.

123. Poche parole ci restano a dire sulle controversie che possono sorgere fra Comune e Comune in rapporto alle delimitazioni dei rispettivi confini giurisdizionali. Quale deve essere l'Autorità competente a decidere su di esse? Da un punto di vista affatto teorico la risoluzione di tale dubbio non potrebbe essere che una. Data l'ipotesi che il Comune sia un corpo autarchico, ne discende che esso ha diritto al proprio territorio e di questo suo diritto è competente a conoscere l'Autorità giudiziaria. Su di ciò non avremmo nulla da aggiungere a quanto abbiamo già detto. Per diritto positivo italiano la questione è però assai complicata. Innanzi tutto, perchè, giusta quanto abbiamo detto, è assai disputabile fino a che punto si estenda la autarchia comunale, e in secondo luogo per alcune disposizioni legislative, la cui portata non è del tutto chiara.

L'art. 4 della legge 1° marzo 1886 sulla perequazione fondiaria dispone che la « recognizione della linea di confine dei territori comunali o singole frazioni di Comune aventi territori separati » vien fatta dalla Commissione censuaria comunale. Nonostante che tale recognizione venga fatta con le garanzie di una specie di contraddittorio e l'intervento degli interessati, ciò nondimeno non ci sembra dubbio che essa non abbia altro valore che quella di una perizia fatta da una Autorità competente, che però non lega chi è chiamato a pronunziarsi sul diritto dei Comuni. Resta perciò sempre aperta la questione relativa alla determinazione di chi sia questo giudice.

124. I tribunali sono stati su questo punto discordi. La giurisprudenza più antica fu, come è avvenuto sempre in tale materia, molto più liberale e corretta di quella recente, in quanto che ammetteva, senza riserva, il diritto dei Comuni al proprio territorio e di questo diritto giudicava in base all'art. 2 della legge del '65. Abbiamo in questo senso parecchie sentenze di Cassazione (2). Invece la giurisprudenza posteriore, specie dietro le argomentazioni sottili, ma, secondo noi, infondate del Mantellini (3), cambiò di punto in bianco indirizzo e in parecchie altre sentenze negò la competenza dell'Autorità giudiziaria. Giova che siano ricordate le parole, già da noi altrove riportate, con cui la Cassazione di Roma, in una sentenza del 6 febbraio 1888 (4), giustificava tale sua opinione: « le questioni di confinazione fra i Comuni limitrofi sono devolute alla cognizione dell'Autorità amministrativa, perchè attinenti ad interessi generali e politici, non a rapporti patrimoniali e di diritto meramente privato ». Su tali parole abbiamo espresso il nostro giudizio: esse si basano sul presupposto erroneo che i tribunali ordinari siano competenti soltanto in materia di diritti privati o almeno appartenenti a privati.

125. La legge dell'89 sul Consiglio di Stato, all'art. 25, n° 5, deferì al Consiglio di Stato, perchè le decidesse anche in merito, le controversie relative ai confini dei Comuni e delle provincie. Secondo alcuni (5), la questione sarebbe stata così troncata. Secondo altri (6) invece il dubbio rimarrebbe sempre, solo quando però la questione sul territorio giurisdizionale ne implichi una, sia che ne dipenda, sia che la pregiudichi, di proprietà patrimoniale. A dire il vero, a noi sembra che in nessun caso la competenza della IV Sezione possa valere ad escludere quella giudiziaria, dato sempre che si ammetta il diritto del Comune al proprio territorio, se è vero che la legge del 1889 non abbia importato modificazioni al principio generale sancito dall'articolo 2 della legge del '65. Si rifletta che applicare una teorica diversa importa necessariamente nel caso nostro negare il diritto dei Comuni al territorio giurisdizionale, e ciò a sua volta importa negar loro il diritto all'esercizio delle proprie attribuzioni, ossia spogliarli di ogni autarchia e farli dipendenti dall'amministrazione centrale. Del resto, a parte tali ragioni, ci sembra che la nostra opinione sia fondata sull'indole stessa dei rapporti che, secondo noi, passano fra la IV Sezione e l'Autorità giudiziaria, e per cui la prima sarebbe soltanto un organo della giustizia amministrativa, che nulla detrae alla giurisdizione esercitata, anche riguardo a quelle materie di cui la IV Sezione si occupa con fini e risultati diversi dall'Autorità giudiziaria. Ma su ciò non possiamo qui intrattenerci più a lungo.

(1) Porrini, op. e loco cit., p. 326; Giorgi, op. e loco cit., p. 111.
(2) Vedile enumerate dal Giorgi, op. e loco cit., pag. 119.
(3) *I conflitti di attribuzione*, pag. 75 e segg.; *Lo Stato e il codice civile*, II, pag. 22 e segg.
(4) *Comune di Costarainera* c. *Comune di Cipresso* (*Foro It.*, XIII, 1, 1261).
(5) Saredo, op. cit., II, pag. 25, n. 1519.
(6) Giorgi, op. cit., IV, pag. 119.

Capo III. — Patrimonio.

§ 1. *Patrimonio del Comune.*

126. Il terzo elemento del Comune è il patrimonio. La popolazione e il territorio riguardano l'esistenza, diremo materiale, del Comune, in quanto che senza di essi il Comune medesimo non esisterebbe in nessuno dei tre aspetti che abbiamo a suo luogo esaminato. Invece il patrimonio riguarda, più che altro, il Comune come persona giuridica privata e anche, fino a un certo punto, pubblica. Su ciò si rendono necessarî alcuni sviluppi.

Si suole disputare se il patrimonio sia un elemento necessario dell'ente comunale, tale cioè che questo non potrebbe esistere senza di esso, e generalmente si viene alla conclusione che il patrimonio è un elemento soltanto accessorio di cui si potrebbe anche fare a meno. Mentr'esso, si dice, ha per le altre persone giuridiche un'importanza capitale, per i Comuni ne ha una affatto secondaria, donde la possibilità che esistano degli enti comunali, senza dei veri e proprî beni patrimoniali (1).

Noi non crediamo che ciò sia esatto. Ammettiamo in astratto, come non ripugnante a nessun principio di diritto, un ordinamento dei corpi territoriali in genere e comunali in specie tale da escludere l'appartenenza ad essi di qualunque patrimonio, ma crediamo che ciò avrebbe per effetto immediato e necessario la mancanza in essi di qualunque personalità. E difatti può avvenire che i Comuni debbano considerarsi come, diremo così, parti dell'amministrazione finanziaria dello Stato, o, in altri termini, come altrettante *stationes fisci*, aventi la stessa indole e i medesimi rapporti con lo Stato che, p. es., le intendenze di finanza e le prefetture. In tal caso è evidente che il Comune non ha un patrimonio proprio, sol perchè non è provvisto di personalità autonoma nè di diritto pubblico, nè di diritto privato, e la sua amministrazione deve considerarsi come amministrazione diretta dello Stato. Escluso questo caso, com'è certo che si debba per diritto positivo italiano, sembra a noi che sia impossibile non riconoscere nel Comune un patrimonio ad esso spettante. Anche mettendo da parte ogni considerazione dottrinale e puramente teorica, che pure basterebbe a dimostrare come una persona giuridica presupponga un patrimonio, è evidente che senza di questo il Comune non potrebbe sopperire alle spese necessarie per il disimpegno delle sue attribuzioni. Ma, si risponde, e qui riposa tutto l'equivoco che è bene dissipare, il Comune, a differenza delle altre persone giuridiche, può disimpegnare, anzi il più delle volte disimpegna queste spese, solo coi proventi delle imposte comunali, dirette o indirette (2). Come si vede, si dà per dimostrato, ciò che noi neghiamo nella maniera più recisa, che i proventi delle imposte siano beni demaniali, anzichè patrimoniali. Se vien meno questo presupposto, cade da per sè stesso l'unico argomento che si può addurre in sostegno dell'opinione che, per l'ordinamento italiano, siano ammissibili, anzi esistano Comuni senza patrimonio vero e proprio.

127. Non possiamo qui esaminare in tutte le sue particolarità, come pure vorremmo, la questione circa tale pretesa demanialità delle rendite comunali provenienti dalle imposte o dalle tasse. Crediamo tuttavia indispensabile accennare ai principali argomenti che giustificano la nostra opinione. È noto come in Italia tale questione sia fatta a proposito dell'altra non meno famosa circa l'ammissibilità dell'esecuzione forzata contro i Comuni e le provincie, e abbia il suo punto di partenza precisamente in quell'opinione intermedia che ammette l'esecuzione limitatamente ai proventi dei beni patrimoniali, escludendola per quelli delle imposte che considera come demaniali. È noto parimenti come la maggior parte degli scrittori e la giurisprudenza più recente abbiano accettato tale dottrina, che appare, è inutile negarlo, come un comodo e seducente ripiego, che permette da un lato seguire le tendenze per le quali si nega contro gli enti pubblici l'esecuzione forzata, e dall'altro lato si presenta essa stessa, sebbene solo apparentemente, dotata di un certo *fumus boni iuris*. L'imposta, si dice, fra l'altro, non può paragonarsi ad una rendita, giacchè i suoi proventi non passano in proprietà dello Stato e del Comune. Proprietà, a senso dell'art. 436 del cod. civ., significa « diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta », laddove il denaro che i cittadini o i comunisti pagano come imposta deve essere erogato nei pubblici servizî (3). Contro di ciò si fece benissimo osservare che, se tali argomenti si fondano sulla dottrina della contrattualità della imposta o meglio della correlazione fra i doveri dei cittadini e quelli dello Stato, si può ad essi rispondere con la teorica, oramai da tutti accettata, che nega per l'appunto tale contrattualità o correlazione. Che se poi si vuol sostenere che la destinazione pubblica, l'impiego, cioè, di certe rendite nel disimpegno di attribuzioni pubbliche, basta per convertire in demaniali queste rendite medesime, allora la logica vuole che tutti i beni comunali siano qualificati come demaniali, giacchè tutti, senza eccezione alcuna, servono a sopperire le spese che i pubblici servizi richieggono (4). Del resto a noi sembra che, comunque si vogliano giudicare tali argomenti, uno ne resta di cui non si può mettere in dubbio il valore assoluto, senza violare i principî di diritto più sani e fissati da una lunga elaborazione consuetudinaria e scientifica. Dice bene l'Orlando: « *Beni mobili* e, più particolarmente, *denaro* quando mai si è inteso dire che possano costituire beni di demanio pubblico? » (5). Poco importa se il titolo per cui si ha diritto a questo denaro è un atto d'impero; oramai è dottrina comunemente accettata che il carattere pubblico dell'imposta si restringe al momento in cui essa viene stabilita, subentrando nel resto il diritto privato (6). E, nel caso nostro, « perchè dovremmo

(1) Cfr., p. es., Giriodi, *Il Comune nel diritto civile*, cit., p. 2.

(2) Giriodi, op. cit., pag. 3.

(3) Così Emilio Bianchi nella *Rivista ital. per le scienze giur.*, XII, pag. 3 e segg.

(4) Orlando, *Dell'esecuzione forzata sui proventi delle imposte*, nell'*Archivio di dir. pubbl.*, pag. 124-125. Così pure il Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, pag. 448; a quest'opinione pare che si accosti anche il Persico, *Principî di diritto amministrativo*, II, pag. 9. Cfr. inoltre Miraglia, *Intorno all'inalienabilità dei proventi delle imposte* (*Foro It.*, 1879, I, 1073).

(5) Orlando, op. cit., pag. 124. Vedi anche le osservazioni analoghe del Meucci, op. e loco cit.

(6) Cfr. su ciò Meucci, op. cit., pag. 453 e segg.; Longo, *Carattere giuridico dell'amministrazione finanziaria romana* (*Archivio giuridico*, XLVII, 1891, pag. 144). Per il caso inverso, cioè per il titolo di diritto privato nelle obbligazioni di diritto pub-

considerare come giuridicamente diversi due pezzi di cento franchi, racchiusi, magari nello stesso rotolo, nella cassa pubblica, sol perchè l'uno rappresenta il pagamento di un bimestre di fondiaria e l'altro il fitto corrisposto da un locatore di un fondo comunale? » (1)

128. Senza cercare di approfondire di più tale questione che al nostro argomento si riconnette solo indirettamente, ci pare che ciò sia più che sufficiente per distruggere l'unico argomento che si può addurre circa la possibilità di un Comune senza patrimonio. Nè si creda che la dottrina che tale possibilità ammette avrebbe, in ogni caso, la conseguenza di negare, contro sua voglia, la personalità di diritto privato dei Comuni, non già quella di diritto pubblico che resterebbe salva. Abbiamo avuto parecchie volte occasione di trattenerci sul rapporto che fra le due personalità intercede e abbiamo detto che esso è in tutto e per tutto identico all'altro che passa fra lo Stato nel senso ristretto o il fisco. Ora, com'è materialmente impossibile di concepire uno Stato, già uscito dalla sua primitiva semplicità, che non abbia sentito il bisogno di uguagliarsi per certi rapporti ai semplici privati, così crediamo che il Comune moderno non potrebbe disimpegnare che una minima parte delle sue attribuzioni se non gli fosse lecita nella vita giuridica quell'attività che è concessa agli individui. Come per il fisco dello Stato, così per quello del Comune, noi possiamo dire col Longo che esso segna una delle più benefiche e delle più grandi evoluzioni che la storia del diritto ricordi. Un Comune, come uno Stato, che non potrebbe vendere, comprare, locare, succedere, sarebbe addirittura paralizzato in tutti i suoi movimenti. Nè ciò potrebbe fare senza un patrimonio vero e proprio. I sostenitori della demanialità dei proventi delle imposte non hanno certo posto mente a tutte le conseguenze della loro opinione. È mai possibile acquistare qualche cosa con *denaro demaniale?* (ci si perdoni la frase, di cui del resto non abbiamo colpa). Le cose demaniali sono inalienabili e non si possono per conseguenza cedere, anche per ottenerne delle altre non demaniali. Un rapporto contrattuale siffatto sarebbe nullo di pieno diritto; ne verrebbe che i proventi delle imposte dovrebbero stare intatti nella cassa comunale, fino a che non ne fosse mutata la destinazione, che del resto non si saprebbe dire quale possa essere stata prima di tale mutamento se non l'unica di cui essi sono suscettibili, cioè quella di assicurare i pubblici servizi. Risibili e contradittorie conseguenze, che pure discendono inevitabilmente dalla dottrina della demanialità applicata senza ripieghi. Se fosse lecito lo scherzo in materia così grave, si potrebbe domandare sino a quando un privato qualsiasi corra rischio che gli vengano tolti i biglietti di banca che ei ha addosso, per il motivo che siano demaniali, che ancora il Comune o lo Stato non ne abbiano cambiate le destinazioni e non siano quindi suscettibili di appropriazione privata.

D'altra parte, se fin qui ci siamo serviti della tesi che i proventi delle imposte siano d'indole patrimoniale per dimostrare che il Comune ha sempre un patrimonio vero e proprio, potremmo, se dovessimo approfondire invece la prima questione, scambiare i termini della dimostrazione. Potremmo cioè sostenere che i proventi delle imposte debbono considerarsi come patrimoniali, per la ragione che altrimenti molti Comuni non avrebbero patrimonio, ciò che è, secondo noi, assurdo.

blico, cfr. Tezner, *Das Privatrechtstitel im öffentlichen Rechte*, nell'*Archiv f. öff. R.*, IX, pag. 325 e segg.

129. Lasciando da parte tale questione, crediamo che questo sia il momento opportuno per dire qualche parola dell'altra controversia, se cioè il Comune debba ritenersi come una associazione o come una fondazione. Abbiamo già detto quale sia la nostra opinione sul proposito. Innanzi tutto noi preferiremmo che in tale distinzione non venissero inclusi il Comune, la provincia e lo Stato, che sono persone giuridiche così *sui generis* che è impossibile metterle accanto a delle altre. Comunque sia, data ma non concessa la necessità che il Comune debba appartenere ad una delle due categorie di enti morali, noi saremmo inclinati a vedere in esso una fondazione. Non è qui il caso di riandare i criteri, su cui gli scrittori sono così poco d'accordo, che valgono a distinguere le fondazioni dalle corporazioni. Tuttavia ci pare che, nonostante che così spesso si parli di « associazione comunale », tale espressione non abbia nè debba avere un significato tecnico e scientifico, ma semplicemente usuale. Sembra a noi che l'associazione vera e propria presupponga un vincolo, un rapporto che non può non essere, non solo volontario, ma anche contrattuale, o almeno derivante da un accordo qualsiasi, e non sappiamo affatto adattarci a scorgere fra Comune e comunisti un vincolo di tal natura. Già l'abbiamo detto: l'appartenenza al Comune, come allo Stato, deve innanzi tutto concepirsi come sudditanza: questo è il momento essenziale da cui tutti gli altri derivano. Ora ci pare che l'associazione desti più l'idea di un accordo che venga stretto o rinnovato fra i soci, anzichè della dipendenza dell'individuo dall'associazione medesima. Ora volere scorgere fra i diversi comunisti un accordo equivale a richiamare in vita la teorica contrattuale del Rousseau, che, non vera per lo Stato, non lo è nemmeno pel Comune. Non solo: la volontà dell'associazione è costituita sempre dalle deliberazioni dei soci, ciò che del Comune non si può dire. Oramai noi siamo abituati a considerare lo Stato, il Comune e gli altri enti territoriali come individualità, o, meglio, personalità logicamente, non certo materialmente, indipendenti dagli individui che ne fanno parte; la loro volontà, per noi, non è solo diversa da quella che risulterebbe sommando quella dei loro membri, ma non è neppure la volontà della maggioranza di questi, nè una volontà media, in quanto che si deve tener conto di quell'enorme quantità di volere, che fu già di uomini che appartennero un giorno all'ente e che ora è dell'ente, immagazzinata, ci si perdoni la frase, nelle sue norme scritte: leggi, regolamenti e così via. Tutto ciò a noi sembra che s' inquadri meglio nel concetto di fondazione. Anche, considerando solo la personalità privata del Comune, perveniamo alle medesime conclusioni. Dato, difatti, che tale personalità sia analoga, se non identica, a quella del fisco, ogni dubbio svanisce ed ogni ulteriore considerazione si rende inutile. Tuttavia ci piace mostrare come, anche partendo da presupposti diversi, arriviamo, a differenza di altri, alle medesime conseguenze. Uno dei criteri più esatti, più semplici e meno discutibili proposti per stabilire la distinzione fra corporazione e fondazione, crediamo che sia quello di O. Mayer. Secondo questi, nella prima amministrano le medesime persone che poi godono dei benefici dell'associazione, laddove nella fondazione tale coincidenza non si verifica mai. Adottando questo criterio noi vediamo nel Comune una fondazione, inquantochè è evidente che non tutti i comunisti amministrano le cose del Comune, nè ci pare che gli

(1) Orlando, op. cit., pag. 126.

amministratori possono considerarsi come rappresentanti dei comunisti che li eleggono. Evidentemente tale questione si riconnette all'altra, su cui dovremo poi intrattenerci di passaggio, sul fondamento giuridico cioè del rapporto che intercede fra gli organi del Comune e i comunisti nella loro qualità di elettori. Qui ci limitiamo ad affermare nudamente e semplicemente che, secondo noi, tale rapporto non può considerarsi come di mandante a mandatario o, in genere, di rappresentante a rappresentato. Invece il Giriodi (1), pure movendo dal criterio del Mayer, perviene a conclusioni opposte alle nostre, giacchè, secondo l'opinione da lui adottata, che, del resto, è quella predominante, l'elezione popolare basta per conferire agli organi comunali il carattere di rappresentanti o mandatari dei comunisti.

Ma, anche a prescindere da quanto abbiamo detto a proposito della teorica del Mayer per confermare gli argomenti già prima accennati, ci sembra che questi bastino per fare considerare il Comune come una fondazione, se pure non è opportuno abbandonare questa denominazione che parte da una distinzione che al caso nostro non è forse applicabile.

130. Arrivati a questo punto dovremmo studiare un poco più da vicino il patrimonio comunale: classificare i beni che lo compongono, distinguerli sopratutto dai demaniali, esaminare le disposizioni legislative che ne regolano l'amministrazione. Senonchè tutti questi argomenti formano il contenuto della voce **Beni comunali**, e ad essa ci riferiamo senz'altro.

Riguardo poi alla capacità civile del Comune, alle sue obbligazioni, alla sua responsabilità, al complesso cioè dei principî che regolano le sue attribuzioni di persona giuridica privata, crediamo che sia più opportuno trattarne a proposito della sua attività: queste attribuzioni difatti costituiscono la sua attività patrimoniale.

Non possiamo ad ogni modo omettere di parlare in questo luogo del patrimonio delle frazioni di Comune, il cui studio implica questioni così gravi, che senza di esso la nozione stessa di patrimonio comunale resterebbe oscura.

§ 2. *Patrimonio delle frazioni.*

131. Condizioni necessarie per la separazione del patrimonio. — 132. Fondamento giuridico di tale separazione. — 133. Segue. — 134. Competenza dell'Autorità amministrativa e della giudiziaria. — 135. Criteri da seguirsi nella separazione. — 136. Se il capoluogo possa ottenere la separazione del suo patrimonio. — 137. Casi di separazione. — 138. Amministrazione della frazione separata. — 139. Separazione delle spese: rinvio.

131. Nel dare il concetto generale di frazione di Comune, abbiamo detto che bisogna distinguere due specie di frazioni: le separate e le non separate. Abbiamo parimenti mostrato che solo le prime debbono considerarsi dotate di personalità, laddove le seconde sono semplici località, i cui interessi sono dalla legge qualche volta tutelati, senza che però costituiscano in nessun caso delle persone nè di diritto privato nè di diritto pubblico. Donde la conseguenza che solo le frazioni separate hanno un proprio patrimonio, dei beni propri, dei diritti e dei doveri e che tutto ciò manca nella maniera più assoluta alle altre frazioni. Queste, tuttavia, hanno talvolta la possibilità, l'idoneità a divenir separate e ad assumere quindi l'aspetto di vere persone giuridiche. Come e quando ciò possa avvenire, lo dice anzitutto l'art. 116 della legge com. e prov.: « Ferma stando l'unità dei Comuni, le disposizioni speciali dianzi accennate relativamente alla separazione dei patrimoni e delle spese potranno essere applicate alle frazioni che abbiano più di 500 abitanti, quando esse siano in grado di provvedere ai loro particolari interessi, e le condizioni dei luoghi richiedano questo provvedimento, che sarà dato per decreto reale in seguito a domanda della maggioranza dei contribuenti della frazione. Questa domanda sarà notificata al Consiglio comunale, che avrà diritto di farvi le sue opposizioni ed osservazioni. Il prefetto trasmetterà al Governo del re le domande della frazione, unitamente alle opposizioni ed osservazioni del Consiglio comunale ». Non tutte le frazioni dunque hanno la possibilità di venir separate, rispetto al patrimonio, dal capoluogo, ma solo quelle che, oltre al possedere certi requisiti che rendano opportuna tale separazione e che son rimessi all'apprezzamento discrezionale del Governo, abbiano una popolazione non inferiore ai 500 abitanti. Il concedere o no la separazione di patrimonio è rimesso, in ogni caso, all'arbitrio dell'Autorità governativa, che ne potrà anche determinare le condizioni

132. Ma qual è il fondamento giuridico di questa « separazione » ? O, più propriamente, qual'è la parte di patrimonio comunale che deve attribuirsi alla frazione? E fino a quando il Governo, nelle sue attribuzioni di ripartitore, ha dei poteri discrezionali? Domande queste che non hanno ancora trovato nè nella giurisprudenza nè nella scienza una risposta soddisfacente, e che pure sarebbe tanto necessaria, non solo ai fini pratici di una buona interpretazione ed applicazione della legge, ma anche perchè sarebbe un importante contributo ad uno studio scientifico sui rapporti che intercedono fra la personalità privata e quella pubblica del Comune, specie in ordine alla dipendenza di questo dall'Amministrazione centrale. La mancanza assoluta di criteri direttivi in tale materia costringe invece molto spesso la giurisprudenza più autorevole e gli scrittori più illustri a dimenticare i principî di diritto più ovvî, di maniera che per evitare contradizioni ed evidenti ingiustizie se ne commettono talvolta delle altre non meno gravi.

Così in qualche parere del Consiglio di Stato e in quasi tutti i commentatori della legge si trova affermato il principio che sia necessario, perchè si possa procedere alla separazione del patrimonio che la frazione ne abbia uno proprio, secondo il codice civile, che cioè ad essa spettino in proprietà dei beni che non siano del Comune (2). Tutto ciò ci sembra che parta da un assai grave equivoco. La frazione, finchè non è separata, non è, come abbiamo detto, persona giuridica e non può quindi in nessun senso dirsi che ad essa spetti un patrimonio proprio. Ciò ci sembra evidente: prima della separazione, non c'è nè ci può essere che un solo patrimonio che spetta al Comune, in quanto comprende capoluogo e frazioni: se così non fosse, la separazione di cui parliamo si ridurrebbe ad un procedimento per ottenere la divisione di una cosa comune, procedimento che non potrebbe essere regolato che dal diritto civile. Invece ci sembra fuori dubbio che la separazione del patrimonio di cui parla l'art. 116 sia cosa del tutto diversa: certo non può essere accordata dal tribunale, ma dall'Autorità

(1) Op. cit., pag. 7-8.

(2) Consiglio di Stato, 16 marzo 1892 (*Foro It.*, 1892, III, 353); Saredo, op. cit., II, p. 485; Mazzoccolo, op. cit., p. 54 e 55; Giorgi, op. cit., IX, pag. 114. etc.

amministrativa. Ciò confermerebbe, se ce ne fosse bisogno, che non si tratta di un diritto che la frazione ha su beni di qualsiasi natura, appunto perchè essa non è subietto di diritti, non è persona.

133. Che intendono dunque dire gli scrittori dianzi citati quando affermano necessaria alla separazione la preesistenza di un patrimonio della frazione? Una risposta a tale domanda non è facile darsi, giacchè per lo più essi si guardano dal dare ulteriori spiegazioni del principio che pongono. Il Saredo, per esempio, parla di lasciti o donazioni pervenuti agli abitanti della frazione (1). Senonchè da un lato tali beni sono amministrati dal Comune con l'obbligo di erogarli nel modo determinato dal testatore o dal donante: magari i singoli abitanti di quella frazione avranno diritto a che se ne faccia l'uso cui furono destinati, ma è certo che la frazione presa nel suo complesso e come unità rimane estranea a tali rapporti. Altro sono gli abitanti della frazione, altro la frazione stessa, che non avrà, per conseguenza, nemmeno in questo caso, un patrimonio che si possa dir suo. Così nulla vieta che le liberalità di cui parliamo siano fatte a prò degli abitanti di un quartiere, eppure nessuno ha mai parlato di un patrimonio a questo spettante. Ed è degno di nota che coloro i quali parlano di un patrimonio proprio della frazione non ancora separata, enumerando in seguito gli *effetti* della separazione, dicono che questa *conferisce* alla frazione medesima la personalità giuridica (2). Ammettono dunque che la frazione che ancora non sia persona possa avere dei beni. Come ciò si spieghi, come sia conciliabile questa contradizione noi francamente non sappiamo. Ammettiamo, giova ripeterlo, che gli abitanti di una borgata godano di determinati proventi o benefici, come ben dice il Giriodi (3), ma è certo che, perchè ciò avvenga, non è necessaria la personalità della frazione.

134. Cerchiamo adesso di trarre le conseguenze di quanto abbiamo detto. Nel diritto italiano la separazione di patrimonio fra Comune e frazione non è un procedimento che implica questioni di diritto, nel senso, intendiamoci, che non si tratta di *unicuique suum tribuere*. Di esso possiamo ripetere quel che già abbiamo osservato relativamente alla successione di una frazione che diventa Comune autonomo: non si può nè nell'uno nè nell'altro caso parlare di un *diritto* di successione, nè di *diritto* alla divisione di cose comuni. Si tratta di un riparto amministrativo, fatto a scopi amministrativi e con criteri amministrativi, cioè d'opportunità e d'equità: la frazione o, meglio, la maggioranza dei contribuenti di essa non fa che domandarla; il Governo può concederla, ma può anche non concederla; nel primo caso, statuisce esso quale sarà il patrimonio del Comune, quale quello della frazione, e la sua statuizione ha il carattere di un provvedimento inoppugnabile dinanzi magistrati di qualunque specie, appunto perchè si potrà biasimare che, per esempio, alla frazione si siano caricati troppi debiti o si siano affidati troppi beni, ma in sostanza siamo nel campo dell'amministrazione discrezionale contro la quale non possono darsi altri rimedi che quelli concessi dagli istituti della giustizia amministrativa. I tribunali non potrebbero fare altro che lasciare intatto al Comune il suo patrimonio senza attribuire nulla alla frazione. Come si vede, tale facoltà concessa al Governo è una grave deroga all'autarchia comunale, e mostra come nel nostro ordinamento non si possa negare una specie di subordinazione cui il Comune è sottoposto verso l'Amministrazione centrale. Vincolo, si noti bene, tanto più grave e importante, in quanto mostra come tale subordinazione si estenda anche alla personalità di diritto privato del Comune. Si era ritenuto finora anche dai più recisi sostenitori della mancanza di un'autarchia comunale, come questa mancanza riguardasse solo la personalità pubblica del Comune, i suoi diritti pubblici, ma lasciasse intatta quella privata (4). Adesso la nostra opinione ferirebbe anche da questo lato importantissimo la autarchia locale, malgrado che siamo convinti che essa, attenuata, continui, ciò nonostante, a sussistere. Ma di ciò abbiamo detto a suo luogo: ritorniamo piuttosto al nostro argomento.

Anche senza ammettere la personalità della frazione non separata, si potrebbe certamente dare il caso che essa, decretata ma non compiuta la separazione del patrimonio, potesse vantare dei diritti sul patrimonio stesso del Comune. Ciò avverrebbe allorquando la legge desse facoltà al Governo di decretare se essa debba o no separarsi, ma nello stesso tempo stabilisse minutamente le norme che tale separazione dovrebbero regolare, nel caso che essa venisse decisa, indicando i criteri con cui procedere al riparto dei beni, alla divisione delle passività e così via. In questo caso la violazione di tali norme renderebbe possibile un controllo giurisdizionale, per modo che la frazione o il Comune potrebbere far dichiarare il loro diritto dal magistrato. Ma quando tutto è rimesso al prudente arbitrio dell'Amministrazione, è chiaro che solo il controllo amministrativo può essere ammesso.

Tuttavia anche per la legge nostra è possibile che il Comune (non mai la frazione) impugni dinanzi il tribunale il decreto di separazione. Ciò può avvenire principalmente in due casi: o quando si sia separato il patrimonio d'una frazione che conti meno di 500 abitanti, o quando ciò sia avvenuto su domanda di un numero di contribuenti minore di quello stabilito dalla legge. Si è dubitato se quando l'articolo 116 parla di contribuenti intenda parlare soltanto di quelli che pagano imposte comunali o vi comprenda tutti coloro che paghino nella frazione imposte di qualsiasi natura. Sembra preferibile tale soluzione, giacchè, come fu giustamente osservato, sulle imposte erariali il Comune può avere il diritto di sovraimporre (5).

135. A prescindere da ciò, crediamo opportuno di accennare ai principali criteri discrezionali che l'Amministrazione suol tenere presenti allorquando procede ad una tale separazione. Anzitutto, quando la frazione, prima di essere tale, sia stata un Comune autonomo, dotato di un patrimonio proprio, allora si suole per lo più attribuire alla frazione que' medesimi beni e quei medesimi oneri che essa aveva anteriormente alla sua aggregazione. Anzi crediamo che questo sia il pensiero degli scrittori cui sopra abbiamo accennato: probabilmente quand'essi parlano di un patrimonio proprio della frazione hanno in mente, non già un patrimonio che sia attualmente di essa, ma che lo sia stato.

(1) Op. cit., II, pag. 480.

(2) Così il Giorgi, op. cit., IV, pag. 115, il quale cita, anzi, in appoggio della sua opinione una sentenza della Cassazione di Roma, del 7 giugno 1878, *Fambussi e altri* c. *Fossati e altri*, riassunta nella *Legge*, 1878, 2, 310.

(3) Giriodi, *Il Comune nel diritto civile*, pag. 18, n. 19.

(4) Longo, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi e il diritto amministrativo italiano*, loco cit., pag. 269.

(5) Saredo, op. cit., II, pag. 478, n. 2218.

In secondo luogo alla frazione si sogliono attribuire, e se ne intende facilmente la ragione, quei lasciti o quelle donazioni fatte alla generalità dei suoi abitanti, di cui poco fa abbiamo detto qualche cosa. Anzi si può dire che essi le spettino di pieno diritto, non già però in proprietà, sibbene in amministrazione. Un terzo criterio che si suole seguire è quello di assegnare rispettivamente al Comune ed alla frazione quei beni a preferenza che si trovano nel loro territorio. Nè, in materia specialmente di debiti, va dimenticato che, in omaggio alla più evidente equità, essi debbono porsi a carico della frazione o del Comune a seconda che le spese pubbliche per cui furono contratti tornarono a vantaggio prevalente, se non esclusivo, dell'una o dell'altro. Un debito, per esempio, contratto per l'erezione di un teatro di cui gode soltanto il capoluogo non potrebbe evidentemente essere ripartito anche fra le frazioni, viceversa un altro che il Comune contrasse per il prosciugamento di una palude vicina alla frazione, non può incombere che a questa. Anzi ci sembra che tale principio sia qualche cosa di più che un semplice criterio di buona amministrazione che il Governo dovrebbe tener presente, ma potrebbe anche non seguire. Forse non andrebbe del tutto errato chi sostenesse che, una volta provato che il debito ebbe origine per soddisfare un bisogno sentito esclusivamente dalla frazione e dal Comune, esso si debba necessariamente porre a carico dell'uno o dell'altra, per il principio giuridico che nessuno può indebitamente arricchirsi a spese d'altri. Senonchè, il più delle volte, manca la prova giuridica della ragione del debito, giacchè nel bilancio comunale non si fa corrispondere ad ogni introito un esito, ma si tengono le due parti, bilancio attivo e bilancio passivo, separate l'una dall'altra. Finalmente può esercitare una certa influenza la proporzione fra il territorio ed anche gli abitanti della frazione e del resto del Comune.

136. Finora abbiamo sempre parlato di frazione, senza distinguere se tale parola debba intendersi nel senso ristretto o nel senso più largo, comprendente, cioè, anche il capoluogo. È questa una controversia su cui bisogna dir qualche cosa. L'articolo 116 sopra trascritto parla semplicemente di frazione vera e propria, non già del capoluogo: questo ci sembra indubitabile; tanto vero che altre volte quando ha voluto estendere a quest'ultimo le disposizioni già date per la prima, l'ha detto espressamente: valga per tutti l'esempio dell'art. 115. Il dubbio consiste nel sapere se il legislatore abbia dimenticato di contemplare il caso oppure ne abbia taciuto a bella posta, applicando l'aforisma: *ubi voluit lex dixit, ubi noluit tacuit.* A noi sembra più probabile quest'ultima ipotesi; già nell'articolo precedente il legislatore aveva avuto occasione di estendere espressamente al capoluogo le disposizioni già prima fissate per le frazioni ed è difficile che a così breve distanza avesse dimenticato di fare lo stesso. Inoltre non mancano delle ragioni punto trascurabili che, anche in astratto, consiglierebbero di non permettere al capoluogo la separazione del patrimonio. Anzitutto permettendola potrebbe benissimo darsi che, per effetto necessario, si venisse ad accordarla anche a frazioni che non hanno le condizioni volute dalla legge, cioè la popolazione di 500 abitanti, i mezzi sufficienti e così via. « Oltrechè, ove si tratti di un Comune diviso in molte frazioni, non saprebbesi come applicare la condizione relativa alle relazioni dei luoghi, potendo questa relazione del capoluogo del Comune essere diversissimamente apprezzata secondochè si tratti di una o dell'altra delle diverse frazioni, che costituiscono il Comune. Senonchè questa difficoltà non può avverarsi secondo l'art. 16 (116 della legge attuale), il quale suppone che questa relazione dei luoghi debba esaminarsi sempre rispetto a due sole località, il che non può accadere se non quando dall'una parte sia sempre il capoluogo come termine di confronto con l'altra, cioè con la frazione che domanda la separazione patrimoniale » (1). È stato inoltre osservato come l'istituto della separazione serva solo per difendere le frazioni propriamente dette dalla maggioranza soverchiante del capoluogo insieme alle altre frazioni e che quindi non avrebbe per quest'ultimo ragione di esistere (2).

137. Oltre il caso di separazione di patrimonio che abbiamo esaminato, la legge ne enumera altri che offrono poco campo a discussioni. Quando si procede alla riunione volontaria di due o più Comuni, l'art. 113 dice che « sarà in facoltà de' Comuni che intendono riunirsi tenere separate le loro rendite patrimoniali e le passività che appartengono a ciascuno di essi ». Qui non è luogo a disputare quali criterî si debbano tener presenti in questa separazione, giacchè essa già esiste e non si deve che mantenere. Lo stesso si può dire per il caso della riunione forzata, senonchè allora non è più in facoltà dei Comuni che vengono aggregati tener distinti i relativi patrimonî, ma ciò dipenderà dall'arbitrio dell'autorità governativa. Dice infatti l'art. 114: « *potrà* farsi luogo alle divisioni di patrimonio di sopra indicate nel terzo paragrafo quando così richiedano le circostanze speciali ».

138. Come effetto della separazione di patrimonio dovrebbe costituirsi per la frazione una rappresentanza a lei propria: senonchè, per gravi ragioni amministrative, ciò non è possibile. Abbiamo visto come la personalità di diritto privato dei Comuni sia intimamente connessa a quella di diritto pubblico e come l'una spieghi non poca influenza sull'altra. Si può per ragioni di amministrazione finanziaria tenere obiettivamente distinti i patrimonî della frazione e del Comune, ma subiettivamente, riguardo cioè la persona che deve amministrarli, è necessario che l'unione continui, altrimenti sarebbe pressochè impossibile conservare quell'unità del Comune nel campo del diritto pubblico che l'articolo 116 vuole che sia in ogni caso conservata. Tuttavia quando ragioni di opportunità lo richieggano e, sempre transitoriamente, è possibile che la frazione abbia organi proprî. Di ciò abbiamo a suo luogo parlato: quindi ci limitiamo a dire che ciò può avvenire, a senso dell'art. 127, « quando gli interessi concernenti le proprietà od attività patrimoniali delle frazioni... sono in opposizione a quelli del Comune o di altre frazioni del medesimo » e, a senso dell'art. 129, quando la frazione avesse da far valere un'azione contro il Comune o contro altre frazioni.

139. Un argomento in certo qual modo connesso a quello della separazione del patrimonio, ma che presenta assai

(1) Consiglio di Stato, 11 giugno 1875 (*Legge*, 1875, II, pagina 315). Nel medesimo senso, v. pure Consiglio di Stato, 25 luglio 1885 (*Legge*, 1886, I, 208). Questi due pareri sono stati per equivoco citati dal Mazzoccolo, op. cit., pag. 55, in appoggio dell'opinione contraria a quella che essi difendono realmente.

(2) Giriodi, *Il Comune nel diritto civile*, pag. 17. — Contra: Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*, IV, pag. 115; Saredo, op. cit., pag. 476, n. 2211; Mazzoccolo, op. cit., pagina 55, etc.

scarso interesse scientifico e poco campo a discussioni, è l'altro relativo alla separazione delle spese. Non tutte le spese possono separarsi, ma solo quelle cui acccenna l'articolo 116, e che son tutte obbligatorie: cioè le spese che riflettono le vie interne, le piazze pubbliche, i cimiteri, la istruzione elementare dei due sessi, l'illuminazione, dove sia stabilita, e finalmente le spese di culto. Il Consiglio di Stato ha continuamente ritenuto che quest'enumerazione sia tassativa. Per più larghi sviluppi sull'argomento, rimandiamo senz'altro alla voce **Contabilità comunale e provinciale.**

Titolo III. — Organi.

140. Nozioni generali. — 141. Organi istituzionali e organi burocratici.

140. Come lo Stato, e ogni altra persona giuridica, il Comune ha bisogno di organi, sia perchè abbia una volontà propria, sia perchè questa volontà venga attuata. La posizione che l'organo comunale assume di fronte al Comune è perfettamente identica a quella che l'organo dello Stato conserva di fronte a quest'ultimo. Donde la conseguenza che, se si ammette, come a noi pare che si debba, la necessità di riconoscere la qualità di funzionario dello Stato anche a chi adempie ad un ufficio semplicemente temporaneo e non permanente, uguale principio deve accogliersi riguardo al Comune, non subordinando il concetto generale di organo o funzionario, che dir si voglia, comunale con la maggiore o minore durata dell' incarico ad esso conferito. Possiamo dunque dire ciò che altra volta (1) abbiamo detto per l'organo dello Stato, che, cioè, organo del Comune sia da un lato colui, la cui volontà manifestata con date forme, sotto date condizioni e in una sfera ben delimitata di competenza costituisce o concorre a costituire la volontà del Comune e dall'altro lato colui che è incaricato di eseguire tale volontà, quando essa è diretta al conseguimento di un fine pubblico. Vedremo in appresso l'importanza della limitazione che noi abbiamo cercato di esprimere nella sua forma generale, facendo notare la necessità che la funzione abbia un fine pubblico: la mancanza di un tal fine dà origine a tutta una classe di stipendiati del Comune, ai quali si applicano delle norme giuridiche speciali.

141. Anche per gli organi comunali, come per quelli dello Stato, i tedeschi fanno una distinzione di non lieve importanza sistematica, che essi esprimono dando ad una categoria di organi il nome di organi immediati e ad una altra categoria il nome di organi mediati. Si sogliono anche chiamare i primi rappresentanti ed i secondi impiegati del Comune (2). Questa distinzione corrisponde quasi esattamente all'altra che si suol fare a proposito dei funzionari dello Stato e di cui anche noi ci siamo altrove (3) giovati, fra organi immediatamente ed organi mediatamente partecipi della sovranità. Quando si parla di Comune, non è, giusta quanto abbiamo altre volte detto, a parlarsi di sovranità, ma la distinzione rimane sempre vera, sol che si rifletta alla differenza sostanziale che passa fra quei funzionari comunali che formano la volontà del Comune, che sono dalla legge chiamati a rappresentare, a costituire, diremmo quasi, il Comune medesimo, e quegli altri funzionari che ricevono talvolta il loro incarico, non già direttamente dalla legge, ma dagli altri organi costitutivi del Comune, e che dipendono da questi. Ove altro non fosse, basterebbe a distinguerli in maniera non dubbia, il fatto che i primi sono sciolti da ogni vincolo gerarchico propriamente detto (vedremo adesso in che senso ciò si possa dire) laddove i secondi, soggetti ad una vera e propria subordinazione, non solo alla legge, ma ad altri organi comunali che rappresentano i loro superiori, formano la così detta gerarchia locale. Noi indicheremo i primi col nome di organi *istituzionali*, i secondi col nome di organi *burocratici* del Comune.

Capo I. — Organi istituzionali.

142. Organi ordinari e straordinari. — 143. Gli organi istituzionali ordinari e l'autarchia comunale. — 144. La loro nomina. — 145. Segue: il sistema italiano. — 146. Gli organi comunali sono organi statuali. — 147. Rapporto fra gli organi comunali e i comunisti. — 148. Riunione di più Comuni relativamente agli organi. — 149. Organi straordinari. — 150. I controlli del Comune: rinvio.

142. Gli organi istituzionali alla lor volta si suddividono in ordinarî e straordinarî. Ordinarî sarebbero coloro che per l'attuale ordinamento sono al Comune necessarî, tali cioè che senza di essi l'Amministrazione comunale non potrebbe compiere gli incarichi ad essa affidati e che funzionano permanentemente o almeno periodicamente, con intervalli fissati dalla legge. Straordinarî sarebbero invece quegli organi che solo in dati momenti, per lo più eccezionali, son chiamati a disimpegnare alcune funzioni del Comune, che, appena ristabilito lo stato normale, vengono meno del tutto, e che, il più delle volte, è possibile che si astengano dalle funzioni medesime o non vi siano chiamati. Tali sarebbero: il regio commissario, gli attori popolari, le Autorità governative, che si sostituiscono alle comunali in caso di omissione per parte delle medesime nel disimpegno delle incombenze loro affidate, i rappresentanti delle frazioni in caso di opposizione d'interessi e così via.

Gli organi istituzionali ordinari sarebbero anzitutto gli elettori delle Autorità comunali elettive e in secondo luogo quelli che enumera l'articolo 112 della legge, cioè, il Consiglio, la Giunta e il sindaco Noi non possiamo occuparci singolarmente delle persone che son chiamate a coprire tali ufficî, delle loro attribuzioni, dei loro obblighi, del modo con cui funzionano; tutto ciò forma obietto di altre voci (4): dobbiamo per conseguenza limitarci ad alcuni principî generalissimi o ad essi comuni, solo in quanto ciò è necessario perchè si abbia nel suo complesso la nozione di organo comunale.

143. Abbiamo già detto come gli organi istituzionali ordinarî non siano soggetti ad alcuna subordinazione gerarchica verso l'Autorità governativa; e da ciò si vede quanta importanza abbiano relativamente al concetto di autarchia comunale, le norme che ad essi si riferiscono; il più delle volte anzi tali organi, vengono designati, anzichè col nome di « istituzionali », che noi, per quanto appresso diremo,

(1) V. alla voce **Funzionario.**

(2) Cfr. Löning, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, cit., p. 164; Jellinek, *System* cit., p. 176-177; Jolly, *Geemeindeorgane*, nel *Wörterbuch des deutschen Verswaltungrechts* dello Stengel, vol. I, pag. 518; etc.

(3) Loco cit. - Cfr. anche Orlando, *Principî di diritto amministrativo*, pag. 47.

(4) V. specialmente le voci **Elezioni amministrative; Consiglio comunale; Giunta comunale; Sindaco.**

abbiamo preferito ad ogni altro, con quello di «autarchici». Abbiamo del resto già osservato come in Italia la questione del decentramento si sia il più delle volte guardata quasi unicamente dal lato della scelta di questi organi, anche nel senso che, solo relativamente ad essi, il legislatore ha fatto il possibile perchè questo decentramento venisse attuato.

Nella scienza poi abbiamo già visto come gli scrittori preferiscono, anzichè indagare la natura del rapporto autarchico, come avviene in Germania, procedere da un lato alla ricerca di un criterio che esprima con un'unica formola le attribuzioni da affidarsi agli enti locali e dall'altro lato ad esaminare il modo come debbano essere scelte le persone che costituiscono gli organi di essi e le condizioni cui debbono corrispondere. Abbiamo già detto e non intendiamo ripeterci come tali esami non riguardino la nozione medesima di autarchia, ma soltanto i mezzi cui è opportuno ricorrere perchè in pratica essa dia quei risultati che se ne sperano. Così in riguardo agli organi, di cui adesso dobbiamo occuparci, abbiamo visto come, se a torto si attribuisce ad essi tanta importanza da ricavare dalle condizioni loro la definizione stessa di autarchia, pur nondimeno non si può negare che il modo di sceglierli, la posizione che ad essi si attribuisce di fronte all'amministrazione centrale sono problemi gravissimi che toccano molto da vicino il problema del decentramento e che, se interessano meno il giurista, pure non possono essere trascurati dal legislatore. Da questo punto di vista non si può non riconoscere la verità che sta racchiusa nella teorica dello Gneist, che crede condizione essenziale dell'autarchia l'amministrazione per via di funzionari non retribuiti o che non fanno, come vorrebbe fra gli altri, il Meyer, di ciò la loro professione.

Da ogni altro punto di vista bisogna ben guardarsi dal credere, ciò che porterebbe appunto ad esagerare l'importanza degli organi, che l'autarchia sia un rapporto fra questi e il Comune o lo Stato. A suo luogo abbiamo cercato di dimostrare come essa sia invece un rapporto che passa esclusivamente fra il Comune concepito nella sua unità o lo Stato o, meglio, l'amministrazione centrale. Autarchia non importa che i singoli comunisti provvedano da se medesimi ai loro bisogni o per mezzo di loro rappresentanti, ma solo che il Comune si amministri indipendentemente dal Governo. Onde può darsi in astratto che il Comune goda di una perfetta autarchia, senza che nessun comunista sia chiamato alla sua amministrazione.

144. Stabilita così la posizione degli organi comunali di fronte al concetto di autarchia, stabilito a suo luogo questo ultimo, dobbiamo adesso procedere all'esame importantissimo, per quanto non strettamente giuridico, dei mezzi che si debbono adoperare perchè la teoria abbia una buona attuazione pratica. Questi mezzi riguardano principalmente gli organi, le attribuzioni ed i controlli. Adesso dobbiamo occuparci soltanto dei primi.

Ed anzitutto: da chi essi debbono essere scelti? Tale esame si potrebbe compiere così da un punto di vista astratto e generale come dal punto di vista del diritto italiano. I risultati che si ricaverebbero dal primo sarebbero assai incerti, anzi si può affermare che è impossibile stabilire una norma che valga per tutti i luoghi e per tutti i tempi. Nell'Inghilterra, il *selfgovernment*, considerato nella sua originaria e classica purezza, importa che gli organi degli enti locali siano nominati dal capo dello Stato e appartengano tutti ad una specie di nobiltà intermedia. Ciò in altri luoghi, e specialmente nei paesi latini, apparirebbe come la negazione di ogni libertà e autarchia comunale. Non solo la nomina regia verrebbe riguardata come causa di una necessaria subordinazione gerarchica verso il Governo, ma quella appartenenza degli organi medesimi a un dato ceto apparirebbe come il più odioso privilegio di classe e l'offesa più grave a quella democrazia che in essi viene considerata come l'unico ideale politico cui sia lecito mirare. Ne abbiamo visto in Italia un esempio evidente nella nomina del sindaco. In riguardo a quest'Autorità la nomina regia veniva sufficientemente giustificata e resa opportuna, oltre che dalla considerazione che in astratto può darsi benissimo che i funzionari autarchici siano nominati dal capo dello Stato, anche dall'altro fatto che nella legislazione italiana il sindaco, oltre che organo dell'amministrazione comunale, è anche ufficiale del Governo (1): eppure, in nome di quel decentramento che, come abbiamo detto, è la bandiera con cui viene coperta qualunque riforma amministrativa che si crede utile introdurre, essa a poco a poco è dovuta scomparire. In Inghilterra invece la nomina della regina serve soltanto ad indicare che le funzioni esercitate da quei funzionari sono a loro delegate dallo Stato, per mezzo del suo capo, e questo semplice simbolo, mentre è espressione corretta di una teoria che riteniamo vera, e che ivi ha impedito il sorgere di altri principî dottrinari, non è servito menomamente a ribadire subordinazioni e vincoli verso le autorità centrali; il giudice di pace, per esempio, non dipende, com'è noto, che dalla legge e non ha altro controllo che quello giurisdizionale. Ciò perchè la nomina regia cade su persone che appartengono ad una classe in cui la partecipazione alla vita pubblica è divenuta tradizione, e che esercitano le attribuzioni di cui sono investite, non come impiegati stipendiati ma come funzionari onorari, il che serve a renderli indipendenti da qualunque Autorità. Relativamente al diritto inglese dunque, la teorica dello Gneist, che fa consistere i punti cardinali del *selfgovernement* nella mancanza di retribuzione e nella nomina regia, non può non ritenersi vera; invece sembra che lo stesso non possa dirsi quando, come fa lo stesso Gneist (2), s'intende generalizzare tale teorica in modo da farne una regola assoluta.

145. Così, riguardo all'Italia, dei tre modi con cui è in astratto possibile che si proceda alla formazione degli organi comunali, cioè la nomina regia, il privilegio di classe e l'elezione del popolo solo l'ultimo era possibile attuare, come ha acutamente osservato l'Orlando (3). Per modo che è inutile deplorare che il sistema adottato dal legislatore italiano non dia buoni frutti: esso è il solo che, date le condizioni attuali d'Italia, si offriva al legislatore medesimo e a cui si deve ricorrere non già perchè si creda intrinsecamente ottimo, ma per necessaria esclusione degli altri. La nomina regia difatti appariva impossibile per quelle ragioni cui abbiamo di già accennato e che l'ha fatto scomparire del tutto anche per quel funzionario per cui potrebbe in astratto anche sembrare, più che opportuna, necessaria. Da

(1) V. su ciò le eccellenti considerazioni del Malgarini, *Del modo di nominare il capo del Comune secondo la legislazione comparata* (*Archivio giuridico*, pag. 347-412 e specialmente 363, 391, 398).

(2) *Der Rechtsstaat* cit., pag. 161.

(3) *Principî di diritto amministrativo*, p. 150, § 261, e pagina 126, § 308.

un lato quel dottrinarismo sempre prevalente che ravvisa la libertà solo quando la designazione alle pubbliche cariche parte dagli elettori, dall'altro lato innegabili condizioni di fatto che avrebbero senza dubbio reso la nomina regia strumento di indebite ingerenze governative, hanno consigliato l'abbandono di un tale sistema. E meno che mai poteva farsi alla partecipazione alle cariche comunali un diritto spettante a determinate persone di qualche classe speciale, giacchè questa classe, in cui fosse tradizionale tale partecipazione o che almeno ne avesse l'attitudine, mancava e manca anche adesso in Italia. Nè la nobiltà, nè i grandi proprietarî, privi di qualsiasi prestigio potrebbero essere a ciò chiamati. Donde la impossibilità per l'Italia che il decentramento si manifesti come in Inghilterra, quale « una delegazione delle funzioni locali dello Stato alle classi sociali che ne abbiano la capacità necessaria » (1).

Gli organi istituzionali ordinarî del Comune italiano sono: *a*) gli elettori, e son tali tutti i comunisti, tranne alcuni incapaci o indegni; *b*) un Consiglio composto di un numero di persone che varia con la grandezza del Comune (2); esso rappresenta il principale e supremo organo deliberativo del Comune medesimo (3); *c*) una Giunta, le cui funzioni svariate mal si possono ridurre ad una formola, ma di cui si può dire che rappresenta l'organo dell'amministrazione attiva (4); *d*) infine un sindaco. che è nello stesso tempo l'organo capo del Comune e un organo dell'amministrazione centrale. Sono due ufficî che in astratto potrebbero essere affidati a due persone diverse, ma che ragioni d' opportunità consigliano a mantenere riunite in una stessa persona (5). L'unione obiettiva però non importa, nè deve importare alcuna confusione subiettiva. Questa osservazione ci fornisce il passaggio logico ad alcune considerazioni di qualche importanza teorica.

146. Prescindendo dal sindaco, di cui non dobbiamo occuparci espressamente, ma limitandoci a parlare degli organi comunali nel loro complesso ci potremmo rivolgere la domanda se e fino a quando essi debbano considerarsi come organi statuali. Abbiamo già detto come ogni amministrazione autarchica, e quindi anche la comunale, sia in sostanza amministrazione di Stato ed abbiamo accettata l'opinione dello Gneist che le trova il contrapposto solo nell'amministrazione dei ministri, come egli dice, o nell'amministrazione del Governo o gerarchia, come diciamo noi. Da ciò la conseguenza che, anche da questo punto di vista, gli organi comunali debbono considerarsi come organi dello Stato. Diciamo dello Stato, e non del Governo, nonostante che per il diritto italiano, sia alquanto dubbia l'indipendenza di essi anche dall'Amministrazione centrale, specie per quella assorbente facoltà che quest' ultima possiede di sciogliere il Consiglio e per conseguenza far venir meno anche la Giunta ed il sindaco. Ma, a prescindere da ciò, c'è un secondo aspetto, per il quale non può dubitarsi che gli organi comunali siano veri e propri organi dello Stato. Se difatti può dubitarsi di ciò, quando siamo in tema di attribuzioni facoltative di Comuni, ogni dubbio sparisce quando si pensi all'esistenza di una serie numerosa di funzioni che la legge impone ai singoli organi. Allora gli organi immediati del Comune si cambiano in organi mediati dello Stato (6). Possiamo dunque concludere collo Gneist che « tutti i funzionari del *selfgovernment* hanno il semplice carattere di funzionari, tutti i diritti e gli onori, tutti i doveri e la responsabilità dei funzionarî di Stato » (7).

147. In quanto abbiamo detto è pure implicita un'altra considerazione, anch'essa importante. Non è, secondo noi, esatta la teoria secondo la quale gli organi comunali sarebbero i rappresentanti dei comunisti, poichè questi per mezzo dell'elezione darebbero un mandato ai componenti il Consiglio, che alla lor volta delegherebbe alcune funzioni alla Giunta e al sindaco. Siffatta teorica applicata allo Stato, ha dato luogo a tutte quelle obiezioni e polemiche contro il concetto di una rappresentanza politica del popolo che noi non possiamo nemmeno accennare a questo proposito, ma a cui basti il dire che aderiamo perfettamente. Qui vogliamo soltanto notare come mal si trarrebbe profitto dalla nozione di autarchia per sostenere, riguardo al Comune tali opinioni, che, in quanto si riferiscono allo Stato, vengono ordinariamente difese con altri argomenti. Abbiamo già avvertito come un corpo si dice autarchico, non già quando le persone che ne fanno parte sono ammesse direttamente o indirettamente ad amministrarlo, ma solo quando esso nella sua unità è concepito come una persona di diritto pubblico appare indipendente dall'Autorità governativa. Gli organi del Comune rappresentano il Comune medesimo, non già i comunisti, per quanto questi sian coloro che nominano alcuni di tali organi: nomina non importa mandato o rappresentanza di qualsivoglia genere.

148. Ogni Comune per l'ordinamento positivo italiano deve avere quegli organi ordinarî che abbiamo enumerato (art. 112). Tuttavia in astratto sarebbe possibile che due Comuni, pur continuando a rimanere due distinte personalità tanto nel campo del diritto pubblico che in quello del diritto privato, fossero riuniti subiettivamente, nel senso che ad essi fossero comuni così gli elettori, come il consiglio, la Giunta e il sindaco, oppure uno solo di questi organi, specie il sindaco. Si potrà discutere sull'opportunità di tale riunione, come si è fatto nei lavori preparatorî della vigente legge comunale e provinciale, ma par certo che nessuna ragione giuridica si opponga ricisamente ad essa.

149. Poco ci resta a dire a proposito degli organi straordinari degli enti comunali. Il carattere di straordinari ad essi deriva o dal fatto che sono chiamati all'amministrazione del Comune in via eccezionale o provvisoria, o dalla posizione stessa che loro spetta, nel senso che l'esercizio della funzione, limitato ad alcuni casi, è facoltativo semplicemente, in maniera che esiste la funzione che li rende organi comunali, ma non l'incarico che, per regola generale, è necessario perchè si abbia un pubblico funzionario. Appartengono alla prima categoria le Autorità governative che momentaneamente possono essere chiamate a reggere l'amministrazione comunale, cioè quel commissario che, a mente dell'art. 38, deve eseguire le operazioni relative alle liste elettorali non compiute dal sindaco e dalla Commissione comunale entro i termini assegnati dalla legge; in secondo luogo il commissario inviato, a norma dell'art. 193,

(1) Gneist, *Selfgovernment, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England*, § 7.
(2) Art. 118 legge comunale e provinciale.
(3) Orlando, *Principî di diritto amministrativo*, pag. 200, § 350.
(4) Orlando, op. cit., pag. 202, §§ 351-352.
(5) Malgarini, *Del modo di nominare il capo del Comune secondo la legislazione comparata*, loco cit., pag. 367 e segg.
(6) V. Jellinek, *System*, pag. 177.
(7) *Preussische Kreisordnung*, pag. 9.

dal prefetto o dal sottoprefetto per la spedizione degli affari in ritardo; in terzo luogo il regio commissario straordinario, cui, in caso di scioglimento del Consiglio, sono deferite le attribuzioni del sindaco e della Giunta. Alla seconda categoria di organi straordinarî appartengono gli attori popolari. Così, a prescindere dal caso contemplato dall'articolo 109, in cui è data facoltà a qualunque elettore di promuovere l'azione penale, costituendosi parte civile, per i reati elettorali, è assai importante per noi il disposto dell'articolo 129, per cui « ciascun contribuente può, a suo rischio e pericolo, con l'autorizzazione della Giunta provinciale amministrativa, far valere azioni che spettino al Comune o ad una frazione del Comune ». Nè sono da dimenticarsi le azioni popolari che qualunque cittadino può esercitare per la legale formazione delle liste. Molte volte avviene che l'attore popolare eserciti una funzione di controllo: il che ha specialmente luogo quando la sua azione è rivolta contro il Comune. Ciò non fa certo venir meno in esso la qualità di organo straordinario di quest'ultimo, come un'osservazione superficiale potrebbe far credere: sull'interessante e grave argomento non è, com'è naturale, possibile che qui s'insista.

150. Facciamo a questo proposito notare come per solito i controlli nell'amministrazione comunale non sono organi del Comune e perciò non possono trovare qui la loro trattazione: mentre lo Stato è costretto a scegliere in sè medesimo i suoi controlli, per modo che questi si possono senza alcun dubbio dire organi statuali: per il Comune invece avviene che essi sono scelti per regola fuori dell'ente: e più spesso fra le Autorità governative. Tuttavia ciò non è senza eccezione. Può avvenire, difatti, che un controllo sia esercitato dagli stessi comunisti: così avverrebbe se si istituisse quel *referendum* amministrativo, per la cui applicazione in Italia si leva di tratto in tratto qualche voce isolata (1). I comunisti, che sarebbero ammessi all'esercizio del *referendum*, dovrebbero poi considerarsi come veri e propri organi attivi del Comune quando il loro assenso fosse necessario, perchè taluni atti dell'amministrazione acquistassero efficacia o esecutorietà; resterebbero invece dei semplici controlli nei casi in cui ad essi spetterebbe soltanto opporre un *veto* ad alcune deliberazioni comunali di capitale importanza.

Accanto agli organi del Comune ci sono quelli delle frazioni. Questi ultimi però sono sempre straordinarî, in quanto che vengono creati nel caso speciale di opposizione d'interessi fra il Comune e le frazioni e cessano col cessare di questa opposizione. Gli organi ordinarî delle frazioni sono sempre quelli del Comune medesimo.

Capo II. — Organi burocratici.

151. Gli organi burocratici del Comune e gli organi burocratici dello Stato. — **152.** Impiegati e salariati. — **153.** Impiegati: loro nomina. — **154.** Loro stipendio e pensione. — **155.** Cessazione dal servizio: licenziamento e rinunzia. — **156.** Salariati.

151. A poche considerazioni dobbiamo limitarci riguardo agli organi burocratici del Comune, bastandoci notare semplicemente quei punti in cui essi differiscono dagli organi burocratici dello Stato (2). È noto difatti come agli stipendiati del Comune si applichino, fino a che leggi o regolamenti speciali non lo vietino, quei medesimi principî che regolano i rapporti fra lo Stato e i suoi impiegati. Ciò non avviene, come a prima vista si potrebbe credere, per una interpretazione estensiva e analogica, ma per l'identità delle relazioni giuridiche che i principî medesimi sono chiamati, dal legislatore, a regolare. Abbiamo già fatta questa osservazione per gli organi istituzionali ordinarî del Comune e adesso, traendone maggiori conseguenze pratiche, la ripetiamo per gli organi burocratici. Ciò, del resto, è una verità riconosciuta oramai da tutti gli scrittori tedeschi, i quali chiamano appunto funzionarî dello Stato *mediati* quelli dell'amministrazione autarchica (3). Il che non solo ha una importanza teorica, secondo noi, grandissima, in quanto che serve ad esprimere l'intima connessione che passa fra il Comune e lo Stato, e a ribadire il giusto concetto di autarchia, ma corrisponde anche alla realtà delle cose che altrimenti apparirebbe come una anomalia inspiegabile. Un esempio chiarirà all'evidenza tutto ciò. Nella nomina, nel licenziamento, nella sorveglianza disciplinare del maestro elementare i poteri del Comune sono, più che limitati, resi illusorî dall'ingerenza governativa, che non solo sorveglia ma ha avocato a sè buona parte di questi poteri. Per modo che si è arrivati al punto che non si sa se il maestro sia un impiegato comunale o governativo (4).

152. Gli organi burocratici del Comune si distinguono in due grandi categorie, i limiti delle quali sono, a dir vero, un po' incerti, ma che tuttavia hanno dei caratteri distintivi molto spiccati e i cui effetti pratici non sono affatto trascurabili. La prima categoria sarebbe costituita dagli impiegati propriamente detti, la seconda dai salariati. Questi ultimi si distinguono dai primi in quanto sono adibiti ad opere manuali che danno loro il carattere di veri e propri *inservienti*, non dissimili da quelli che ciascun privato può tenere al suo servizio. Secondo noi, si dovrebbe anche richiedere come condizione essenziale perchè ci sia un salariato che l'ufficio che egli presta non sia per sua natura pubblico, di quelli cioè che il Comune disimpegna nella sua qualità di organo dello Stato, fornito di supremazia. Invece pare che l'indirizzo predominante nelle decisioni del Consiglio di Stato sia quello di fermarsi al carattere manuale o intellettuale dell'opera che si compie; da ciò la classificazione fra i salariati anche delle guardie municipali (5), dei pompieri (6), delle guardie daziarie (7), e così via.

(1) V. sulla questione Galileo Crivellari, *Il « referendum » nella Svizzera e la sua introduzione nel diritto amministrativo italiano* (*Archivio giur.*, vol. XXXIV, 1885, pag. 377); Coppi, *Il « referendum » nell'amministrazione locale* (*Rass. di scienze soc.*, IX, I, 336); *La nozione scientifica del « referendum » amministrativo* (*Id.*, IX, II, 592). — Cnfr. anche il recentissimo libro del Lacava, *La finanza locale in Italia*, Torino, Roux, 1896, dove si trovano acute, se non sempre accettabili, osservazioni in proposito.

(2) Per il segretario comunale v. la voce speciale **Segretario comunale**.

(3) Abbiamo fra di essi citato il Löning, il Jellinek, il Jolly, cui si possono anche aggiungere il Bornhak, *Rechtsweg*, nel cit. *Wörterbuch des d. Verwaltungsrechts* dello Stengel, § 5, e Harseim, *Beamte*, *ivi*, § 1. Vedi anche Giriodi, *Il Comune nel diritto civile*, pag. 311 e 370.

(4) Cfr. Giriodi, *Il Comune nel dir. civ.*, pag. 318-319, § 399.

(5) Consiglio di Stato, 22 febbraio 1878, 23 luglio 1881, 12 gennaio, 2 febbraio e 19 giugno 1883; 18 agosto 1887 (*Man. degli amm.*, 1878, pag. 101; 1881, pag. 333; 1883, pag. 203, 282, 351; 1888, pag. 140; cit. dal Mazzoccolo, op. cit., pag. 305).

(6) Consiglio di Stato, 27 giugno 1879 (*Man. degli amm.*, 1879, 263).

(7) Consiglio di Stato, 19 luglio 1873 (*Man. degli amm.*, 1873, 365).

153. Gli impiegati propriamente detti poi si dividono in impiegati di concetto, che sarebbero quelli che le Autorità comunali possono nominare fra le persone che credono più idonee, senza alcun vincolo fissato da leggi o regolamenti generali, e in impiegati che potremmo chiamare di carriera, per i quali le leggi, specie la comunale e provinciale, hanno delle disposizioni che il Comune è obbligato a rispettare. Questi ultimi impiegati, oltre che il segretario comunale, sarebbero i maestri elementari, l'esattore e il cassiere, i medici condotti e le levatrici, l'ufficiale sanitario comunale.

Riguardo alla nomina degli impiegati comunali in genere suole essere competente il Consiglio comunale (1): non è però escluso che essa debba essere compita da Autorità estranee al Comune, come il prefetto per l'ufficiale sanitario, od anche sottoposta all'approvazione di qualche altra Autorità o da questa circoscritta in varî modi: come avviene pei maestri elementari. È poi ammissibile che per alcuni impiegati si richieda un periodo di prova (2), dopo il quale possono essere confermati nell'ufficio o anche licenziati, sia a libito dell'Amministrazione, sia soltanto quando si siano mostrati incapaci o negligenti, e per mezzo di una disdetta data in tempo congruo.

154. Anche lo stipendio viene per regola fissato dal Consiglio, il quale però è limitato nei suoi poteri dalle disposizioni che eventualmente si possono trovare nelle leggi speciali e che determinano il *minimum* di alcuni stipendî. Per le pensioni pare che, a differenza degli impiegati governativi, i quali per regola generale vi hanno diritto, gli impiegati comunali non possano pretendervi. Non è forse possibile trovare una spiegazione soddisfacente di tale eccezione, chè così può chiamarsi. Del resto può avvenire che il Comune sia obbligato a corrispondere ai suoi impiegati la pensione in virtù di leggi e regolamenti speciali o di antiche concessioni. Forse, sancendo il principio generale che gli impiegati comunali non hanno, per questo semplice loro titolo, diritto a pensione, si è voluto dare facoltà ai Comuni di esplicare su tale materia la loro attività regolamentare, lasciandoli liberi di proporzionare alle proprie forze economiche le loro obbligazioni. Ciò che muove anche dall'idea latente, ma molto diffusa, che i rapporti fra il Comune e i suoi impiegati abbiano un carattere molto più contrattuale che non quelli fra gli impiegati dello Stato e lo Stato medesimo e che quindi sia possibile regolarli come alle parti contraenti sembri più opportuno, con minore riguardo a quegli interessi d'ordine pubblico che nell'amministrazione diretta dello Stato sono più convenientemente riguardati. Va da sè che quando il Comune si è obbligato mediante regolamenti da esso emanati o anche con delle speciali pattuizioni coi singoli impiegati, questi avranno diritto alla pensione. Solo si può far questione se tali regolamenti municipali abbiano efficacia solo per gli impiegati nominati dopo la loro emanazione o abbiano anche effetti retroattivi. Per i maestri, la legge 23 dicembre 1888 ha fissato delle apposite norme, creando un istituto speciale, il Monte delle pensioni.

Questi i diritti: riguardo ai doveri degli impiegati comunali poco c'è da osservare, in quanto che essi sono sostanzialmente identici a quelli degli impiegati dello Stato, consistono, cioè, nell'obbedienza verso il superiore gerarchico, nella fedeltà, nella responsabilità così civile che penale e disciplinare. Riguardo a quest'ultima è opportuno notare che la relativa sorveglianza viene qualche volta esercitata, come nel caso già ricordato dei maestri, da Autorità estranee al Comune.

155. Ci resta ad accennare alla facoltà di licenziare gli impiegati che spetta all'Amministrazione comunale. In alcuni casi tale facoltà è grandemente limitata dalle leggi, tanto che in un certo senso si può dire che ci siano degli impieghi comunali aventi carattere se non di inamovibilità, certo di stabilità, per modo che quel medesimo Consiglio comunale che li ha nominati non può licenziarli senza speciali garanzie, che per lo più consistono in un'approvazione o anche in un semplice parere d'un'Autorità tutoria o di un corpo consultivo. Tale è, per esempio, il caso dei medici condotti (3). Generalmente, però, il Comune può licenziare quando vuole i suoi impiegati, senza essere tenuto ad altri limiti che quelli derivanti dalle convenzioni speciali, stabilite sia nell'atto di nomina sia nei regolamenti generali, sia in capitolati appositi, sia finalmente nel programma del concorso dietro il quale la nomina ebbe luogo.

Quando uno di questi patti sia stato violato, allora non sembra dubbio che si possano adire i tribunali ordinarî, giacchè l'impiegato ha un vero e proprio diritto all'impiego. Nemmeno si possono addurre dall'Amministrazione in difesa del provvedimento motivi di servizio, o d'economie o di riduzioni d'organici: sembra che anche in tali casi l'impiegato indebitamente licenziato possa pretendere il risarcimento dei danni. La restituzione dell'impiego invece non potrà in nessun caso essere pronunciata dall'Autorità giudiziaria, giacchè essa importerebbe la revoca dell'atto amministrativo che si dichiara illegale.

Quando invece l'impiegato domanda o la revoca del licenziamento illegale per violazione di patti contrattuali o delle leggi, oppure ricorre contro il licenziamento medesimo, in base ad un semplice interesse, allora è competente la Giunta provinciale amministrativa in base agli articoli 1 e 2 della legge 1° maggio 1890. Contro le decisioni della Giunta si può ricorrere alla quarta Sezione, per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge (art. 19 medes. legge). Come si vede, i limiti della competenza fra l'Autorità giudiziaria e l'amministrativa sono in questa materia determinati da un lato dall'esistenza o meno di un diritto all'impiego, e dall'altro lato dalla domanda dell'impiegato che eserciti l'azione o il ricorso.

Oltre che per licenziamento l'impiegato comunale può cessare dal servizio per sua rinunzia, pur dovendo continuare nell'ufficio fino a che l'Amministrazione non accetti le sue dimissioni. Crediamo però che queste debbano esser sempre accettate dal Comune, salve le conseguenze che possono derivare dalla violazione dei patti contrattuali, e ciò per il principio che nessuno può contro sua voglia essere costretto a servire la pubblica Amministrazione se non nei casi dalla legge previsti.

156. Intorno ai salariati basti il dire che essi sono nomi-

(1) Art. 126 legge comunale e provinciale.

(2) V. lo studio del Porrini, *Il periodo di prova di alcuni impiegati comunali*, Milano 1894 (estr. dal *Filangeri*, 1894).

(3) Articolo 16 della legge 22 dicembre 1888 sulla tutela dell'igiene e della sanità pubblica: « La nomina dei medici e chirurgi stipendiati dai Comuni fatta dal Consiglio comunale, dopo tre anni di prova, acquista carattere di stabilità... Compiuto il triennio, il Comune non può licenziarli se non per motivi giustificati, con l'approvazione del prefetto, sentito il Consiglio provinciale di sanità ».

nati non dal Consiglio, ma dalla Giunta, dietro proposta del sindaco, sebbene il loro salario sia sempre fissato dal Consiglio (art. 126). Sembra che tale competenza, determinata dalla legge all'art. 135, n° 2, sia di assoluto diritto. Lo stesso si può dire riguardo al licenziamento. Come la massima parte degli impiegati, essi possono sempre essere licenziati, quando non esista un patto contrattuale. Contro il licenziamento, illegale o no, si possono sperimentare quegli stessi mezzi cui abbiamo accennato a proposito degli impiegati veri e propri.

TITOLO IV. — FUNZIONI DEL COMUNE.

CAPO I. — Atti amministrativi.

157. Nozioni generali. — 158. Distinzioni degli atti d'impero e di gestione. — 159. Atti di gestione o amministrativi: suddistinzione. — 160. Facoltà regolamentare dei Comuni. — 161. Materia dei regolamenti. — 162. Loro formazione. — 163. Specie. — 164. Provvedimenti amministrativi del Comune. — 165. Carattere delle ordinanze d'urgenza del Comune. — 166. Forme degli atti amministrativi comunali. — 167. Deliberazioni: loro esecutorietà. — 168. Revocabilità di esse. — 169. Altre forme degli atti amministrativi — 170. Rimedi contro gli atti amministrativi del Comune.

157. Dopo aver esaminato per mezzo di quali persone il Comune forma e manifesta la sua propria volontà, è d'uopo accennare brevemente ai principali modi con cui tale volontà per regola si esplica, alle forme che essa suole assumere, in relazione ai diversi obietti cui si dirige e ai diversi subietti da cui promana. È evidente come tale esame costituisca una parte non trascurabile dell'altra indagine circa gli atti amministrativi dello Stato in generale. Questi si possono dividere in due grandi categorie: l'una delle quali comprende gli atti amministrativi compiuti dal Governo, l'altra gli atti amministrativi compiuti dagli enti locali. Noi, in questo luogo, dobbiamo fare a meno di esporre, sia pure sommariamente, i principî generali che regolano l'esplicazione della volontà dello Stato nel campo della pubblica amministrazione (1) e dobbiamo parlare senz'altro degli atti che compie il Comune.

È opportuno innanzi tutto far notare che, come per lo Stato (2), così anche per il Comune manca una classificazione degli atti amministrativi, che sia in ogni sua parte soddisfacente: tentarla qui non è certamente possibile e mal si converrebbe all'indole della trattazione più espositiva che critica. Ci limiteremo quindi ad enumerare le distinzioni che sono più in uso rispettando la terminologia prevalente.

158. In primo luogo è necessario distinguere gli atti d'impero che compie il Comune dagli altri atti che comunemente si dicono di gestione. È noto come tale distinzione dia luogo ad opinioni diverse, che qui non possiamo nemmeno accennare. Chi, per giustificarla, ricorre al fine per cui l'ente comunale agisce, ravvisando atti d'impero quando l'azione ha per movente un pubblico vantaggio, e atti di gestione quando il movente è l'*animus lucrandi* (3); chi afferma che l'unico mezzo di distinguere l'una categoria di atti dagli altri sia quello di esaminare quando essi, obiettivamente considerati, siano di diritto pubblico, quando di diritto privato (4); chi restringe gli atti di gestione a quelli compiuti nell'amministrazione del patrimonio, chiamando questi «atti di amministrazione» e quelli d'impero «atti amministrativi» (5); chi adotta altri criteri ed infine chi tende a fare a meno di tale distinzione o a sostituirne qualche altra, basata specialmente sulla tripartizione dell'attività statuale in giuridica, sociale e patrimoniale (6).

Ad ogni modo, senza entrare in un esame che esorbita dalla nostra sfera, basti il dire che noi dobbiamo restringerci soltanto agli atti d'impero o, meglio, agli atti amministrativi propriamente detti, essendo chiaro che quelli di gestione, cui sarebbe opportuno dare il nome di negozi giuridici, sogliono per lo più assumere le forme proprie degli atti che si compiono fra privati, e presentano perciò poco di caratteristico. Ce ne occuperemo, del resto, implicitamente quando parleremo dell'attività patrimoniale dei Comuni.

159. Gli atti d'impero o, per usare la espressione che sembra più corretta, gli atti amministrativi in senso stretto, si dividono, secondo un'opinione cui possiamo solo accennare, in unilaterali e bilaterali, secondochè per la loro efficacia e validità prescindono o no dal consenso delle persone cui sono diretti. Ad altri invece l'espressione «atti d'impero bilaterali» sembra una *contradictio in adiecto*, per il principio che la sovranità in quanto è tale esclude qualsiasi forma di rapporti contrattuali: la questione è molto complessa e tale da non potersi certamente esaminare a questo proposito. Son note le controversie che da qualche tempo in qua si agitano sull'ammissibilità del contratto di diritto pubblico (7). Ed è del resto parimenti controverso se questi atti amministrativi cui si suol dare il nome di bilaterali, ammesso che tale qualifica sia esatta, debbano considerarsi come veri e propri contratti o come atti collettivi o complessi, che dir si voglia, diversi sostanzialmente da quelli contrattuali (8).

Ad ogni modo, prescindendo dall'esaminare siffatto problema, che presenta un alto interesse scientifico, ma non è specifico al nostro argomento, diremo che gli atti amministrativi che compie il Comune si possono dividere, come quelli dello Stato, in *generali* e *speciali* (9) o, per usare un'altra espressione più tecnica, in *regolamenti* e *provvedimenti*. Occupiamoci per ora dei primi.

160. È un'opinione che viene frequentemente enunciata che al Comune amministrativo moderno non spettino più

(1) V. alla voce **Atto amministrativo**.

(2) Quale per una ragione quale per un'altra, non possono, p. es., servire al nostro scopo le classificazioni di E. Meyer, *Das Verwaltungsrecht* nell'*Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswissenschaft* (4ª ediz.), 1882, pag. 68 e segg., del Löning, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, pag. 242, di G. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, I, § 58; del Bernatzik, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien 1886, pagina 12; del Laband, *Das deutsche Staatsrecht*, I, pag. 687 e segg.; etc.

(3) Così, fra gli altri, il Giriodi, *Il Comune nel diritto civile*, pag. 4-6.

(4) Brondi, *Le pubbliche amministrazioni e la gestione d'affari*, Torino 1895, pag. 94 e segg.

(5) Così il Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, pagine 69 e 143.

(6) V. Orlando, **Contenzioso amministrativo**, in questa Raccolta.

(7) Sull'ammissibilità in genere dei contratti di diritto pubblico, v. Stengel, *Vertrag auf dem Gebiete der Verwaltung*, nel suo *Wörterbuch* cit., II, pag. 701 e segg.

(8) Cfr. Fadda e Bensa, in nota al *Diritto delle Pandette*, del Windscheid, vol. I, parte I, pag. 844; Torino, Un. Tip.-Ed., 1887-99.

(9) Meucci, *Istituzioni* cit., pag. 143.

facoltà legislative e giudiziarie (1). Ciò, a prescindere dalle ultime, deve intendersi, riguardo alle prime, in un senso affatto relativo. Anzi per chi, come noi, ammette che la parola « legge » abbia un doppio significato, l'uno formale, l'altro sostanziale e che, rispetto al primo, sia legge qualunque manifestazione di volontà del Parlamento, rispetto al secondo qualunque norma giuridica avente carattere di generalità, non avrà difficoltà alcuna di ammettere che anche ai Comuni come ad altri corpi od Autorità amministrative, spetti la facoltà di regolare per via di legge taluni rapporti di diritto in quanto a tali rapporti essi possono provvedere, non solo caso per caso, ma per mezzo di norme astratte e generali. Senonchè i Comuni nell'esercizio di tale loro facoltà sono sottoposti a quei medesimi vincoli e limiti cui sottostanno le Autorità governative.

Vale all'uopo la sanzione esplicita dell'art. 279 della legge comunale e provinciale; il quale stabilisce che « son nulle di pieno diritto le deliberazioni prese... sovra oggetti estranei alle attribuzioni del Consiglio » (2).

161. È pressochè impossibile enumerare tutti i regolamenti che i Comuni possono emanare, giacchè sulla maggior parte delle attribuzioni che ad essi spettano tale facoltà può esplicarsi. Non è dubbio che l'enumerazione del n.° 6 dell'art. 126 della legge comunale e provinciale sia soltanto dimostrativa; per modo che, oltre che sui modi di usare dei beni comunali e sulle istituzioni che appartengono al Comune, sull'igiene, sull'edilizia, sulla polizia locale, è possibile che siano emessi dei regolamenti anche sugl'impiegati, sulle scuole, sulle sedute del Consiglio e così via (3).

162. Per solito i regolamenti comunali sono preparati e presentati dalla Giunta (4). Ciò del resto non impedisce che qualunque consigliere e il sindaco possano presentare anche essi qualsiasi regolamento (5). Il Consiglio li discute ed approva (6) con la forma consueta e comune a tutti i suoi atti; e come ogni altra deliberazione, il prefetto li approva, il sindaco li pubblica, li esegue e ne cura l'osservanza, come a momenti vedremo.

163. I regolamenti inoltre si possono dividere in interni ed esterni, secondo che hanno efficacia solo per i funzionari sia istituzionali che burocratici del Comune o anche per i comunisti. Apparterrebbero alla prima categoria i regolamenti, p. es., sulle sedute del Consiglio, quelle che più comunemente diconsi istruzioni agli impiegati, da un certo punto di vista, anche i regolamenti per le pensioni e così via; alla seconda categoria apparterrebbero i regolamenti edilizi, quelli d'igiene, ecc. Ma di tutto ciò alla voce **Regolamenti municipali.**

164. Oltre che in regolamenti, gli atti amministrativi che il Comune compie consistono anche in provvedimenti. Non possiamo qui intrattenerci sull'indole propria di questi atti che, come si sa, ha dato luogo a una serie di dispute, specie fra gli scrittori tedeschi. Ci limitiamo a dire che per essi noi intendiamo quegli atti che son dotati di un carattere di specialità o singolarità che dir si voglia, in antitesi ai regolamenti aventi sempre carattere generale ed astratto: è fuori di proposito andare qui in cerca di altri criteri distintivi che, per lo più, sono o troppo incerti o anche erronei (7). Così fino a che punto sia vera l'opinione messa innanzi dal Laband e da molti altri seguita che il provvedimento oltre che regolare dei casi singoli o anche una somma di casi singoli, come sostiene il Rosin (8), costituisca un vero e proprio *negozio giuridico* (*Rechtsgeschäft*), simile a quelli di diritto privato (9), non possiamo esaminare neppure brevemente.

È impossibile enumerare tutti i provvedimenti che il Comune può emanare e che si possono classificare da molti punti di vista. Così, p. es., si può, col Laband, prendere per punto di partenza il loro contenuto e distinguerli a seconda che consistono in un concedimento (concessioni, autorizzazioni), o in una sottrazione (espropriazioni, limitazioni d'uso, ecc.) (10), sebbene si potrebbe far osservare che così restano fuori le semplici constatazioni o certificati, che dir si voglia. Si può anche badare più che ad altro al se l'Amministrazione abbia la facoltà di emanarli o se invece ne abbia l'obbligo giuridico. Anche noi abbiamo ad altro proposito, e precisamente per determinare i diritti civici dei comunisti, distinto gli atti con cui il Comune *attesta* un rapporto o lo *riconosce,* gli atti con cui *crea* un diritto o ne *permette l'acquisto* od anche il semplice *esercizio.* Ai quali si potrebbero aggiungere gli atti con cui viene *annullato* o *limitato* un diritto, quelli con cui s'impone un *dovere* che prima non esisteva e così via.

I limiti che il Comune ha in questa sua facoltà sono presso a poco i medesimi che abbiamo visto per i regolamenti. Esso può quindi emanare dei provvedimenti che abbiano effetti così nel campo del diritto privato, come in quello del diritto amministrativo *intra* e *praeter legem*, giammai *contra legem*. Tali provvedimenti inoltre, per principio generale assai facile a comprendersi e per tassativa disposizione dell'art. 279 della legge comunale e provinciale, debbono esser presi nei limiti della competenza assegnata al Comune.

165. Accanto agli atti amministrativi ordinari ce ne possono essere anche degli eccezionali, da emanarsi solo quando una speciale urgenza l'impone. Senonchè l'eccezionalità non consiste mai nel contenuto di questi atti, i quali debbono in ogni caso rientrare nelle attribuzioni dei Comuni, ma solo nella forma, in quanto che essi sono emanati da un'altra Autorità che non quella per ordinario a ciò competente: ne diremo quindi qualche cosa a proposito della forma degli atti amministrativi del Comune. Adesso basti il dire che secondo noi gli atti d'urgenza debbono esser sempre dei provvedimenti, aventi un carattere speciale, sebbene possano regolare una serie di casi singoli, ma non possono rivestire la forma di veri e propri regolamenti.

166. Dopo avere, per quanto sommariamente, accennato alla sostanza degli atti amministrativi del Comune è d'uopo intrattenerci un po' sul lato subiettivo o formale di essi, specialmente sulle distinzioni che si ottengono prendendo per punto di partenza l'organo ch'è competente ad emanarli.

---

(1) Vedi, p. es., Giorgi, *Dottrina delle persone giuridiche*, IV, pag. 67.

(2) V. alla voce **Regolamenti municipali.**

(3) *Ibidem.*

(4) Art. 135, n. 7 legge com. e prov.

(5) Consiglio di Stato, 30 agosto 1870, in Mazzoccolo, op. cit., pag. 307.

(6) Art. 126, n. 6. Per i regolamenti in cui si contengono soltanto istruzioni agl'impiegati è competente anche il sindaco.

(7) V. Codacci-Pisanelli, *Legge e regolamento*, pag. 1-5.

(8) *Polizeiverordnungsrecht*, pag. 8.

(9) Laband, *Das Staatsrecht des d. Reiches*, I, pag. 690.

(10) Op. cit., I, pag. 691.

Innanzi tutto si suol dare il nome di « deliberazione » agli atti emanati dal Consiglio e anche dalla Giunta; invece gli atti compiuti dal sindaco si sogliono designare col nome di « ordinanze », se riguardano i comunisti, e contengono delle limitazioni; se invece hanno per obiello una concessione o un accertamento, allora prendono diversi nomi, a seconda dei casi, cioè concessioni, autorizzazioni, certificati, diplomi e così via. Quando poi sono diretti soltanto ai funzionari, allora possono aversi delle « istruzioni », degli « avvisi », o anche semplicemente dei « comandi » o « ordini », se dati a voce. Si tenga del resto presente che in questa terminologia unico regolatore è l'uso, che, come si sa, è soggetto a delle eccezioni e variazioni che non hanno del resto eccessiva importanza. I regolamenti debbono sempre essere obietto di una deliberazione; invece i provvedimenti possono, a seconda dei casi, prendere la forma di deliberazioni o ordinanze; per modo che si hanno deliberazioni-regolamenti, deliberazioni-provvedimenti, ordinanze-provvedimenti, giammai ordinanze-regolamenti. Per modo che ogni questione di competenza può solo farsi in materia di provvedimenti: il vedere quando sia competente l'una quando l'altra Autorità importerebbe l'esame delle attribuzioni assegnate rispettivamente al Consiglio, alla Giunta, al sindaco, il che esorbita dalla presente voce (1).

A prescindere da ciò, è interessante vedere le forme esteriori che rivestono alcuni, i principali, di questi atti, e quali requisiti essi debbano avere perchè possano ritenersi efficaci, quando diventano esecutivi e così via.

167. E anzitutto delle deliberazioni. Non è qui il caso di esaminare quando esse debbano ritenersi prese legalmente, quale sia il numero, che del resto varia a seconda dei casi, dei consiglieri che debbono votarle, quando debbono essere prese in seduta pubblica o segreta, e così via. La deliberazione deve risultare da un processo verbale steso dal segretario, approvato dall'adunanza (2) e firmato, oltre che dal segretario, anche dal presidente e dal membro anziano fra i presenti (3). Essa deve inoltre essere pubblicata « per copia all'albo pretòrio nel primo giorno festivo, o di mercato successivo alla loro data » (4). Finchè tale pubblicazione non sia avvenuta, l'efficacia della deliberazione viene sospesa. All'incontro come effetto immediato della pubblicazione, si presume che, avvenuta questa, tutti la conoscano (5). Come si vede, per le deliberazioni comunali non vige il sistema che dal nostro legislatore è stato adottato per le leggi, le quali diventano obbligatorie solo qualche tempo dopo la loro pubblicazione. Tuttavia le deliberazioni municipali non diventano esecutive se non quando il prefetto, cui debbono trasmettersi i verbali di esse per l'esercizio della tutela legale, le abbia approvate o almeno non siano trascorsi quindici giorni senza che non siano state sospese (6). Quando poi le deliberazioni sono di quelle che vanno sottoposte all'approvazione della Giunta provinciale amministrativa (7) o di qualche altra Autorità, allora deve aspettarsi anche quest'altra approvazione prima che si possano eseguire.

Quando però si tratta di deliberazioni d'urgenza, allora esse diventano immediatamente esecutorie, se « la maggioranza di due terzi dei votanti dichiari che vi è evidente pericolo o danno nel ritardarne l'esecuzione » (8). Può avvenire anzi, sempre quando si verifichi tale urgenza, che non vi sia tempo di convocare il Consiglio e la causa della deliberazione sia posteriore all'ultima adunanza consiliare, che la deliberazione medesima che dovrebbe prendere il Consiglio sia presa dalla Giunta sotto la sua responsabilità e con l'obbligo di ottenerne la ratifica nella prima adunanza consiliare (9). In materia poi di edilità e polizia locale, quando il Consiglio non abbia emanato in proposito dei regolamenti o questi non provvedano a qualche caso speciale, spetta al sindaco, nella sua qualità di ufficiale del Governo, « fare i provvedimenti contingibili ed urgenti di sicurezza pubblica » (10). Sembra però, per come abbiamo già detto, che la sostituzione del sindaco al Consiglio non possa arrivare fino ad emanare lui stesso dei regolamenti generali, giacchè la legge parla soltanto di « provvedimenti contingibili » (11).

La cura di eseguire e di provvedere all'osservanza di tutte le deliberazioni prese dal Consiglio e dalla Giunta appartiene al sindaco, quale capo dell'amministrazione comunale (12), cui, in special modo, spettano le facoltà di organo esecutivo.

168. Le deliberazioni comunali possono sempre revocarsi? Il principio generale è che qualunque atto amministrativo può, anche senza essere sostituito da un altro, annullarsi dalla medesima Autorità da cui emana. Tuttavia nell'applicazione di tale principio bisogna andar cauti. Quando si tratta di regolamenti, allora non è dubbio che essi sono revocabili ad ogni momento dal Consiglio medesimo che li ha emanati, ma con la stessa procedura stabilita per la loro formazione (13). Lo stesso non può dirsi dei provvedimenti. Quando questi sono stati presi con l'intenzione d'introdurre un limite o d'imporre un dovere, allora, anche se a tale limite o a tale dovere corrisponde un indiretto vantaggio dei terzi, sono anch'essi revocabili; quando invece lor scopo è stato il concedimento di qualche utilità, allora bisognerà vedere se si è con essi creato un diritto subbiettivo non solo, ma se questo diritto sia assoluto e non condizionato, in determinati casi, alla volontà stessa dell'amministrazione che l'ha fatto sorgere. Anche in tali rapporti del resto, sembra che la deliberazione sia talvolta revocabile, salvo il risarcimento dei danni. Nè si deve in ultimo dimenticare, in una questione che è così complessa e delicata e che richiederebbe una trattazione apposita, che spesse volte le deliberazioni assumono carattere contrattuale, nel senso che con esse sono votati ed approvati dei veri e propri contratti, per i quali debbonsi applicare le norme del diritto comune.

In generale vige dunque il principio che le deliberazioni possono essere revocate o anche modificate. Ciò può avvenire sia implicitamente che esplicitamente, ne più nè meno come per le leggi. Quando però si tratta di deliberazioni esecu-

(1) Vedi le voci **Consiglio comunale, Giunta comunale, Sindaco.**
(2) Art. 276 legge com. e prov.
(3) Art. 278 *ib.*
(4) Art. 123 *ib.*
(5) Consiglio di Stato, 18 marzo 1881, citata da Mazzoccolo, op. cit., pag. 294.
(6) Art. 191 legge com. e prov.

(7) Art. 194 legge com. e prov.
(8) Art. 191 *ib.*
(9) Art. 136 *ib* — Vedi alla voce **Provvedimenti amministrativi.**
(10) Art. 151 *ib.*
(11) Vedi l'opinione contraria in Mazzoccolo, op. cit., pag. 346.
(12) Art. 149, n. 4 e 6 legge com. e prov.
(13) Consiglio di Stato, 27 gennaio 1888 (*Legge*, XXVIII, I, 683)

torie, allo scopo principalmente di evitare dimenticanze deplorevoli, le modificazioni importanti la revoca si avranno come non avvenute, ove non se ne faccia espressa e chiara menzione (1).

Le deliberazioni comunali inoltre possono essere annullate, entro il periodo di trenta giorni, dal prefetto, per motivi d'illegalità (2).

169. Oltre che la forma di deliberazioni, i provvedimenti amministrativi dei Comuni possono anche, come abbiamo detto, rivestire altra forma, il che avviene quando essi siano emanati dal sindaco o da qualche altra Autorità che non deliberi in collegio. Allora, purchè si faccia conoscere in maniera chiara ciò che si comanda, è ammissibile qualunque forma di manifestazione. Per lo più le ordinanze del sindaco vengono pubblicate per mezzo di pubblici proclami, ma non sono esclusi, come abbiamo detto, gli ordini impartiti a voce, o anche per mezzo di segni: così lo sbarramento di una strada, mediante una barriera od una pertica può importare il divieto di passarvi (3).

Quando poi il provvedimento si dirige a persone singolarmente determinate, allora è necessario per la sua efficacia che esso venga notificato a tali persone. Ciò viene implicitamente riconosciuto dalla nostra legge comunale e provinciale allorquando statuisce il termine infra il quale si può ricorrere contro l'atto amministrativo che si ritiene illegale (4).

Molto diverso, com'è del resto ovvio, dalla notifica è il *rilascio* dei certificati o attestati che dir si voglia che il sindaco è obbligato ad emettere a senso specialmente degli articoli 149, n. 8, e 152. La notifica è atto che si compie per iniziativa dell'Autorità, il rilascio avviene dietro la richiesta dei comunisti: tuttavia negli effetti si può ritenere che coincidano in parecchi casi.

Simile alla notifica è l'*avviso* che può esser dato dal sindaco o anche da altre Autorità comunali: così, per esempio, quello che la legge richiede per la convocazione dei consiglieri, deve esser fatto per iscritto e la consegna dovrà risultare da dichiarazione del messo comunale (5). Tuttavia la notifica presuppone un atto amministrativo diverso da essa e emanato il più delle volte da Autorità diversa da quella che ne ordina la notifica medesima, laddove all'avviso è incorporato l'atto e la relativa notifica.

170. Quali sono i rimedî che si possono sperimentare contro gli atti amministrativi del Comune? Si può rispondere: quelli che in genere sono ammessi contro gli atti amministrativi di qualunque Autorità. Per conseguenza si potrà contro di essi ricorrere all'Autorità giudiziaria, quando si lamenta la violazione di un diritto. Si può inoltre ricorrere in linea di giustizia amministrativa al re come rimedio straordinario e finalmente, nei casi previsti dalla legge del 1890 e da quella del 1889, alla Giunta provinciale amministrativa e alla IV Sezione. Molte e difficili questioni sorgono allorquando si tratta di determinare i limiti di queste diverse competenze: a noi basta accennare il principio generale che tutti i rimedî amministrativi e giurisdizionali possono senza eccezione sperimentarsi contro gli atti del Comune.

CAPO II. — Controlli.

§ 1. *Generalità.*

171. Necessità dei controlli. — 172. Varie specie di controlli: giurisdizionale, contenzioso, azione popolare. — 173. Controllo giuridico ed amministrativo. — 174. Controllo ed ingerenza governativa. — 175. Scioglimento del Consiglio comunale: rinvio.

171. Che ad ogni atto amministrativo che non sia compiuto dal Parlamento possano, anzi debbano corrispondere dei controlli, oltre che principio di una buona politica amministrativa, è anche un precetto di diritto. Si può disputare se sia opportuno o possibile questo o quel controllo, ma è indubitabile che il riconoscere in ogni caso piena efficacia agli atti amministrativi, presumendoli *iuris et de iure* conformi ai precetti di diritto e agli interessi dell'amministrazione e perciò insindacabili, non è compatibile col concetto di Stato moderno. Quando difatti ci siamo trattenuti sulla nozione del Comune, abbiamo più volte sostenuto che esso non può considerarsi come un ente fornito di sovranità propria e completa: lo Stato può dare delle norme entro le quali l'attività dell'amministrazione comunale deve muoversi e può, com'è naturale, sorvegliare sulla esecuzione e l'adempimento di queste norme. Ove non fosse altro, poichè esiste una legge comunale e provinciale, debbono necessariamente esistere dei controlli che curino l'ubbidienza ad essa: altrimenti il precetto della legge resterebbe sottoposto al libito e all'arbitrio del Comune medesimo.

Da ciò la conseguenza evidente di per sè stessa che al concetto dell'autarchia comunale non contradice punto l'esistenza dei controlli, nonostante che il modo con cui essi talvolta funzionano può trovarsi in urto coi principî fondamentali dell'autarchia medesima. Il modo poi con cui tali controlli sono costituiti, le persone che ne fanno parte, la loro dipendenza o meno da altre Autorità riguardano molto da vicino il lato politico del problema del decentramento amministrativo (6). Ma di tutto ciò sarà detto più diffusamente innanzi, a proposito dei varî rapporti che si stabiliscono fra l'Amministrazione diretta dello Stato e quella comunale per mezzo dei singoli controlli che la prima esercita sulla seconda. Per ora a noi interessa di stabilire con più precisione, distinguendolo da altri affini, il concetto di controllo amministrativo nelle sue attinenze col diritto comunale.

172. In senso largo, controllo sarebbe il confronto di un atto con la norma che lo regola o con la sua corrispondenza al fine. È tuttavia opportuno distinguere le varie specie di controlli cui gli atti amministrativi possono andar soggetti.

E in primo luogo, il controllo può essere provocato dal semplice cittadino, in quanto l'atto del Comune leda un suo diritto o un suo interesse. Nell'un caso avremo così un controllo giurisdizionale che, per diritto italiano, sarà esercitato almeno, per regola generale, dai magistrati ordinarî; nell'altro caso avremo un controllo che può anche essere contenzioso e che si esplica nei modi che i principî in Italia vigenti in materia di giustizia amministrativa consentono anche relativamente agli atti delle altre pubbliche amministrazioni: ciò che del resto abbiamo poco fa accennato.

Senonchè molte volte può avvenire che il Comune, come

(1) Art. 272 legge com. e prov
(2) Art. 191 *ib.*
(3) Cfr. in proposito Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, I, 695.
(4) Art. 298 legge com. e prov.
(5) Art. 120 *ib.*
(6) V. la nostra memoria sulla voce *Decentramento amministrativo*, nell'*Enciclop. giur. it.*, n. 61 e 62.

qualsiasi altro ente o ufficio pubblico, amministri senza che ai privati ne venga alcun utile o danno immediato e concreto, per modo che essi non possono provocare, perchè sforniti di titolo, nè il controllo dei tribunali ordinari, nè quello delle Autorità competenti a decidere delle controversie in materia d'interessi semplici o anche legittimi. Ne verrebbe che, ove non si provvedesse altrimenti, buona parte degli atti compiuti dal Comune resterebbe senza controlli, per modo che essi potrebbero, nella maggior parte dei casi, venir compiuti anche con gravi violazioni della legge e degli interessi dell'amministrazione comunale medesima. Da ciò la necessità di uno speciale congegno di organi che abbiano per funzione la sorveglianza e la tutela, per usare due espressioni comuni, degli enti locali.

All'uopo si potrebbe anzitutto conferire ai cittadini in generale, ed ai comunisti in ispecie, il potere di impugnare un atto del Comune dinanzi l'Autorità competente, non solo quando un suo diritto o interesse ne fosse leso, ma anche quando una norma obiettiva di diritto, e in taluni casi, anche un precetto di buona amministrazione fosse stato trascurato o male applicato. L'azione popolare così concepita rivestirebbe allora la forma di un vero controllo amministrativo, della cui efficacia pratica si può disputare, ma che, ad ogni modo, manterrebbe tale carattere: il cittadino, in tal caso, dovrebbe esser considerato come un organo del Comune medesimo, il cui atto impugna, e la sua funzione, che egli eserciterebbe per diritto subiettivo, sarebbe funzione eminentemente pubblica.

Ma di ciò abbiamo a suo luogo parlato. Qui ci basti di ricordare come il diritto italiano escluda tale controllo, tranne in casi eccezionali, fra i quali, relativamente all'amministrazione comunale, giova rammentare quelli in cui il cittadino può reclamare contro qualsiasi indebita iscrizione, cancellazione, diniego di iscrizione o omissione di cancellazione fatta nelle liste elettorali amministrative (1). E, a suo rischio e pericolo e con l'autorizzazione della Giunta provinciale amministrativa, può far valere azioni che spettino al Comune o ad una frazione del Comune (2).

Nè si può dire dal nostro diritto esclusa l'azione popolare correttiva dell'amministrazione comunale; qui l'idea del controllo si ravvisa evidentemente meglio che altrove; i rappresentanti del Comune possono difatti in tal modo venir dichiarati in colpa verso il Comune medesimo, che male amministrarono (3).

Ad ogni modo, anche ammessa l'azione popolare in tutti i casi possibili e contro tutti gli atti del Comune, non sarebbe certamente a sperare dalla diligenza dei singoli cittadini, quella sorveglianza minuta, continua ed immancabile che pure è necessaria. Donde il bisogno di creare degli appositi organi con la funzione speciale di esercitare tale controllo. A prescindere dal modo con cui essi possono essere costituiti, ciò che vedremo in seguito, per ora c'interessa conoscere quali fini essi si propongono.

173. Innanzi tutto, poichè le leggi e i regolamenti generali contengono delle norme cui il Comune nell'esercizio della sua attività deve uniformarsi, il controllo può limitarsi al semplice riscontro degli atti comunali con le norme che li regolano, impedendo le violazioni di legge di qualsiasi natura: avremo allora un controllo assai simile a quello che si esercita per iniziativa dei privati, il cui diritto è stato violato, sebbene la maniera di funzionare possa essere del tutto diversa, come appresso vedremo. In ogni caso si avrà sempre un controllo che si può chiamare legale o anche giuridico.

Senonchè, per varie ragioni che a suo luogo svolgeremo, alcune relative a condizioni transitorie ed eccezionali, altre fino a un certo punto teoriche, si può sentire la necessità di sorvegliare gli enti comunali, nel senso d'impedir loro, non solo di violare le leggi, ma anche di compiere atti dannosi all'amministrazione dell'ente medesimo. Il che prevedeva la definizione del Codacci-Pisanelli già da noi ricordata, quando dava il nome di controllo anche al riscontro di un atto amministrativo con « la sua corrispondenza al fine ». Si tratta di assicurare, vedremo in che modo, che il Comune non si serva dei diritti o dei poteri conferitigli per tutt'altro scopo che non sia fra quelli consentiti dalle leggi, di fare in modo che non siano dimenticati, oltre che i precetti giuridici, anche quelli tecnici ed economici o di semplice convenienza. In questo caso si tratterà quindi di un controllo che potremo chiamare amministrativo, o, come si suol dire, economico.

Quali poi siano le forme che questi due controlli assumono, quali effetti spieghino relativamente agli atti del Comune su cui si esercitano, il loro carattere giuridico, vedremo a momenti: adesso c'importa notare la differenza che passa fra due concetti che troppo spesso vengono nell'uso volgare confusi fra loro: quello di controllo e l'altro d'ingerenza dello Stato.

174. In primo luogo si potrebbe fare osservare come non sempre e non necessariamente il controllo sia un'ingerenza dello Stato in genere e governativa in ispecie. Dato difatti che esso sia interno, esercitato cioè da organi del Comune medesimo, il che è possibile e anche desiderabile che avvenga relativamente al controllo amministrativo, noi non avremo alcun rapporto fra l'amministrazione comunale e l'amministrazione diretta. Ma, anche a prescindere da ciò, resta sempre vero che il concetto di ingerenza è sempre più largo che non quello di controllo. Ed invero lo Stato si ingerisce nella vita comunale non solo sorvegliandone gli atti, permettendoli, modificandoli, annullandoli, ma anche disponendo del territorio, del patrimonio, del nome del Comune medesimo, senza che tutto ciò possa farsi rientrare nel concetto di controllo, sia pure largamente interpretato. Di queste diverse ingerenze abbiamo, a proposito dei diversi momenti della vita comunale cui esse si riferiscono, parlato, mostrando in quale rapporto stanno con l'autarchia del Comune medesimo. Abbiamo allora visto come il ministro, il prefetto e talvolta la provincia sono chiamati a partecipare a queste ingerenze, sia che si tratti di creare il Comune o di sopprimerlo o di smembrarlo semplicemente, sia che si debba procedere alla rettificazione dei suoi confini, al cambiamento del suo nome, alla divisione del suo patrimonio, alla separazione delle sue frazioni. Nè la personalità pubblica nè la privata sono risparmiate: per quanto nei confini determinati, il più delle volte rigorosamente, dalle leggi, l'autarchia comunale è continuamente sottoposta a dei limiti che dipendono da Autorità spesso governative, qualche volta da enti locali maggiori, cioè dalla provincia. Su basi non

(1) Art. 48, legge comunale e provinciale.

(2) Art. 129 *ib.*

(3) Cfr. parere del Consiglio di Stato, 19 aprile 1893 (*Legge*, 1893, I, 818). — Cfr. anche Saredo, op. cit., III, pag. 247-248, n. 4818

intrinsecamente diverse, ma più limitate e distinte, riposa il concetto di controllo. Esso presuppone il Comune che agisce o non agisce, esso difatti si esercita da una parte sugli atti del Comune medesimo, sia completandoli con la sua approvazione, sia anche autorizzandoli preventivamente. Dall'altra parte si esercita anche sulla mancanza di atti del Comune, quando questi sarebbe obbligato a compierli; nel qual caso agli organi ordinarî dell'Amministrazione comunale l'Autorità tutoria può sostituire altri organi che diremmo straordinari. Ma di ciò sarà detto più diffusamente a suo luogo.

175. Un istituto caratteristico che partecipa della ingerenza e del controllo propriamente detto è quello dello scioglimento dei Consiglî comunali.

Esso difatti si può correttamente definire un controllo, giacchè ha per fondamento la cattiva amministrazione dell'ente sia di fronte ai precetti legislativi sia in relazione alle norme tecniche, politiche, economiche, per modo che sarebbe un controllo giuridico e amministrativo, secondo i casi, spesso anche contemporaneamente. Dall'altra parte, è bene notare che esso non si dirige il più delle volte contro uno o più atti determinati dal Comune, ma contro tutto un andamento o indirizzo della pubblica gestione che si ritiene illegale o dannoso o anche pericoloso per l'ordine pubblico Suoi effetti non sono l'annullamento di una deliberazione o la sostituzione di un organo straordinario agli ordinarî relativamente ad una sola funzione, rimanendo per le altre gli amministratori consueti; ma l'instaurazione, per un determinato periodo, di un regime eccezionale, durante il quale l'amministrazione comunale propriamente detta può dirsi soppressa. Da questo lato è a parlarsi più d'ingerenza governativa che di controllo, intendendo questa parola nel senso ristretto che le abbiamo attribuito. A quest'ordine di idee fa riscontro quella teorica che possiamo chiamare preponderante, secondo la quale lo scioglimento del Consiglio comunale è un atto del potere politico, contro cui non sono ammessi quei rimedî giurisdizionali e amministrativi che contro i controlli propriamente detti la legge concede. Ma di ciò non possiamo occuparci: ci basti avere accennato al grave argomento che trova in altra parte della presente Raccolta la sua trattazione (1).

§ 2. *Controllo giuridico.*

176. Controllo giuridico e controllo giurisdizionale. — **177.** Sistema italiano: il controllo giuridico del prefetto non è giurisdizionale. — 178. Mancanza di rimedî giurisdizionali contro il controllo prefettizio. — 179. Il controllo prefettizio non importa subordinazione gerarchica del Comune. — 180. I limiti del controllo giuridico: *a*) norma scritta; — 181. *b*) violazione, non falsa applicazione, di tale norma; — 182. *c*) deliberazioni non meramente esecutive; — 183. *d*) atto non giurisdizionale. — 184. Controllo sugli atti positivi e sugli atti negativi del Comune. Sospensione delle deliberazioni. — 185. Annullamento di esse: loro immodificabilità. — 186. Approvazione condizionata. — 187. Revocabilità dell'approvazione o dell'annullamento. — 188. Controllo sugli atti negativi del Comune. — 189. Controllo del Ministero sui regolamenti comunali. — 190. Controllo governativo.

176. Abbiamo già accennato al concetto generalissimo di controllo giuridico: il quale, per come abbiamo detto, consiste nel riscontro degli atti del Comune con le disposizioni legislative cui essi debbono ottemperare. Tale riscontro per solito avviene nel modo seguente: «un esemplare dei processi verbali delle deliberazioni dei Consiglî comunali e delle Giunte comunali, escluse le deliberazioni relative alla mera esecuzione di provvedimenti prima deliberati, sarà a cura dei sindaci trasmesso ai prefetti, e rispettivamente ai sottoprefetti, entro otto giorni dalla loro data (2)». «Il prefetto od il sottoprefetto esamina se la deliberazione: 1) sia stata presa in adunanza legale e con l'osservanza delle forme che la legge prescrive; 2) se con essa siano violate disposizioni di legge» (3).

L'Autorità competente dunque ad esercitare il controllo legale è il prefetto. E ciò conforme ai principî generali del diritto e a quelli dell'autarchia comunale?

Innanzi tutto si potrebbe osservare come il riscontro di un atto compiuto da qualsiasi persona con le disposizioni legislative che ad esso si riferiscono implica un giudizio sull'atto medesimo, e quindi un potere che si potrebbe anche ritenere per giurisdizionale se, prescindendo dalle forme con cui esso si esercita, si guarda al suo contenuto, e, in special modo, ai suoi effetti.

Perchè ciò sia, è però necessario che l'atto di cui si giudica ripeta la sua origine da una persona, non importa se individuale o collettiva, se privata o pubblica. Quando invece esso risale ad un ufficio sprovvisto di personalità, allora qualsiasi controllo non sarà mai giurisdizionale; tutto si ridurrà all'applicazione del diritto obiettivo; per modo che si avranno soltanto diversi momenti intimi di una medesima personalità.

Qui dunque si ripresenta in tutta la sua pratica importanza il problema dell'autarchia comunale. Se i Comuni difatti debbono esser considerati come subietti veri e propri di diritto, così nel campo del diritto pubblico che del privato, allora, secondo una teorica che viene non infrequentemente sostenuta, ma che non sembra affatto esatta, i suoi atti potranno anche esser sottoposti a controlli non giurisdizionali, purchè ci sia, superiore anche a questi ultimi, una giurisdizione che definitivamente pronunci il diritto. Se invece il Comune si concepirà come un pubblico ufficio qualsiasi gerarchicamente coordinato con quelli centrali o, in qualsiasi altro modo, rientrante nella amministrazione di Stato diretta, allora il controllo non solo potrà, ma anche dovrà essere esercitato da funzionarî amministrativi, e, per quanto questi possano talvolta adottare le forme e le garenzie del processo, ciò non sarà mai sufficiente a snaturare l'indole del controllo medesimo, che non potrà qualificarsi in nessun caso per giurisdizionale.

177. Quale, in corrispondenza di tale teoria, il sistema adottato dal legislatore italiano? Abbiamo già notato come il funzionario preposto alla tutela legale dei Comuni sia il prefetto, un funzionario cioè che non rientra per la sua stessa natura nell'ordine giudiziario. Ciò tuttavia non sarebbe decisivo, giacchè nulla in astratto vieterebbe che ad esso venisse affidata, relativamente ad un solo ramo delle sue attribuzioni, una competenza giurisdizionale, per modo che lo si potrebbe concepire come un magistrato speciale. Senonchè l'attribuire un tale carattere alla tutela prefettizia sarebbe, stando anche alle disposizioni della legge comunale e provinciale, gravissimo errore. Vero è che essa si esplica nel senso di far rispettare la legge e annullare gli atti che la violano, per modo che da questo lato si riscontrano tutti

(1) V. la voce **Scioglimento dei Consiglio comunale e provinciale.**

(2) Art. 188 legge com. e prov.

(3) Art. 189 *ibidem.*

gli elementi che caratterizzano la giurisdizione. Senonchè, a prescindere dal fatto, non trascurabile del resto, almeno come indizio, della mancanza assoluta delle forme che sogliono accompagnare ogni provvedimento giudiziario, resta sempre vero che il controllo del prefetto non si può dire che escluda qualunque altra pronuncia giurisdizionale che sulla legittimità dell'atto dichiarato già da esso legale possono provocare ad esempio le persone private cui l'atto medesimo si riferisce. Il fatto poi che una deliberazione comunale non diventa mai esecutiva se il prefetto non l'abbia prima controllata e vistata mostra chiaramente, ove altro non fosse, che siamo nel campo dell'amministrazione attiva.

Pure ammettendo difatti — ciò che è assai disputabile — che effetto del controllo giurisdizionale possa anche essere l'annullamento dell'atto, è certo che il conferire ad esso una esecutorietà che prima non avea, malgrado che fosse conforme alla legge, ha il carattere di un completamento dell'atto medesimo che esorbita come è naturale dalla sfera del giudice, il cui cómpito è soltanto quello di dichiarare il diritto e il torto di ciascuno.

178. Senonchè, come abbiamo più volte ripetuto, potrebbe benissimo darsi che, solo che le linee dell'ordinamento italiano fossero alquanto diverse, contro i provvedimenti emanati dal prefetto nell'esercizio del suo controllo giuridico, il Comune potesse far valere dei rimedi dinanzi ai magistrati ordinari, o, se si vuole, speciali, in maniera da dar luogo a quel controllo giurisdizionale che è implicito, per regola cui non mancano delle eccezioni, nel concetto di autarchia: allora la tutela prefettizia altro non sarebbe che una garenzia maggiore della legalità degli atti comunali, della cui utilità si potrebbe dubitare, ma che sarebbe ad ogni modo conforme ai principi più sani e più corretti. Senonchè non può esser dubbio che tutto il sistema del diritto italiano escluda nella maniera più assoluta qualunque azione del Comune diretta contro il decreto prefettizio, che annulla o sospende una sua deliberazione. È questo anzi, come abbiamo visto, uno dei più gravi argomenti cui ricorrono coloro che negano l'autonomia dei Comuni italiani, in quanto che la mancanza dell'azione giudiziaria viene, secondo noi a torto, interpretata come una conseguenza della mancanza di diritti subbiettivi alle relative funzioni (1). Il Comune può anzitutto, contro il decreto di annullamento, ricorrere al Governo del re (2); è però evidente che qui si tratta di un semplice ricorso in via amministrativa, simile a quello che può sperimentare qualunque ufficio anche sfornito di personalità, non già di una vera e propria azione giudiziaria. E nemmeno può, almeno secondo noi, ascriversi tale carattere all'altro ricorso alla IV Sezione che contro il decreto reale può il Comune avanzare. È noto come in tesi generale sia assai discutibile se la competenza della IV Sezione costituisca o meno una giurisdizione. A prescindere dalle altre gravi ragioni che ci fanno inclinare all'opinione negativa, a prescindere anche dalle limitazioni cui tale ricorso va soggetto in base al principio che esso « non è ammesso se trattasi d'atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere esecutivo » (3), resta sempre escluso il diritto di adire la IV Sezione tutte le volte che si sia presentato ricorso al re in sede amministrativa (4). Il che non si può spiegare altrimenti che ammettendo la identità dei due ricorsi, nel senso che così l'uno come l'altro non provocano competenze giurisdizionali, ma soltanto amministrative (5), per modo che sia il caso di applicare il principio *electa una via non datur recursus ad alteram*.

179. Il controllo giuridico dunque, esercitato dal prefetto, non è un controllo giurisdizionale, ma rientra nel concetto di amministrazione attiva. Si dovrà da ciò concludere che il prefetto sia un superiore gerarchico delle Autorità comunali? Noi crediamo di no: il vincolo gerarchico non importa soltanto il potere del superiore di costringere l'inferiore a rispettare le leggi, ma anche il potere di imporgli, mediante circolari, istruzioni, comandi a voce o altrimenti, le norme tecniche e amministrative che egli dovrà rispettare. Anzi, quando la legge non stabilisce, delimitandole chiaramente, le rispettive competenze, allora il superiore può, come generalmente vien ritenuto, sostituirsi direttamente all'inferiore. Tutto ciò non è ammissibile nei rapporti fra il prefetto e il Comune: il controllo del primo sul secondo è un istituto affatto *sui generis*, che rivela in qualche suo punto la confusione dei criteri con cui il legislatore italiano ha proceduto a regolare l'autarchia comunale, ma non può, secondo noi, confrontarsi col potere di sorveglianza che il superiore ha sull'inferiore nella gerarchia. Il che conferma quanto altrove noi abbiamo osservato, dicendo che in Italia il legislatore ha ceduto alle tendenze che reclamano una maggiore indipendenza degli enti locali con delle vere contradizioni, anzi con dei veri errori di diritto che invano lo interprete cerca di eliminare.

180. Procedendo ad un esame più concreto del contenuto del controllo prefettizio, rammentiamo anzitutto che esso, relativamente agli atti positivi del Comune, si restringe ad esaminare se la deliberazione « 1° sia stata presa in adunanza legale e con l'osservanza delle forme che la legge prescrive; 2° se con essa siasi violate le disposizioni di legge » (6).

Una prima questione si potrebbe fare circa i limiti della competenza del prefetto quando la deliberazione comunale anzichè una legge violi un regolamento. Crediamo che la parola « legge », quale è usata dalla disposizione citata, comprenda così le leggi formali come anche le sostanziali non formali, cioè gli statuti da una parte e i decreti-norme dall'altra, e che perciò il prefetto possa col suo controllo colpire anche gli atti che violano i regolamenti generali.

Assai dubbio invece ci sembra, anzi dalla disposizione esplicita e tassativa dell'articolo 189 siamo indotti nell'opinione negativa, se anche la violazione di una consuetudine giuridica, per l'innanzi sempre rispettata, possa dar luogo alla dichiarazione d'illegalità degli atti relativi. Sembra che per evitare in materia così delicata qualunque incertezza che facilmente potrebbe dar luogo ad arbitrii, il legislatore abbia voluto che l'illegalità si limitasse all'inosservanza di norme scritte; e che perciò, per quanto la consuetudine abbia nel nostro diritto pubblico un'importanza non trascurabile, in questo caso non bisogna ad essa riconoscere un'obbligatorietà assoluta, nel senso almeno che il prefetto non può costringere ad osservarla.

Tuttavia si ritiene che non è affatto necessaria una norma tassativa e che, per conseguenza, una deliberazione può essere dichiarata illegale anche quando contravviene ai prin-

(1) Longo, op. cit., p. 390.
(2) Art. 192 legge com. e prov.
(3) Art. 24 legge sul Consiglio di Stato.
(4) Art. 28 legge sul Consiglio di Stato.
(5) Cfr. Longo, op. cit., pag. 335-336.
(6) Art. 189 legge com. e prov.

cipî generali cui s'informa il diritto italiano riguardo alla materia su cui la deliberazione medesima vien presa (1).

181. Un importante limite alla competenza del prefetto in ordine al controllo giuridico sorge dalla distinzione sottilissima e difficile ad applicarsi ai casi pratici, ma ciò nondimeno teoricamente vera tra violazione e falsa applicazione della legge. La prima (per definirla con l'esatta parola del Mattirolo) sarebbe « la *negazione diretta* del precetto legislativo », al contrario « la falsa applicazione sta nell'*erroneità dei rapporti fra la legge e il fatto*. Viola la legge chi apertamente ne disconosce il significato; invece la applica falsamente quegli che, pur ritenuto il vero senso della medesima, la applica a fatti non compresi nella sua disposizione » (2). Si è ritenuto, e giustamente, che il controllo giuridico debba riguardare soltanto alla violazione e non alla falsa applicazione della legge. Se così non fosse, l'indipendenza del Comune verrebbe limitata ancora di più; in ciò si ha, a parer nostro, una nuova conferma del principio che non ravvisa nel controllo medesimo alcun carattere giurisdizionale. Sarebbe difatti impossibile impedire ad un magistrato la sorveglianza sulla retta applicazione della legge alle singole fattispecie, chè anzi questo è il suo còmpito precipuo; laddove impedirne le violazioni e il disconoscimento può anche essere ufficio di altre Autorità.

Una giusta ed evidente applicazione di siffatta distinzione risulta da un esempio molto spesso additato dagli scrittori. Se un Comune, si dice giustamente, interpretando male una disposizione di legge, delibera d'intentare una lite, il prefetto non può annullare tale deliberazione, perchè non si può dire, in base ai principî che abbiamo superiormente esposti, che essa violi la legge. Accanto a questo caso che è di facile soluzione ve ne sono degli altri che si presentano assai dubbi. Così si è domandato se il prefetto possa annullare un bilancio in cui non sia iscritta qualche spesa obbligatoria. Si è ritenuto che ciò non costituisca una violazione di legge e che quindi il controllo giuridico non possa aver luogo. A noi sembra che il non tener conto di un dovere imposto dalla legge costituisca una aperta violazione di quest'ultima. Riconosciamo del resto che per altre ragioni non può ammettersi la competenza del prefetto, esclusa in questo caso da una disposizione tassativa che affida alla Giunta provinciale amministrativa l'allocazione in bilancio delle spese obbligatorie (3). Diverso è il caso in cui il Comune si rifiuta di iscrivere nel bilancio medesimo un suo debito da esso contratto quale persona privata. Non si può dire difatti che con ciò esso violi la legge che prescrive a tutti di soddisfare i propri debiti, giacchè potrebbe darsi che il Comune ritenga di non dover pagare, e in tal caso il solo magistrato può dichiarare il suo errore.

182. Un terzo limite alla competenza del prefetto vien dato dalla disposizione che sottrae al controllo di quest'ultimo « le deliberazioni relative alla mera esecuzione di provvedimenti prima deliberati » (4). È necessario però che si tratti di una esecuzione che, non solo non tolga od aggiunga nulla di sostanziale a quanto precedentemente si era deliberato, ma che nemmeno adotti un metodo ed una forma nuova, nel qual caso il controllo giuridico dovrà esercitarsi anche sulle modalità dell'esecuzione medesima.

183. Il controllo giuridico infine, ed anche questo limite è importantissimo, non ha luogo per tutti gli atti del Comune compiuti in sede giurisdizionale. La ragione ne è evidente. Un atto giurisdizionale non può essere modificato o in qualsiasi altro modo sottoposto che ad un altro atto parimenti giudiziario, e, poichè abbiamo visto che il controllo prefettizio non ha alcun carattere giurisdizionale, si comprende come logicamente debbano ad esso sfuggire quegli atti del Comune che non rientrano nel concetto di amministrazione in senso stretto. Questa è, secondo noi, la vera ragione per cui le deliberazioni che il Consiglio comunale prende sulle questioni di eleggibilità e sui ricorsi contro le operazioni elettorali debbono ritenersi sottratte alla competenza del prefetto (5), non già perchè in tali casi sia impossibile distinguere il giudizio di forma dal giudizio di merito (6): la quale osservazione ha del resto anche il suo valore. Un decreto prefettizio che annullasse una deliberazione presa dal Consiglio nella suddetta materia sarebbe nullo di pieno diritto (7); per modo che il Consiglio non avrebbe, secondo noi, nemmeno l'obbligo di farlo annullare dal Governo del re, ma potrebbe senz'altro considerarlo come inesistente e non tenerne affatto conto (8).

184. Tranne le eccezioni che abbiamo enumerate, il controllo giuridico si esercita su tutti gli atti del Comune. E qui è il caso di distinguere fra atti positivi ed atti negativi, i quali ultimi consistono nell'omissione di provvedimenti che il Comune è obbligato dalle leggi a prendere (9). Nel primo caso il controllo si attua mediante la trasmissione per cura del sindaco al prefetto e al sottoprefetto di un esemplare dei processi verbali delle deliberazioni dei Consigli comunali e delle Giunte comunali (10). Il prefetto o il sottoprefetto può, quando sospetta che ci sia stata qualche violazione di legge, sospendere l'esecuzione della deliberazione con un decreto motivato (11). Siccome però la sospensione ha per iscopo di non far divenire esecutoria la deliberazione medesima, così non vanno soggette a questo provvedimento tutte quelle che non diventano tali se non dopo l'approvazione di qualche altra Autorità all'uopo competente. Inoltre non possono essere sospese le deliberazioni d'urgenza, quando la maggioranza di due terzi dei votanti dichiari che vi è evidente pericolo o danno nel ritardarne la esecuzione: esse diventano in tal caso immediatamente esecutive (12).

185. Oltre che la sospensione, il prefetto, non però il sottoprefetto, può decretare l'annullamento dell'atto viziato d'illegalità (13), dopo aver sentito il Consiglio di prefettura che, in tale materia, ha voto soltanto consultivo.

Un'importante conseguenza del carattere di controllo che riveste tale competenza del prefetto sarebbe la seguente: egli può annullare una deliberazione, ma non può sostituirne ad essa un'altra o anche modificarla: altrimenti egli ver-

(1) Cfr., p. es., Consiglio di Stato, 20 agosto 1889, cit. dal Mazzoccolo, op. cit., p. 414.

(2) Mattirolo, *Istituzioni di diritto giudiziario civile*, Torino 1888, p. 320, nota 2ª.

(3) Art. 196 legge com. e prov.

(4) Art. 188 *ib.*

(5) Cass. Roma, 4 aprile 1879 (sez. un.), *P. M.* in c. *Rocco-Salbitoni* (*Legge*, 1879, II, pag. 247); Consiglio di Stato, 19 novembre 1892, *Ministero dell' Interno* (*Id.*, 1893, I, pag 22); etc.

(6) Saredo, op. cit., III, p. 770, n. 6280.

(7) V. la cit. decis. del Consiglio di Stato, 19 novembre 1892.

(8) V., a questo proposito, la nota dell'Orlando, nell'*Archivio di dir. pubbl.*, V, pag. 367 e segg.

(9) Orlando, *Princ'pî di diritto amministrativo*, p. 215.

(10) Art. 188 legge com. e prov.

(11) Art. 190 *ib.*

(12) Art. 191 *ib.*

(13) Art. 191 *ib.*

rebbe ad acquistare la posizione di un organo, sia pure straordinario, del Comune, laddove non è dubbio che deve piuttosto considerarsi come un controllo esterno, cioè dell'amministrazione diretta dello Stato sull'indiretta. Vedremo fra poco come egli abbia la facoltà di rimediare alla mancanza di un atto del Comune, quando quest'atto è necessario. Qui siamo in un caso affatto diverso, in quanto che abbiamo una deliberazione che può riferirsi a funzioni, così obbligatorie che facoltative del Comune: còmpito del prefetto è vedere se essa è legale, e in caso contrario annullarla, salvo a provvedere negli altri modi dalla legge indicati, quando l'emanazione di un atto illegale può dirsi nei suoi effetti equivalente alla mancanza di provvedimenti che pel Comune debbono ritenersi obbligatorî.

Si ritiene però, e giustamente, che non sia necessario che la deliberazione venga annullata per intero. Può darsi benissimo il caso che l'illegalità si contenga in una parte soltanto di essa che non sia sostanziale alla deliberazione medesima. Così, per esempio, allorquando nel testo delle deliberazioni o dei verbali relativi ci sono delle parole ingiuriose o contrarie alle leggi e alle istituzioni, il prefetto può ordinare la semplice cancellazione di esse (1).

186. Dall'incompetenza del prefetto di modificare l'atto del Comune si può, secondo noi, trarre molta luce sulla nota questione circa la possibilità o meno che si conceda un'approvazione condizionata. Va da sè che noi qui intendiamo contemplare il caso di una condizione vera e propria, che permette l'esecuzione della deliberazione, ma in un modo e in un tempo che dalla deliberazione medesima non risulta, per modo che si possa considerare come un'aggiunta, se non come una modificazione a quest'ultima. Chè se poi si tratta di una semplice avvertenza, di conformarsi nell'esecuzione a questa o a quella legge, a questo o a quel regolamento, allora si tratterà al più di una cosa superflua, cui si potrà applicare il noto aforismo *utile per inutile non vitiatur*. Quando invece si ha una condizione vera e propria, allora si disputa se essa debba considerarsi come non apposta per modo che la deliberazione diventi subito esecutiva; o se debba interpretarsi come un rifiuto di concedere il *visto* per modo che la deliberazione resti annullata. A noi sembra, col Saredo (2), che un'approvazione condizionata non è nè un'approvazione, nè un annullamento, per modo che sia il caso di applicare la disposizione per cui trascorso il termine all'uopo fissato senza che l'annullamento sia seguito, la deliberazione diventa esecutiva (3).

187. Si disputa se il *visto* già concesso possa essere revocato, s'intende, entro i limiti dalla legge stabiliti per l'annullamento. Molto opportunamente si è fatto a questo proposito richiamo al carattere giuridico del controllo prefettizio (4). Esso non è un atto di giurisdizione, per il quale la non revocabilità è la regola cui non si può derogare se non in casi tassativi, ma un atto d'impero, per il quale la irrevocabilità deve considerarsi come un'eccezione; che dovrebbe risultare chiaramente da una disposizione legislativa. D'altra parte, se sembra più corretto accogliere riguardo al *visto* tale opinione, *a fortiori* deve ammettersi che il prefetto, riparando ad un suo errore commesso, possa revocare l'annullamento già pronunziato (5). Tuttavia ci sembra che tale facoltà debba cessare allorquando contro l'annullamento medesimo si sia avanzato ricorso dinanzi al governo del re: da quel momento, della questione si è impossessata un'Autorità gerarchicamente superiore al prefetto e alla cui opera questi non può sostituirsi per i principî che regolano la subordinazione gerarchica.

188. Il controllo giuridico sopra gli atti negativi del Comune si esplica da due autorità diverse, secondo i casi: dal prefetto o dalla Giunta provinciale amministrativa ed anche dal Consiglio di prefettura. Provvede il primo allorquando, malgrado la convocazione del Consiglio, non possa, per una necessità qualsiasi, come sarebbe la mancanza del numero legale, il fatto che la maggioranza sia interessata alla proposta o per altro caso di forza maggiore, prendere alcuna deliberazione. Allora « il prefetto provvederà a tutti i rami di servizio e darà corso alle spese rese obbligatorie, tanto per disposizione di legge, quanto per antecedenti deliberazioni esecutorie » (6). Uguale disposizione deve per analogia (la legge non prevede il caso) applicarsi quando la Giunta municipale non possa, sempre per forza maggiore, addivenire ad alcun provvedimento.

Allorquando invece volontariamente il Comune non disimpegna le attribuzioni impostegli dalla legge o semplicemente non esegue le deliberazioni già approvate, allora spetta alla Giunta provinciale amministrativa di provvedere sostituendosi agli organi del Comune ed emettendo i provvedimenti necessarî (7). Parimenti spetta sempre alla Giunta, di fare, d'ufficio, udito il Consiglio comunale, le allocazioni necessarie per le spese obbligatorie (8).

Il Consiglio di prefettura, in ultimo, quando i tesorieri comunali non rendono i conti nel termine di tre mesi dalla chiusura dell'esercizio cui si riferiscono, li fa compilare d'ufficio a spese dei tesorieri medesimi (9).

Ci sono invece dei casi, in cui pur essendo l'omissione volontaria, spetta al prefetto o al sottoprefetto provvedere, mandando dei commissari sul luogo per la spedizione degli affari in ritardo (10).

Contro i provvedimenti che il prefetto o la Giunta avranno preso nell'esercizio del controllo giuridico sugli atti così positivi che negativi del Comune, è sempre ammissibile il ricorso al governo del re (11). Si avrà così quel provvedimento definitivo perchè si possa in seguito ricorrere, quando ne sia il caso, dinanzi la IV Sezione (12).

189. Rammentiamo infine un caso speciale in cui la legge stabilisce un doppio controllo giuridico: quello del prefetto e quello del Ministero. Per alcuni regolamenti infatti di maggiore importanza, cioè per quelli che riguardano i dazî, le imposte, l'edilità e la polizia locale (13), il prefetto deve trasmetterne una copia al competente Ministero, il quale, udito il Consiglio di Stato, può annullarli in tutto o in

(1) V. le decisioni del Consiglio di Stato citate dal Saredo, op. cit., III, p. 768, n. 6274.

(2) Op. cit., III, p. 777, n. 6305.

(3) Art. 191 legge com. e prov.

(4) Saredo, op. cit., III, p. 782-783.

(5) Il Consiglio di Stato invece segue una diversa opinione; v. le sue decisioni del 9 ottobre 1878 (*Man. degli amm.*, 1878, p. 378), e 20 marzo 1888 (*id.*, 1885, p. 188). Segue lo stesso parere il Mazzoccolo, op. cit., p. 446.

(6) Art. 292 legge com. e prov.

(7) Art. 197 *ib.*

(8) Art. 196 *ib.*

(9) Art. 281 *ib.*

(10) Art. 193, 38 *ib.*

(11) Art. 192, 199, 291 *ib.*

(12) Art. 28 legge sul Consiglio di Stato.

(13) La enumerazione è tassativa; v. art. 194 l. com. e prov.

parte, in quanto sieno contrari alle leggi ed ai regolamenti generali » (1), ma non può, in base ai medesimi principî teorici su cui ci siamo intrattenuti, modificarli. Essi però diventano esecutivi anche prima che il Ministero li abbia approvati (2), e cessano, com'è naturale, di esser tali, in seguito all'annullamento.

190. Una grave disposizione è in ultimo contenuta nell'articolo 117 del regolamento, che conferisce al Governo del re la facoltà di esercitare, ove il voglia, un controllo giuridico. Esso, difatti, può, senza esser vincolato da alcun termine, ma « in qualunque tempo dichiarare con decreto reale, sentito il Consiglio di Stato, la nullità delle deliberazioni di cui all'art. 255 della legge (279 del testo unico) e dei regolamenti contrari alla legge ». Le deliberazioni di cui si parla all'articolo 279 sarebbero quelle prese in adunanze illegali, o sovra oggetti estranei alle attribuzioni del Consiglio o che hanno in qualsiasi modo violate le disposizioni della legge. Il provvedimento del re potrà esser preso su ricorso, nel qual caso quest'ultimo deve avanzarsi nei termini dalla legge fissati; ma potrà anche esser preso sopra denuncia o iniziativa del Governo, in qualunque tempo. Grave disposizione che toglie ogni sicurezza non solo agli atti amministrativi unilaterali del Comune, ma anche a quelli bilaterali e che rende perciò sempre pericoloso il contrattare col Comune medesimo.

Vero è del resto che la pratica amministrativa, di ciò accortasi, ha cercato sempre di limitare tale facoltà con varî spedienti: ciò non toglie che l'autarchia comunale non rimanga soffocata da tale restrizione che dal punto di vista della teoria, se non della pratica quotidiana, si può considerare maggiore delle altre. La sola garenzia, resa in certo qual modo frustranea dalla larghezza della facoltà concessa al Governo del re, vien data dalla possibilità di ricorrere contro i decreti reali alla IV Sezione, a non parlare del ricorso al re medesimo in via straordinaria, che, come si sa da tutti, non dà alcun affidamento.

§ 3. *Controllo amministrativo.*

191. Sua giustificazione. — 192. Controlli amministrativi interni. — 193. Segue; *referendum*, azione popolare, etc. — 194. Controlli amministrativi esterni: loro fondamento giuridico. — 195. Segue. — 196. Controllo amministrativo e giustizia amministrativa. — 197. Controllo amministrativo e attribuzioni obbligatorie del Comune. — 198. Autarchia comunale e controllo amministrativo. — 199. Sua analogia con la tutela privata. — 200. Autorizzazione e approvazione. — 201. Rimedî contro i provvedimenti delle Autorità tutorie.

191. Se le critiche che abbiamo fatto al controllo giuridico si riferiscono più al modo con cui esso funziona in Italia che alla sua esistenza, la quale abbiamo cercato di dimostrare necessaria, riguardo al controllo che abbiamo chiamato amministrativo i primi dubbî e le prime controversie si riferiscono immediatamente alla sua ragion d'essere.

La questione gravissima si può porre in diverse maniere, che è bene distinguere l'una dall'altra. Anzitutto si potrebbe in astratto dubitare se l'amministrazione comunale in genere abbia bisogno di controlli che curino il buon andamento economico e tecnico dell'amministrazione medesima. Il dubbio però non potrebbe durare a lungo. Qualunque amministrazione pubblica, come del resto anche le private che assumano una certa complessità, non possono constare soltanto di organi attivi, ma è necessario che riposino anzitutto su norme prestabilite sia dall'Amministrazione stessa sia dallo Stato, abbiano degli organi che applichino le norme ai casi singoli e provvedano direttamente ai casi per cui le norme non esistono, e infine possano contare sull'opera di rigorosi controlli. Questi si dovranno limitare solo a confrontare gli atti amministrativi con le norme cui questi debbono uniformarsi (controllo giuridico)? Noi non crediamo. Abbiamo già accennato al caso in cui gli organi attivi debbono procedere ad atti che non trovano nelle norme scritte i principî cui debbono ispirarsi o non li trovano interamente. Ciò, com'è naturale, non importa che essi debbano essere regolati interamente dall'arbitrio o dal capriccio. La consuetudine, le esigenze dell'opportunità, i criterî della scienza dell'amministrazione e così via possono dare un complesso di norme, che, malgrado non si trovino sancite nelle leggi e nei regolamenti, pur nondimeno non sono meno importanti e trascurabili. Talvolta l'imperfezione tecnica del diritto amministrativo, tal'altra la difficoltà intrinseca di regolare con una legge i rapporti delicatissimi del diritto pubblico, consigliano il legislatore a lasciare in balìa dei governanti qualche parte della loro attività, ma nello stesso tempo egli deve cercare di prevenire e limitarne gli abusi. Molta parte del diritto amministrativo è ancora in formazione, regolata soltanto ora da una specie di *prax* tradizionale, ora dall'equità. Ad agevolare la trasformazione di questa *prax* e dell'equità in vero e proprio diritto è, com'è naturale, necessario che ad esse non si contravvenga: anche da questo lato dunque è indispensabile che ci siano dei controlli che curino la conformità degli atti amministrativi a questa specie di norme che un diritto ancora in formazione tende a rendere stabili.

Del resto, se da un lato è evidente che senza conferire a dei funzionarî dei poteri discrezionali, è impossibile una buona amministrazione, giacchè altrimenti si avrebbe un meccanismo rigido ed inservibile (3), dall'altro canto non è men vero che deve cercarsi di evitare il più che sia possibile lo sviamento e l'abuso dei poteri medesimi, i quali debbono servire a quegli scopi per cui sono stati concessi. Ciò non è possibile conseguire che mediante l'istituzione di controlli, i quali non sono giuridici, giacchè non si può dire che in un senso alquanto largo che l'eccesso di potere sia una violazione di legge, ma debbono considerarsi come amministrativi, sebbene abbiano tanti punti di contatto con quelli giuridici.

192. Vuoi quindi per una ragione o per un'altra, ma anche per questa che non si può nello stato attuale del diritto amministrativo indicare con precisione ove finiscano le norme giuridiche e subentrino quelle tecniche, l'istituzione di controlli amministrativi è, così per lo Stato e anche per il Comune, indispensabile. Cosicchè, quando si disputa sul fondamento giuridico da dare alla così detta tutela economica dei Comuni, la questione non viene spesso posta esattamente, giacchè l'unico punto su cui la disputa è possibile riguarda non l'esistenza, ma l'organizzazione del controllo amministrativo, o, in altri termini, se esso debba essere esercitato da un organo *interno* o *esterno* del Comune. Per il controllo giuridico tale dubbio non avea ragione d'essere, giacchè lo Stato, o, per dir meglio, l'Ammi-

(1) Art. 194 cit.
(2) Art. 80 reg.

(3) Cfr. Vacchelli, *Diritto e potere pubblico*, Macerata 1895, p. 10-11.

nistrazione diretta dello Stato che dà le norme ha anche il diritto di farle osservare. Ciò non si può dire del controllo amministrativo, il quale potrebbe benissimo essere interno all'amministrazione indiretta. Si può anzi affermare con sicurezza che l'ideale in tale campo sarebbe la mancanza di ogni ingerenza governativa nell'amministrazione locale. Questa dovrebbe in sè medesima trovare quei meccanismi e quell'organizzazione che valesse ad impedire ogni violazione dei principî tecnici, economici, politici che dovrebbero guidarla. Se è disputabile, giusta quanto abbiamo detto innanzi, se la sorveglianza meramente giuridica che il prefetto, organo governativo, esercita sui Comuni, renda questi ultimi a lui subordinati, gli argomenti in sostegno di questa teorica si fanno senza alcun dubbio più formidabili allorquando si tratta della sorveglianza economica. Vero è del resto, giusta le considerazioni superiormente fatte, che, tutte le volte che un Comune per compiere un atto abbia bisogno dell'autorizzazione o dell'approvazione d'un'Autorità tutoria, allora si può sempre, anzi si deve parlare di un diritto subbiettivo a compiere quell'atto, ciò che è il presupposto essenziale dell'autarchia.

193. Ogni controllo amministrativo dunque degli enti autarchici potrebbe anche essere interno. Ciò non importa, si noti bene, come alcuno potrebbe supporre, che esso debba esercitarsi necessariamente da funzionari eletti dal popolo. A suo luogo abbiamo insistito nel concetto che nulla in astratto vieta che gli organi dell'amministrazione autarchica siano nominati dallo Stato, o, per dir meglio, dal Governo. Lo stesso crediamo si possa dire di quegli organi speciali che sono i controlli. Quel che è indispensabile si è che essi siano affatto indipendenti dall'amministrazione diretta dello Stato, nel senso che non siano ad essa legati da vincoli di subordinazione gerarchica, e nello stesso tempo dagli organi attivi dell'amministrazione comunale.

Se fosse qui il luogo opportuno di intraprendere delle indagini di politica amministrativa, cercheremmo di dimostrare come il sistema più adatto di organizzare tali controlli, in maniera che essi possano esercitare il loro ufficio con competenza e serenità sia sempre quello che si adotta attualmente nell'ordinamento giudiziario. È secondo noi indispensabile che all'uopo si creino dei funzionari appositi, la cui nomina non spetti ad elettori popolari, ma ad autorità governative, in modo però che la loro indipendenza sia perfettamente garentita. Non crediamo affatto opportuna quella specie di controllo di cui si torna spesso a vagheggiare l'introduzione in Italia e che va sotto il nome di *referendum* amministrativo. Non già che tale istituto contenga in sè qualche cosa di contrario ai principî generali cui s'informa lo Stato e il Comune moderno: solo dal punto di vista della convenienza, a noi pare che esso non offra quei requisiti che un controllo dovrebbe sempre avere, prima d'ogni altro l'imparzialità, la quale manca non solo quando è essa turbata da pressioni superiori, ma anche quando il pregiudizio, la passione, l'entusiasmo s'impadronisce del funzionario, il che avviene facilmente se questi è costituito da masse elettorali incoscienti e volubili. In secondo luogo non si avrebbe nemmeno la garenzia della competenza, la quale non è meno necessaria nel controllo amministrativo di quel che non sia in quello giuridico (1).

Molto più adatto, come abbiamo a suo luogo detto, sebbene insufficiente, ci sembra il controllo dell'azione popolare largamente concessa allo scopo di supplire all'azione degli organi comunali o di difendere i diritti del Comune contro la mala amministrazione dei nuovi organi. Come il diritto italiano abbia introdotto negli ordinamenti locali tale istituto abbiamo accennato altrove nè conviene qui ripeterci.

Nè questo è il solo controllo in una data amministrazione comunale. Sarebbe anzi facile enumerare dei casi in cui il Consiglio, ad esempio, ha una funzione che potremmo chiamare rispettiva, per la quale esso esamina gli atti della Giunta o del sindaco, concede o nega ad essi la sua approvazione, depone il sindaco medesimo, o sospende o licenzia i funzionari burocratici. Il sindaco parimenti « sovraintende a tutti gli uffizî e istituti comunali » (2), e così via.

194. Senonchè, per varie ragioni che qui non importa esaminare, si è creduto che tali controlli puramente interni non fossero del tutto sufficienti e si è creduto per conseguenza necessario istituire un controllo dell'amministrazione diretta sulla comunale. Il principale organo che esercita tale ufficio è, come si sa, la Giunta provinciale amministrativa. Generalmente s'inclina a vedere in cosiffatta restrizione cui i Comuni sono sottoposti una grave offesa alla loro autarchia, che condizioni, che si sperano passeggere, hanno reso necessaria, ma che è destinata a sparire. Non mancano tuttavia coloro che hanno cercato di giustificare tali facoltà che ad un organo che possiamo per più rispetti chiamare governativo, ma che, in ogni caso, appartiene all'amministrazione diretta dello Stato spettano verso l'ente comunale. Anzitutto, si è detto, la tutela economica non si esercita in riguardo alle generazioni presenti, giacchè queste in ogni caso sconterebbero la colpa di avere eletto cattivi amministratori, ma in riguardo alle generazioni future che una previdente amministrazione non deve dimenticare. Siffatto ragionamento muove, a prescindere da altro, da un presupposto che noi, in tutto il corso della presente trattazione, ci siamo sforzati di dimostrare inesatto.

Abbiamo difatti più volte ripetuto che non è, a parer nostro, possibile concepire l'amministrazione comunale come l'amministrazione degli interessi, sia pure pubblici, dei comunisti: il che conduce alla teorica difesa fra gli altri dal Gierke che logicamente importa l'equiparazione del Comune alle società puramente private: teorica che abbiamo combattuta in nome di una nozione più organica, e più autonoma che crediamo doversi avere del Comune medesimo. E se così è, crediamo che, almeno dal punto di vista del diritto, non sia corretto parlare d'interessi dei comunisti e degli elettori, di colpa loro nell'eleggere gli amministratori, i quali, giusta quanto abbiamo altrove detto, non si possono considerare come loro rappresentanti. Un'elezione è il risultato di un atto complessivo e di innumerevoli fattori; per modo che non si può far cadere la responsabilità di essa sui singoli individui che vi hanno concorso, e meno che mai su quelli che hanno votato per altro candidato e che sono ri-

(1) V. Galileo Crivellari, *Il « referendum » nella Svizzera e la sua introduzione nel diritto amministrativo italiano* (*Archivio giur.*, XXXIV, (1885), p. 337-423); Coppi, *Il « referendum » nell'amministrazione locale* (*Rassegna di scienze soc.*, IX, I, 336) e *La nozione scientifica del « referendum » amministrativo* (*Id.*, IX, II, 592); Tommasini, *Osservazioni sull'istituto dello scioglimento dei Consigli comunali e provinciali*, loco cit., p. 315-316. V. anche lo studio cit. del Lacava, *La finanza locale in Italia*.

(2) Art. 149, n. 10 legge com. e prov.

masti in una minoranza, che spesse volte differisce dalla maggioranza solo per poco. In ogni caso, non crediamo necessario ricorrere alle generazioni future; l'utilità e gl'interessi delle presenti bastano, come vedremo, a giustificare la così detta tutela economica.

195. A noi sembra che la tutela economica venga sufficientemente giustificata dall'interesse che ha lo Stato a che le pubbliche Amministrazioni autarchiche procedano bene: ciò legittima la sua ingerenza tutte le volte che esse non diano sufficienti garenzie di sè medesime. Lo Stato esercita il controllo amministrativo non tanto nell'interesse del Comune, quanto nel proprio, giacchè la cattiva amministrazione degli enti autarchici non potrebbe non riverberare i suoi tristi effetti sull'amministrazione generale dello Stato (1). Il principio generale è naturalmente quello di lasciare i Comuni liberi di agire; ciò non toglie però che a questo principio non si possano introdurre delle eccezioni tutte le volte che ciò si creda necessario o, come che sia, utile.

Nè del resto tali restrizioni sono così proprie del Comune, da costringerci a trovare per esse una giustificazione teorica, sotto pena di doverle dichiarare altrimenti ingerenze illegittime. Si può dire che tutte le Amministrazioni autarchiche, non solo le territoriali, ma ancora le istituzionali (per esempio le opere pie) sono sottoposte a simili controlli. Non solo, ma potrebbe a questo proposito essere ricordato con qualche utilità che talvolta tale tutela, per dir così, è ammissibile anche per gli enti privati. Un esempio evidente l'abbiamo nelle restrizioni cui tutti i corpi morali sono sottoposti relativamente agli acquisti di beni mobili e all'accettazione di donazioni e successioni; per i quali atti essi hanno bisogno dell'autorizzazione del Governo del re (2). Naturalmente quando si tratta di persone giuridiche private, tali eccezioni al principio generale, che è quello di lasciar la libertà più ampia che sia possibile, sono meno numerose, giacchè lo Stato poco si preoccupa degl'interessi privati; quando invece si tratta di enti pubblici, le eccezioni, pur rimanendo tali, si fanno più numerose e più importanti, giacchè non si deve dimenticare che anche l'amministrazione autarchica in genere e comunale in ispecie, è amministrazione di Stato.

196. E qui, se ci è lecito un riavvicinamento che a noi sembra che chiarisca meglio le nostre idee, vorremmo rammentare come nella pubblica amministrazione non di rado si presenta la necessità di tutelare non solo il diritto, ma anche gli interessi. Si è molto saggiamente detto che l'amministrazione pubblica debba essere non solo *legale*, ma anche *giusta* (3). Di fronte ai privati ciò ha portato alla conseguenza di accordare una protezione non solo ai loro diritti subiettivi, ma anche ai loro particolari interessi, giacchè si è giustamente intuito che la cura di questi interessi giova allo Stato pel raggiungimento dei suoi fini: di fronte agli enti autarchici, il medesimo principio ha condotto ad attribuire all'Amministrazione diretta dello Stato due poteri: l'uno dei quali consiste nella sorveglianza per la tutela del diritto, l'altro nella cura degl'interessi generali e anche speciali agli enti medesimi in quanto si riverberano sull'intera amministrazione statuale.

Come per gli individui si ha una giustizia amministrativa, che sotto l'apparente scopo di difendere gli interessi privati fa l'interesse dello Stato, così per i Comuni si ha una tutela amministrativa che sorveglia il buon andamento dell'amministrazione di quest'ultimi, per rendere possibile la soddisfazione degl'interessi generali, che è lo scopo che lo Stato si propone. E non è forse del tutto casuale il fatto che si è pensato di attribuire l'esercizio di tale controllo amministrativo all'organo principale che disimpegna nel primo suo stadio la giustizia amministrativa. Sono due funzioni che coincidono nella loro essenza, nel principio da cui partono non solo, ma anche nel modo con cui si effettuano. Talvolta anzi è difficile stabilire quando l'una cominci e l'altra cessi. Si pensi, per esempio, alla nota questione se la Giunta provinciale amministrativa agisca in sede di tutela o in sede contenziosa, quando si tratti, per esempio, del licenziamento o della mancata conferma del segretario comunale. Anche ciò contribuisce a convalidare il nostro assunto. Ond'è che, a prescindere dal modo con cui in pratica vanno le cose, ci sembra che si sia fatto bene ad affidare alla Giunta provinciale amministrativa l'esercizio di tale controllo. Il Consiglio di prefettura, che prima del 1865 disimpegnava tale funzione, potea far credere più facilmente ad una subordinazione gerarchica del Comune alle Autorità centrali, e la Deputazione provinciale, che funzionò dal 1865 sino alla legge adesso vigente, non avea alcun titolo per esercitare tale potere: se, difatti, è pienamente giustificabile che l'Amministrazione diretta dello Stato s'ingerisca nella comunale, non si comprende perchè tale facoltà debba concedersi ad enti ai quali il Comune deve ritenersi più coordinato che subordinato.

197. Anche da un altro punto di vista, sebbene limitatamente ad alcune funzioni, deve ritenersi legittimo il controllo amministrativo. Abbiamo già visto, e in seguito cercheremo di mostrarlo più diffusamente, che al Comune incombono delle attribuzioni obbligatorie, che esso cioè deve compiere necessariamente. Ora nulla vieta che l'obbligatorietà si esplichi non solo procurando che esse siano compite giusta i precetti della legge, ma anche secondo quei criteri che ad un'autorità a ciò competente possano sembrare opportuni. Già quando si è in tema di attribuzioni obbligatorie, non è più a parlarsi di diritti subbiettivi, ma al più di poteri discrezionali; e non si può certo considerare come un'offesa all'autarchia l'ulteriore limitazione di tali poteri.

Del resto, in cima a qualunque altra considerazione, sta questa: che lo Stato, il quale concede la personalità giuridica agli enti privati, l'autarchia ai pubblici, può nella concessione medesima fare delle riserve e introdurre delle limitazioni. Dal punto di vista del diritto è necessario soltanto che le limitazioni non assorbano le facoltà, altrimenti la concessione dell'autarchia è soltanto apparente e si risolve in una contraddizione, ma quando anche per una sola attribuzione il Comune o altri enti pubblici, è libero di agire senza alcun controllo amministrativo, allora è lecito considerare il Comune medesimo come un corpo autarchico, s'intende relativamente a quella attribuzione.

Così, per parlare dei Comuni italiani, è senza alcun dubbio vero che le funzioni più importanti e più vitali di essi sottostanno alla così detta tutela economica, ma dall'altro canto ci sono numerose attribuzioni (e non importa dal punto di vista dell'indagine giuridica esaminare se siano o meno importanti), che a questa tutela sfuggono. Non si può dire quindi che, prescindendo da ogni altra considerazione che

(1) Orlando, *Principî di diritto amm.*, p. 218 e segg.; Fadda e Bensa, op. cit., p. 298-799.

(2) Legge 5 giugno 1850, art. unico.

(3) Orlando, op. cit., p. 352.

abbiamo a suo luogo fatta, il controllo amministrativo distrugga interamente, in Italia, l'autarchia comunale.

198. Nè, si noti bene, nei casi in cui il controllo amministrativo viene esercitato, noi affermiamo la subordinazione gerarchica del Comune verso l'Autorità che esercita il controllo medesimo. La deduzione non sarebbe punto necessaria. Senza risalire a principî teorici, chè sarebbe superfluo, ci basti pel nostro assunto richiamare un esempio che ad altro proposito abbiamo un momento fa addotto. Alcuni atti delle persone giuridiche private sono sottoposti ad una vera e propria tutela esercitata da Autorità governative; eppure, per ragioni evidenti, non si può affatto dire che fra esse e le autorità centrali ci sia alcun vincolo gerarchico. Ciò prova come l'esistenza di un controllo tecnico e amministrativo non induce di per sè stesso alcuna gerarchia. Altro è il potere d'ispezione e di sorveglianza che spetta al superiore verso l'inferiore, altro è il potere di autorizzare alcuni atti di una persona giuridica pubblica o privata.

199. L'autorizzazione anzi, come più volte abbiamo ripetuto, lungi dall'escludere presuppone le personalità dell'ente cui viene accordata o negata. È frequente il vedere paragonato il controllo amministrativo alle varie specie di tutela che si esercitano nel diritto privato: a ciò si è indotti anche dall'espressione di « tutela economica », che, adoperata dalle leggi, aiuta l'equivoco. Ad impedire tale confusione basta pertanto quel che abbiamo un momento fa osservato. La tutela privata, senza alcun dubbio, si esercita nell'interesse del minorenne, dell'interdetto e così via; al contrario il controllo amministrativo si compie nell'interesse, non del Comune, ma dello Stato. Da ciò discendono parecchie conseguenze importantissime, che servono a mostrare sempre più la profonda differenza che intercede fra l'uno e l'altro concetto. Mentre nel caso della tutela, il tutore agisce lui per conto e in nome dell'incapace, nel caso del controllo, sia esso preventivo o no, è sempre il Comune che agisce per conto proprio, per modo che è principio, che trova la sua esplicita sanzione nella nostra legge, che le Autorità, qualunque esse sieno, che esercitano tale controllo, possono annullare l'atto sottoposto alla loro approvazione, possono negare l'autorizzazione a compierlo, ma non possono modificarlo o eseguirlo loro medesime: « l'approvazione cui sono soggetti alcuni atti dei Consigli, a termini degli articoli precedenti, non attribuisce a chi la deve compartire la facoltà di dare d'ufficio un provvedimento diverso da quello proposto » (1). Cosicchè, mentre la tutela presuppone un incapace, il controllo presuppone un ente perfettamente capace, giacchè esso si esercita su un atto già compiuto o da compiersi, laddove a chi è incapace non può giuridicamente farsi risalire alcun atto. C'è ancora di più: gli atti del Comune non approvati non sono nulli, ma soltanto non esecutivi (2); il che sarebbe impossibile se si trattasse di vera e propria tutela. Ma su tale argomento avremo occasione di ritornare, sebbene di passaggio, quando ci toccherà di parlare della capacità del Comune in ordine alla sua attività patrimoniale, perchè è in tali rapporti, che rientrano fino ad un certo punto nel diritto privato, che la confusione fra le due idee è molto più facile e frequente.

Concludendo, possiamo dire che il controllo amministrativo si risolve in un diritto subiettivo dello Stato e in un dovere del Comune simile a tutti gli altri e per il quale è inutile cercare uno speciale fondamento giuridico che lo giustifichi.

200. La Giunta provinciale amministrativa è dunque l'Autorità che ordinariamente esercita tale controllo; in linea sussidiaria, l'esercitano anche il prefetto, e la Corte dei conti. Il controllo può essere preventivo (autorizzazione in senso stretto) o posteriore all'atto cui si riferisce (approvazione).

Il caso tipico in cui si compie il primo è quello degli acquisti: il Comune non può « accettare lasciti o donazioni di qualsiasi natura o valore che importino aumento del patrimonio senza autorizzazione del prefetto » (3). « Spetta ugualmente al prefetto di autorizzare, previo parere della Giunta provinciale amministrativa, l'acquisto dei beni stabili per parte... dei Comuni » (4). Importante è pure il caso delle autorizzazioni alle liti: « nessun Consiglio comunale potrà intentare in giudizio un'azione relativa ai diritti sopra i beni stabili, nè aderire ad una domanda relativa agli stessi diritti, senza averne ottenuto l'autorizzazione dalla Giunta provinciale amministrativa nella cui giurisdizione è posto il Comune » (5). Analogo è il caso in cui si richiede l'autorizzazione del prefetto, perchè il Comune possa compiere i suoi contratti senza le formalità dell'asta pubblica (6).

L'altra specie di controllo che si esplica sotto forma di approvazione riguarda tre categorie di atti (7): la prima rientra nelle attività patrimoniali e comprende i mutamenti del patrimonio medesimo, specie le alienazioni, gli acquisti, le locazioni e le conduzioni per molti anni (8); la seconda fa parte dell'attività finanziaria, specie in ordine all'aumento delle imposte (9); la terza infine comprende alcuni atti di speciale importanza, come alcuni regolamenti comunali, le classificazioni delle strade e i progetti per l'apertura e ricostituzione delle medesime (10). Competente è sempre la Giunta provinciale amministrativa, tranne che per alcuni atti che rientrano nella seconda categoria, cioè in quella dell'attività finanziaria; l'approvazione dei conti comunali spetta invece alla Corte dei conti (11).

La mancanza di approvazione, per come abbiamo detto, non rende nullo l'atto, ma soltanto non esecutivo (12).

201. Contro le deliberazioni della Giunta si potrà al solito ricorrere al Governo del re così dal Comune come dal prefetto (13), e contro il decreto reale si può anche avanzare ricorso alla IV Sezione o al re in via straordinaria. I decreti del prefetto, in ordine all'autorizzazione degli acquisti, si debbono considerare come provvedimenti definitivi e possono essere impugnati soltanto con ricorso innanzi alla IV Sezione (14). Infine contro il provvedimento della Corte dei conti si può far reclamo o appello innanzi la stessa Corte a Sezioni unite (15).

(1) Art. 293 legge com. e prov.
(2) Art. 78 reg. per l'esec. della legge comunale e provinciale.
(3) Art. 1 legge 21 giugno 1896, n. 218.
(4) Art. 2 med. legge.
(5) Art. 195 legge com. e prov.
(6) Art. 166 *ib.*
(7) Cfr. Orlando, *Principî di dir. amm.*, p. 221-222.
(8) Art. 194 legge com. e prov.
(9) Art. 194 legge com. e prov.
(10) Art. 194 *ib.*
(11) Art. 281. V. la voce **Contabilità comunale e provinciale.**
(12) Art. 78 reg.
(13) Art. 199 legge com. e prov.
(14) Art. 3 legge cit. 21 giugno 1896, n. 218.
(15) Art. 281 legge comunale e provinciale.

Titolo V. — Attività.

Capo I. — Attribuzioni del Comune in generale.

202. Il problema delle attribuzioni comunali. — **203.** Criterî per risolverlo. — **204.** Segue. — **205.** La formola degli interessi locali. — **206.** La distinzione fra attribuzioni proprie e attribuzioni delegate. — **207.** Attribuzioni obbligatorie e facoltative. — **208.** Attività giuridica, sociale, finanziaria e patrimoniale del Comune.

202. Dalla massima parte degli scrittori italiani e francesi noi troviamo prediletta un'indagine che, invece, è il più delle volte trascurata dagli scrittori tedeschi. Tale indagine ha lo scopo di trovare una formola, un criterio qualsiasi che serva a distinguere le funzioni dello Stato in due grandi categorie: l'una delle quali dovrebbe essere affidata all'Amministrazione diretta dello Stato, l'altra all'Amministrazione indiretta in generale e quindi al Comune, che di quest'ultima vien considerato, e forse non a torto, pa'te precipua. Una siffatta indagine si ritiene per lo più come assolutamente necessaria per l'esatta determinazione del concetto di autarchia. Noi abbiamo a suo luogo, per quanto brevemente, cercato di dimostrare la falsità di tale dottrina, in quanto che ci è sembrato che la nozione giuridica di autarchia sia affatto indipendente così dagli organi di cui può essere dotato l'ente autarchico, come dal numero delle funzioni che a questo possono essere affidate. Abbiamo allora detto che è possibile immaginare degli enti locali cui sieno state attribuite molteplici ed importanti funzioni senza che per ciò si possano dire autarchici; giacchè una tale qualifica dipende più che da altro dal modo con cui le funzioni medesime si esercitano: una tendenza, che sino a poco tempo fa parve prevalere in Inghilterra e che ebbe da noi qualche debole eco, più che l'ente cercava ad individuare ciascuna funzione (1). Cosicchè la figura giuridica di autarchia può sorgere anche rispetto ad una sola funzione, come di fatto avviene per gli enti autarchici non territoriali, ossia per quelli che si chiamano ordinariamente istituzioni pubbliche. Al contrario, se al Comune fossero affidate numerosissime attribuzioni, facoltative, ma in modo che esso non avesse diritto ad esercitarle, il Comune medesimo si dovrebbe considerare come un semplice ufficio dell'amministrazione diretta dello Stato, sfornito di personalità pubblica.

Con ciò tuttavia noi non intendiamo dimostrare l'inutilità di uno studio diretto a determinare con quella maggiore esattezza che è possibile in indagini così relative quali attribuzioni debbano dallo Stato essere affidate agli enti comunali: solo ci preme avvertire che un tale esame esorbita dalla fede del diritto per rientrare in quella della politica amministrativa o della scienza dell'amministrazione. Da esso non si potrà trarre alcun profitto per la nozione giuridica di autarchia, ma il legislatore non dovrà perciò trascurarlo: al contrario dovrà curare che le funzioni che egli attribuisce agli enti locali corrispondano ai bisogni effettivi e alle condizioni generali della pubblica amministrazione. In altri termini, ci sembra che la determinazione delle funzioni comunali interessi soltanto il problema del decentramento, considerato dal suo lato politico: ciò che ha una grandissima importanza, in quanto che può servire a indicare quali sieno i criterî più corretti ed opportuni per tale indagine (2).

203. A prima vista si potrebbe credere che la triplice distinzione delle funzioni dello Stato nel senso cui comunemente viene accettata e secondo l'atto con cui si manifesta: legge, ordinanza o sentenza, possa aprire la via ad una determinazione, se non altro approssimativa, delle attribuzioni comunali. Si potrebbe difatti, movendo dalla considerazione che la legge e la sentenza spettano ad organi immediati dello Stato, venire alla conclusione che solo nel campo dell'ordinanza, cioè dell'amministrazione propriamente detta (giusta la dottrina che si può dire predominante) si debba cercare la distinzione fra le attribuzioni comunali e quelle di altre Amministrazioni. Tuttavia tale ragionamento sarebbe, a parer nostro, o inutile o errato. In primo luogo, difatti, se alla parola «legge» si dà il significato di atto emanato dal Parlamento, allora è evidente che non v'è nemmeno bisogno di dire che i Comuni non possono fare leggi, giacchè essi non sono certo il Parlamento. Se invece alla parola «legge» si dà un senso più ampio, per modo che comprenda tutte le norme aventi carattere di generalità, allora, giusta quanto abbiamo detto nel titolo precedente sulla facoltà regolamentare dei Comuni, non può a questi negarsi la competenza di far leggi, le quali non potranno mai essere, per usare le espressioni del Codacci Pisanelli, statuti-norme, sibbene decreti-norme, cioè leggi sostanziali e non formali (3). Abbiamo anzi visto come le facoltà che all'uopo spettano ai nostri Comuni siano piuttosto larghe ed abbraccino una sfera non trascurabile di rapporti giuridici, che essi possono, anzi talvolta debbono, regolare con norme astratte e generali, anzichè con provvedimenti speciali caso per caso. Da questo punto di vista adunque, che è il sostanziale, si può senz'altro affermare che ai Comuni medesimi, s'intende nei limiti della loro competenza, spetti una vera e propria funzione legislativa.

In secondo luogo non è nemmeno esatto che ai Comuni debbano essere sottratte tutte le attribuzioni aventi carattere giurisdizionale. Certo per l'Italia una tale affermazione è vera; ma nulla in astratto vieta che quell'Autorità, che molti invocano destinata ad esercitare un controllo giurisdizionale su alcune istituzioni pubbliche, sia per l'appunto comunale. E ciò oltre al dire che anche i controlli sul Comune medesimo è possibile che siano nel medesimo tempo giurisdizionali e interni, cioè organi dello stesso Comune, per quanto messi in condizione di esercitare con indipendenza le loro funzioni. Anche ne' rapporti coi semplici cittadini, potrebbe anche darsi che al sindaco si affidasse la giustizia conciliativa, le *causae minores*, che non *dignae forensi magnitudine videbuntur* (4).

Da un certo punto di vista anzi si potrebbe a questo proposito rammentare il tentativo di conciliazione cui è tenuto il sindaco, in tutti i casi di contravvenzione ai regolamenti comunali (5); attribuzione questa che conferisce al capo del

---

(1) Contro tale tendenza, cfr. le osservazioni dello Chalmers, *Local government*, Londra 1883, p. 22. Fautore invece di tale sistema è in Italia il Franchetti, *Dell'ordinamento interno dei Comuni rurali in Italia*, Firenze 1872, pag. 65 e segg. e, a quel che sembra, il Turiello, *Governo e governati in Italia: proposte*, Bologna 1890, pag. 21 e segg., specialmente pag. 23 e 24.

(2) Così il Giorgi (*Dottrina delle persone giuridiche*, IV, p. 67) osserva che ai Comuni moderni non può riconoscersi un potere legislativo e nemmeno un potere giudiziario.

(3) Cfr. Codacci-Pisanelli, *Legge e regolamento*, p. 1 a 5, Napoli 1888.

(4) Legge 2, C. Th., I, 29.

(5) Art. 202 della legge comunale e provinciale.

Comune una qualità assai simile a quella del giudice conciliatore.

204. Nemmeno si può trar partito per l'esame attuale dalla distinzione dell'attività dello Stato in giuridica e sociale, nel senso di attribuire la prima all'Amministrazione diretta dello Stato, la seconda all'Amministrazione comunale. Vedremo adesso come, se le pubbliche funzioni esercitate dai Comuni in Italia rientrano per lo più nella sfera dell'attività sociale, ciò non vuol dire che nessuna di esse ha carattere esclusivamente giuridico, e dall'altro lato non c'è in astratto alcuna ripugnanza ad ammettere che molte delle attuali funzioni di polizia e, alcune, per come abbiamo detto, delle giudiziarie siano affidate ad enti locali, e perciò anche al Comune. Si potrebbe a questo proposito, come in tutto l'esame di cui ci occupiamo, invocare molto opportunamente l'esempio dell'Inghilterra, nella quale la mancanza di dottrinarismo e la praticità propria di quel popolo ha creato a poco a poco un ordinamento locale, in cui tutte le funzioni si confondono e si mischiano fra loro, in maniera da rendere impossibile nell'esporle alcun criterio sistematico che non sia, come fu detto, l'alfabetico. È vero, peraltro, che la così detta attività sociale, si presta, meglio che l'altra, ad essere affidata ad enti autarchici; senonchè anche in essa ci sono servizi che per la loro medesima indole eccedono qualunque circoscrizione territoriale, anche quella dello Stato, e tendono perciò a divenire internazionali: sarebbero di tal natura le poste, i telegrafi, le strade ferrate, alcune vie di comunicazione e così di seguito.

Altri criteri sono a tutti noti e quindi ci limitiamo ad accennarvi semplicemente. Così è celebre la formola con cui il Tocqueville credè risolvere il problema dicendo che si dovrebbe decentrare in amministrazione ed accentrare in politica (1), la quale, per quanto possa colpire con la sua seducente semplicità, pur nondimeno non risolve affatto la questione e si riduce a null'altro che ad un giuoco di parole e ad una inutile antitesi. È evidente difatti che, quando noi di attribuzioni del Comune o di altro ente locale parliamo, c'intendiamo sempre riferire all'Amministrazione e che solo nei limiti di essa cerchiamo il criterio di distinzione. E ciò oltre al dire che una separazione netta fra politica e amministrazione non solo è impossibile attuare, ma fors'anco non esiste.

Parimenti o non è corretto o è ozioso dire che all'Amministrazione diretta dello Stato debbano essere affidate quelle funzioni, senza le quali l'unità dello Stato medesimo sarebbe impossibile e all'Amministrazione locale le altre, giacchè, fra l'altro, la distribuzione della competenza fra vari organi non ha mai distrutta l'unità di alcuno Stato, se non quando si rendano gli organi medesimi interamente sovrani.

205. A noi sembra che tutto ciò che di concreto si possa dire sull'argomento stia racchiuso nella nozione che noi abbiamo dato dell'autarchia. Abbiamo difatti a suo luogo visto come sia caratteristica di essa che le funzioni dell'ente autarchico vengono esercitate nell'interesse oltre che dello Stato, anche dell'ente medesimo. Da ciò la conseguenza necessaria che al Comune debbano essere date in generale quelle attribuzioni le quali riguardano interessi che non escono dalla sfera del proprio territorio; vedremo però come questo principio possa soffrire qualche eccezione che non va trascurata.

Quali poi siano quegli interessi che si possono dire propri del Comune, è impossibile stabilire, nè per mezzo di una enumerazione empirica, nè per via di principi astratti e generali. Anzitutto è assai difficile il caso che sia un interesse di tal natura da essere perfettamente delimitato e circoscritto dal territorio comunale. In secondo luogo poi un esame, sia pure superficiale, basterebbe a mostrare come nulla ci sia di più variabile e di più relativo che tali rapporti. Sarebbe feconda d'insegnamenti pratici non dispregevoli un'indagine che mostrasse il continuo estendersi e rimpicciolirsi di interessi che in un momento assumono tali proporzioni da abbracciare l'intero Stato, per poi, dopo poco tempo, o cessare del tutto, o confinarsi in una provincia o anche in un Comune soltanto. Un bisogno che vien meno, un pericolo che sorga o che cessa, cui si possono aggiungere delle ragioni del tutto subiettive, come un'opinione dominante, un pregiudizio, una teoria scientifica, possono esser causa di un mutamento d'interessi, che a sua volta cagiona un mutamento di attribuzioni. Se così non fosse, non ci spiegheremmo quelle variazioni continue nelle competenze dell'Amministrazione centrale e locale che ai dottrinari impenitenti possono sembrare eccezioni o, meglio, deplorabili deviazioni dalla teoria, ma che invece sono così perfettamente naturali e necessarie, che nessuna teoria vera ne può prescindere. Da qualche tempo noi assistiamo ad una salutare resipiscenza in proposito, cui non è stato del tutto estraneo uno studio delle istituzioni inglesi più accurato di quel che non si fosse fatto per l'addietro; per modo che, spesso, dopo un utile esame di legislazione comparata (2), si è dovuto riconoscere, per usare le espressioni del Meucci, che « la questione è tutta di considerazione e di grado », anche perchè « vi sono sempre da considerare gli intrecci ed i riverberi » (3). Attribuzioni che oggi sono proprie dei Comuni, sono domani avocate allo Stato, ora per una ragione, ora per un'altra, e così viceversa. Ne abbiamo un esempio evidente nell'istruzione elementare, la quale affidata fin dalla legge Casati all'Amministrazione comunale, è passata a poco a poco, sebbene non interamente, ad uffici governativi, per modo che si può dire che nel sistema attuale, ibrido e incoerente quant'altro mai, bisogna distinguere l'apparenza, secondo la quale i Comuni hanno tuttora la cura dell'istruzione elementare, dalla sostanza, giacchè in fatto è l'Amministrazione diretta dello Stato, che per assicurare il buon funzionamento dei servizi relativi interviene ad ogni momento, fino al punto che i maestri non si sa più, per come abbiamo detto, se siano impiegati comunali o governativi (4).

Ma non solo è impossibile determinare gli interessi che hanno la loro sede nel Comune e quindi le relative attribuzioni; ma, giusta quanto abbiamo avvertito, può accadere che il Comune debba disimpegnare una funzione alla quale non abbia alcun interesse. Potrà darsi difatti che lo Stato creda opportuno d'imporre al Comune l'adempimento di servizi che potrebbero anche essere disimpegnati da or-

(1) Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris 1848, I, pag. 142.

(2) V., fra gli altri, Bertolini, *Dal Comune allo Stato*, p. 14; Presutti, *Il Comune e gli altri enti locali amministrativi*, loc. cit., pag. 246, etc.

(3) Meucci, *Istituzioni* cit., pag. 168 e 169. V. anche Orlando, *Principî di diritto amministrativo*, p. 151.

(4) Vedi Giriodi, *Il Comune nel diritto civile*, pagine 318 e 319.

gani puramente governativi. Sono di tal natura, per esempio, tutte le attribuzioni che ha il sindaco come ufficiale del Governo. In astratto potrebbe darsi che esse fossero disimpegnate o da una persona distinta dal capo dell'Amministrazione comunale o anche dal medesimo, tenendole però distinte, specie nel modo di provvedere alle spese relative, dalle altre. Senonchè ragioni d'opportunità possono consigliare la loro riunione, non solo soggettiva ma anche oggettiva (1).

206. Nè si creda che con ciò vogliamo ritornare all'antica distinzione che si presta a così gravi equivoci e che abbiamo a suo luogo respinta fra attribuzioni delegate e attribuzioni proprie dei Comuni. Nonostante che la nostra opinione possa sembrare « tale da sopprimere poco meno che ogni criterio di partizione nella scienza amministrativa » (2), a noi sembra che essa non solo non sia necessaria, ma non sia anche del tutto esatta. Su quali equivoci riposino la teorica francese del *pouvoir municipal* e la tedesca del così detto diritto di associazione abbiamo già cercato di dimostrare nè vogliamo ripeterci. Qui ci basti aggiungere alcune considerazioni che servono a chiarir meglio il nostro pensiero.

Tutte le attribuzioni che il Comune esercita come ente autarchico dànno luogo a dei diritti subiettivi, per come abbiamo a lungo dimostrato; invece le altre attribuzioni che egli non esercita come tale costituiscono altrettanti doveri. Ne discende che, siccome elemento d'ogni diritto è l'interesse, le funzioni che si adempiono in virtù del diritto d'autarchia, toccano, anche per le altre ragioni che abbiamo svolte, gli interessi del Comune medesimo. Da questo lato solo si può dire che esse siano *proprie* dell'ente. Invece quando siamo in presenza d'una funzione imposta, il più delle volte il Comune non ha un vero e proprio interesse ad esercitarla, altrimenti lo Stato gli avrebbe lasciata piena facoltà e magari l'avrebbe dotato d'un diritto subiettivo. Se ciò non ha fatto, se ha sentito il bisogno d'imporre un dovere, vuol dire che la funzione non può considerarsi propria dell'ente.

Parrebbe così che noi ristabilissimo, per altra via, la distinzione tra funzioni proprie e funzioni delegate. Ciò pertanto non è vero. Anzitutto noi crediamo che l'espressione « funzione delegata », contrapposta a « propria » sia inesatta. Allora avviene una delegazione, quando chi l'ha ricevuta si sostituisce a chi l'ha data in modo tale che la sua opera deve considerarsi come compiuta dall'altro. Invece anche nell'esercizio delle funzioni che si dicono delegate, è sempre il Comune che le disimpegna, non solo di fatto, ma anche giuridicamente; egli le compie con tale sua qualità e non come un rappresentante dell'Amministrazione diretta dello Stato.

Ma l'inesattezza dell'espressione sarebbe di per sè stessa affatto trascurabile, se essa non fosse indizio che manca il contenuto della distinzione medesima. Tale contenuto difatti non si può, come abbiamo visto, trovare nel fatto che alcune delle funzioni siano delegate nel senso vero e proprio della parola. Quale sarà essa dunque? Negli scrittori noi non troviamo accennato alcun criterio nè generale, nè speciale. Si disputa bensì se le funzioni proprie del Comune siano soltanto quelle patrimoniali o si estendano anche alle finanziarie, se debbano considerarsi come delegate le attribuzioni che si riferiscono all'igiene, all'istruzione elementare, alla viabilità (3); ma nessuno accenna la vera ragione per cui procede a tali limitazioni o estensioni: la maggiore incertezza regna sul riguardo.

Se poi la distinzione si vuol fondare tra le funzioni proprie nel senso che abbiamo detto, cioè tra quelle che il Comune esercita per diritto d'autarchia e le altre imposte, che corrisponderebbero a quelle che comunemente si chiamano delegate (ogni funzione delegata è imposta), allora la distinzione medesima sarebbe incompleta giacchè fra l'una e l'altra categoria ce ne potrebbe essere una terza importantissima, composta da funzioni nè imposte, nè tali che si abbia diritto di esercitare; il loro titolo risiederebbe in un potere discrezionale: esse dunque sarebbero facoltative, ma non si potrebbero dire proprie dell'ente nel senso che abbiamo detto, giacchè non vengono esercitate nell'interesse dell'ente medesimo.

207. A noi sembra, per esporre il nostro pensiero brevemente, che bisogni abbandonare una distinzione il cui contenuto è così incerto non solo, ma che ha così scarsa importanza pratica. Molto più utile è invece il sostituirvi un'altra distinzione, su cui abbiamo insistito altrove, per cui le attribuzioni comunali resterebbero divise in due grandi categorie, rispettivamente composte delle facoltative e delle obbligatorie. La prima poi si suddividerebbe a seconda che il Comune abbia diritto ad esercitarle, oppure un semplice potere discrezionale. A prescindere da qualsiasi esempio, ognuno vede come *a priori* il distinguere accuratamente tali diverse specie di attribuzioni non possa essere senza gravi conseguenze pratiche. La divisione delle spese in facoltative ed obbligatorie non è che una delle applicazioni della distinzione che abbiamo fatta, la quale poi ha una grande importanza in materia di controlli così giuridici che amministrativi. E per passare ad altro ordine d'idee, è manifesto che quanto più numerose saranno le attribuzioni sia obbligatorie, sia facoltative, nel senso che si esercitano per virtù di un potere discrezionale e, così rispettivamente, quanto più scarse saranno le attribuzioni che il Comune ha diritto d'adempiere, tanto minore sarà nel fatto l'autarchia del Comune medesimo. Uno degli argomenti più forti che si adducono contro la tesi che sostiene l'autarchia dei Comuni italiani è per l'appunto la mancanza pressochè assoluta di attribuzioni facoltative in quest'ultimo senso.

208. Un altro criterio molto diverso da quello finora accennato e che ci servirà per distribuire sistematicamente la trattazione che segue, si può ricavare dall'analogia che il Comune presenta con lo Stato. È nota la distinzione che si fa a proposito dell'attività di quest'ultimo in giuridica e sociale. Avendo già dimostrato come non abbia fondamento l'opinione che nel Comune moderno vede un'incapacità ad esercitare la prima, possiamo senz'altro adottare anche noi tale partizione. La trattazione non sarebbe però completa, se non dessimo uno sguardo, sia pure superficiale, a quell'attività con cui il Comune si provvede dei mezzi che gli sono necessari per raggiungere i suoi fini, sia giuridici, sia sociali: l'attività finanziaria. E in questo medesimo concetto di mezzo ad un fine rientrerebbero, sebbene in parte, tutte

(1) Malgarini, *Del modo di nominare il capo del Comune secondo la legislazione comparata*, loco cit., pag. 366 e 367.

(2) Così il Bertolini, *Dal Comune allo Stato*, pag. 17, alla nota 1ª, contro il Löning, il quale (*Lehrbuch des deutschen Verwaltungs-Rechts*, pagina 32) sostiene anche lui tale opinione.

(3) Cfr. Giorgi, op. e loco cit., p. 93, il quale con giusta intuizione chiama metafisiche tali questioni.

quelle attribuzioni che il Comune compie nella sua qualità di persona giuridica privata; donde la necessità di esaminare *ex professo* l'attività patrimoniale del Comune (1).

Capo II. — Attività giuridica e sociale.

209. Nozioni generali. — 210. Poteri di polizia del Comune. — 211. Carattere obbligatorio di tali attribuzioni. — 212. Limitazioni al diritto di libertà da esse sorgenti. — 213. Limitazioni al diritto di proprietà. — 214. Disposizioni della legge comunale e provinciale. — 215. Altre attribuzioni giuridiche. — 216. Carattere dell'attività sociale del Comune. — 217. Segue. — 218. Cura dei bisogni fisici. — 219. Segue. — 220. Cura dei bisogni economici. — 221. Cura dei bisogni intellettuali.

209. Parecchie volte, nel corso di questa voce, abbiamo avuto occasione di intrattenerci sulla indole del *ius imperii* di cui appare dotato il Comune e, rispettivamente, del dovere di ubbidienza che incombe ai comunisti verso il Comune medesimo. Ciò del resto è implicito nel concetto di persona di diritto pubblico: non sono, difatti, mancati degli scrittori i quali hanno trovato la caratteristica di tale categoria di persone giuridiche nel fatto che essi debbono considerarsi come subietti di diritto di supremazia (2). Anche noi, dicendo che l'autarchia comunale consiste principalmente nell'esercitare per diritto subiettivo delle funzioni statuali, abbiamo riconosciuta tale verità, in quanto abbiamo fatto del Comune un depositario dei diritti sovrani dello Stato. Cosicchè, quando si dice (e l'osservazione è assai frequente) che il Comune non è dotato di diritti sovrani, s'intende sempre alludere ai suoi rapporti con lo Stato, giacchè di fronte ai cittadini esso appare rivestito di una parte della sovranità dello Stato medesimo.

La più alta ed evidente manifestazione di tale *ius imperii* di cui l'ente comunale è dotato abbiamo avuto campo di esaminarla, parlando dei suoi atti amministrativi. Rilevammo allora come non solo i regolamenti, che tanto efficacemente ed esattamente furono chiamati dal Gabba *leggi minori*, ma anche i provvedimenti delle singole Autorità comunali hanno forza coercitiva per i cittadini, sia che implichino rapporti di puro diritto privato, sia che regolino rapporti di diritto pubblico, sia infine che abbiano delle conseguenze penali. E come creano doveri, così anche possono tali manifestazioni di volontà del Comune creare diritti subiettivi per i comunisti, conferendo a questi ultimi delle azioni dinanzi ai magistrati dirette ad ottenere da altri privati l'osservanza del regolamento o provvedimento (3). In altri termini l'*imperium* del Comune, in quanto si esplica su quelle attribuzioni che ad esso sono affidate, non ha altri limiti che quelli generali imposti al diritto d'ordinanza dello Stato.

210. Qui tralasciando di parlare più a lungo delle manifestazioni di volontà del Comune, di cui ci siamo già occupati, e che del resto è materia che riguarda così l'attività giuridica che la sociale, dobbiamo accennare brevemente ai poteri di polizia che il Comune medesimo può esercitare: a prescindere difatti da alcune funzioni relative all'organizzazione di alcuni servizi estranei perfettamente al Comune, e alle quali in appresso accenneremo, sono queste le sole attribuzioni d'indole giudiziaria che ad esso competono; in quanto che nessuna funzione giudiziaria viene dalle leggi riconosciuta alle Autorità comunali, a meno che non si voglia qualificare per tale il tentativo di conciliazione che il sindaco deve fare nelle contravvenzioni ai regolamenti.

In che senso noi dobbiamo qui intendere la parola «polizia»? È noto come molto comunemente, specie dai non recentissimi scrittori tedeschi, sotto il nome di polizia si comprende tutta quella attività dello Stato diretta al mantenimento e all'incremento del benessere sociale, che non sia giudiziaria. Intesa in un senso così largo, la polizia abbraccerebbe tutta quanta l'attività dello Stato che rientra nello studio del diritto amministrativo; così la sociale come la giuridica. Il Loening, per esempio, nel suo Manuale di diritto amministrativo tedesco, fissa appunto i limiti sistematici della sua trattazione dicendo che si occuperà soltanto del diritto di polizia (*Polizeirecht*), e vi comprende la cura dei bisogni fisici, intellettuali ed economici. È evidente che noi non possiamo qui attribuire tal senso larghissimo alla parola polizia.

Ma nemmeno potremmo adottare l'altro senso troppo ristretto e unilaterale, per cui per polizia si dovrebbe intendere l'attuazione del pubblico servizio, e perciò fra l'altro l'organizzazione del personale addetto all'adempimento e alla sorveglianza del servizio medesimo (4).

A noi sembra che, non solo astrattamente, ma anche riferendoci al solo Comune, per polizia sia più corretto intendere quell'attività che è diretta a prevenire le violazioni del diritto, a conservare l'ordine pubblico, prima ancora che sia turbato, in altri termini la *cura avertendi mala futura*, giusta l'espressione famosa del Pütter.

I poteri di polizia del Comune, come anche quelli della Amministrazione diretta dello Stato, si possono dividere in due categorie: l'una sarebbe formata dai poteri ordinari, l'altra dagli eccezionali, i quali, si noti bene, rivestono, come del resto mostreremo, ben altro carattere che i provvedimenti eccezionali che può prendere lo Stato.

Partendo dal concetto esattissimo che ogni potere di polizia implica un limite alla libertà individuale, noi nell'esporli potremo seguire quell'ordine sistematico che già da altri fu adottato nell'esposizione dei poteri di polizia dello Stato in generale, raggruppandoli cioè intorno ai singoli diritti che da essi rimangono limitati (5).

211. È necessario però premettere alcune osservazioni d'ordine generale. Le attribuzioni di polizia che i Comuni esercitano sono sempre obbligatorie, nel senso specialmente che le spese relative debbono essere stanziate necessariamente nel bilancio comunale: ma senza che il Comune possa per alcun motivo esimersi da quest'obbligo (6). A sanzione di questo suo dovere, la Giunta provinciale amministrativa può d'ufficio fare sempre in bilancio le allocazioni necessarie (7). Nel medesimo tempo, per la natura stessa di tali

(1) Va da sè che noi di queste varie specie di attribuzioni dobbiamo occuparci da un punto di vista generale e teorico: una trattazione più diffusa si avrà in quelle voci della presente Raccolta che specialmente si occupano di vari organi del Comune fra i quali le attribuzioni medesime sono ripartite: v. **Consiglio comunale**; **Giunta comunale**; **Assessore municipale**; **Sindaco**; **Segretario comunale**; per l'attività finanziaria, v. le voci **Contabilità provinciale e comunale**; **Dazi di consumo**, n. 137 a 191; per l'attività patrimoniale v. la voce **Beni comunali**. Cfr. poi la voce **Sanità pubblica**, n. 63 a 84.

(2) Jellinek, *Sistem* cit., p. 250 e segg.

(3) V. le osservazioni dell'Orlando, alla voce **Consiglio comunale**, n. 221.

(4) Vacchelli, *Il Comune nel diritto pubblico moderno*, pagina 161.

(5) Cfr. Orlando, *Principî di diritto amministrativo*, pag 243 e segg.

(6) Art. 175 legge comunale e provinciale.

(7) Art. 196.

attribuzioni, esse implicano dei poteri discrezionali che vengono conferiti alle Autorità comunali; abbiamo così un esempio assai spiccato di quella specie di funzioni, che, pure essendo imposte, si posson dire facoltative nel senso che vengono esercitate in virtù di un potere discrezionale.

Esse possono sorgere o dalla legge, o da regolamenti comunali, o da provvedimenti che può in taluni casi prendere l'Autorità attiva del Comune, specialmente il sindaco. Merita di essere notata in proposito la distinzione fra i regolamenti di polizia urbana e quelli di polizia rurale, quale sorge dagli art. 81 e 82 del regolamento per la legge comunale e provinciale. La ragione di tale distinzione è più che altro d'indole tecnica o, meglio, burocratica; essendo le due specie di regolamenti sottoposte al controllo di due Ministeri diversi, e dovendosi per conseguenza compilare distintamente (1).

212. Il Comune può anzitutto limitare la libertà d'industria allo scopo di provvedere all'annona, dichiarando le regole e le cautele opportune per la fabbricazione, per lo smercio dei commestibili e delle bevande, come per l'esercizio delle arti relative. Può inoltre determinare le norme per le mete o calmieri dei generi annonarî di prima necessità, quando le circostanze locali e le consuetudini ne giustifichino temporaneamente l'opportunità. Tale potere, che rappresenta una grave limitazione della libertà individuale, e sulla legalità del quale potrebbero muoversi dei dubbi (2), giacchè più che da altro rimane giustificata dalla consuetudine (3) cui ci richiama lo stesso art. 81 del regolamento per la legge comunale e provinciale, deve intendersi nel senso più ristretto che è possibile, sia in rapporto ai generi alimentari su cui la meta può essere imposta, sia riguardo le circostanze in cui tale imposizione può avvenire, circostanze che debbono essere eccezionali e straordinarie.

Per mezzo della Giunta, il Comune può inoltre dichiarare i prezzi delle prestazioni d'opera dei servitori di piazza, facchini e simili, quando non vi sia una particolare convenzione (4).

Sempre come limite della libertà d'industria deve concepirsi l'altro potere che il Comune può esercitare in virtù dei regolamenti di polizia urbana e che consiste nel prescrivere norme per l'ammasso, il deposito e la custodia delle materie accendibili (5). Parimenti il Comune, per mezzo della Giunta municipale, può determinare con apposito regolamento le speciali cautele da doversi osservare negli stabilimenti di manifatture, fabbriche e depositi insalubri, di cui può inoltre ordinare la chiusura o l'allontanamento (6).

Riguardo alla libertà di locomozione, il Comune può vietare il passaggio in certi luoghi dei carri o degli animali, quando ne sia dimostrata la necessità, regolare l'uso dei bagni in luogo pubblico, imporre quarantene e via via (7).

Relativamente all'inviolabilità del domicilio è, fra le altre, importante la facoltà che hanno i Comuni di rendere obbligatorie le disinfezioni nelle case e negli oggetti d'uso personale o domestico, in caso di malattie contagiose (8), e quella di procurare l'accesso nelle abitazioni private allo scopo di provvedere alla pronta estinzione degli incendî. Nè vanno dimenticati quei limiti alla libertà personale che sorgono dalle disposizioni in materia di polizia mortuaria.

213. Importantissime sono poi le limitazioni al diritto di proprietà che i Comuni possono introdurre sia per mezzo di regolamenti, sia di provvedimenti singoli. Essi possono costringere i proprietarî a rifare l'intonaco e le tinte dei muri e delle facciate, quando la loro condizione deturpi l'aspetto dell'abitato, rispettando gli edificî di carattere monumentale sì pubblici che privati, possono prescrivere l'altezza massima dei fabbricati in relazione all'ampiezza della via e dei cortili e così via.

Il sindaco può nei casi d'urgenza emanare i provvedimenti che la necessità richiede. Il Comune infine può promuovere l'espropriazione a causa di utilità pubblica.

Altri poteri di polizia che al Comune attribuiscono innumerevoli leggi, non sarebbe difficile enumerare; a noi basta avere qui date le linee generali e sistematiche dell'argomento: il resto avrebbe scarsa importanza teorica.

Un accenno dobbiamo fare ai provvedimenti d'urgenza che il sindaco, non come capo del Comune, ma come ufficiale del Governo, può talvolta prendere in materie che rientrano però nella competenza del Comune. Esse si limitano soltanto a tre sfere dell'attività comunale: cioè la polizia locale, intendendo questa parola in un senso più ampio di quel che le abbiamo attribuito, all'igiene pubblica e all'edilità (9).

214. Dalla sommaria e rapida esposizione che abbiamo fatto dei poteri di polizia spettanti al Comune risulta, ciò che del resto avevamo dichiarato in principio, come la parola « polizia » è stata da noi interpretata nel senso di limitazione alla libertà individuale, allo scopo di assicurare e mantenere l'ordine pubblico. Va però notato come la legge comunale e provinciale vigente usi tale parola in un senso alquanto più largo di quello da noi attribuitole. Così, per portare un esempio, essa vi comprende le cure per provvedere alla nettezza dell'abitato, allo sgombro delle immondezze e delle nevi dalle vie, all'innaffiamento dei luoghi pubblici, all'estinzione degli incendi (10), materie tutte che non costituiscono in nulla un limite alla libertà individuale e sistematicamente rientrano piuttosto nel concetto della cura per i bisogni fisici, per l'incolumità e il benessere sociale, cioè quell'attività che abbiamo chiamato sociale.

Ed è parimenti degno di essere rilevato come sia per lo meno inesatto far rientrare nel concetto di polizia locale, i poteri che ha il Comune, in materia, per esempio, di edilità o di altro tutte le volte che essi anzichè limitazioni, implicano *concessioni*, o, meglio, condizioni imposte alle concessioni. Così l'obbligo che ciascun privato che vuol fabbricare su terreno adiacente alle vie pubbliche ha di ottenere dall'Autorità comunale competente l'approvazione del

(1) Saredo, op. cit., III, n. 4645.

(2) Fadda e Bensa, in nota alle Pandette del Windscheid, I, parte I, p. 117.

(3) È notevole a questo riguardo un passo di Ulpiano, che ci fa conoscere come tale consuetudine vigesse anche presso i romani: *Cura carnis omnis, ut justo praetio praebeatur, ad curam praefecturae pertinet: et ideo, et forum, et suarium sub ipsius cura est: sed et coeterorum pecorum, sive armentorum quae ad huius modi praebitionem spectant, ad ipsius curam pertinent* (l. I, § II, D., I, 12).

(4) Art. 135 legge comunale e provinciale.

(5) Art. 81 reg. per la legge comunale e provinciale.

(6) Articoli 90 e 91 regolamento per la legge sull'igiene e sulla sanità pubblica.

(7) Art. 81 regolamento per la legge comunale e provinciale.

(8) Articolo 111 regolamento per la legge sull'igiene e sulla sanità pubblica.

(9) V. alla voce **Provvedimenti amministrativi.**

(10) Art. 81 regol. per la legge comunale e provinciale.

piano o disegno edilizio, non può interpretarsi come un limite al diritto di proprietà, giacchè il Comune nel concedere, per esempio, di aprire delle finestre o delle porte nelle vie può imporre quelle condizioni che crede opportune. E, per chi ben guardi, il medesimo carattere assume la dichiarazione dei prezzi delle vetture, delle barche, degli omnibus e simili. Dato difatti il principio che nessun veicolo può percorrere le vie pubbliche e le acque comunali senza una concessione dell'Autorità relativa, ne discende che questa può regolare tale concessione nel modo che l'interesse pubblico richiede (1).

La violazione delle norme con cui il Comune regola i suoi poteri di polizia dà luogo ad una figura speciale di contravvenzione (2), di cui sarà tenuto parola più a lungo in altra parte della presente Raccolta.

Riguardo poi ai mezzi che si possono sperimentare contro gli atti del Comune compiti nell'esercizio delle sue funzioni di polizia, valgono i principî generali. Se i poteri del Comune sono determinati esattamente dalle leggi e dai regolamenti che creino contemporaneamente nel cittadino un diritto subiettivo, può essere competente anche l'Autorità giudiziaria; se invece, come molte volte avviene, si tratta di poteri discrezionali, allora si può ricorrere a quei rimedî che contro l'eccesso o l'abuso di potere il nostro diritto concede.

215. Oltre quelle di polizia, il Comune italiano è dotato di altre poche attribuzioni giuridiche di secondaria importanza, giacchè non si sa in base a quali criterî sistematici esse siano state al Comune medesimo affidate. Ragioni di opportunità hanno consigliato a fare disimpegnare da esso alcuni pubblici servizi che logicamente dovrebbero spettare ad Autorità governative. Sarebbero di tal natura, citiamo a titolo d'esempio, la formazione delle liste di leva, delle liste elettorali, non solo amministrative, ma anche politiche e commerciali, della lista dei giurati e così via.

Delle attribuzioni poi che spettano al Comune riguardo alla costituzione e all'organizzazione dei proprî ufficî sia costituzionali (Giunta e sindaco) che burocratici, abbiamo, per quanto sommariamente, detto qualche cosa a proposito degli organi comunali: di essi, come del modo speciale con cui funzionano i singoli servizi, sarà detto ampiamente nelle voci che ne trattano *ex professo*.

216. Di gran lunga più numerose ed importanti sono le attribuzioni che rientrano nel concetto di attività sociale. Esse sono difatti quelle che più si convengono all'indole del Comune moderno. Il mantenimento dell'ordine pubblico viene negli Stati continentali considerato come interesse precipuo dello Stato intero: è bene quindi che vi provveda l'Amministrazione diretta con funzionarî locali, ma propri. Il promuovimento invece del benessere sociale, la comune utilità, il conseguimento di quegli scopi che l'attività individuale difficilmente o mai potrebbe raggiungere è bene che siano cômpito di un ente pubblico più ristretto dello Stato che abbia interessi più immediati e diretti alla consecuzione di essi. Cosicchè, allorquando si dice che il Comune ha un lato statuale ed un altro corporativo (3), se dal punto di vista della tecnica giuridica si dice cosa che a noi è sembrata poco esatta, non si può negare che, sotto un certo aspetto più generale e comprensivo, tale osservazione appare corrispondente alla realtà delle cose. Le attribuzioni del Comune moderno difatti, essendo nella massima parte dei casi pertinenti a quella sfera di attività sociale che solo in questi ultimi tempi ha assunto proporzioni così vaste, sono tali che nulla vieta siano esercitate da associazioni puramente private. Sono, per lo più, ragioni d'opportunità e di convenienza che determinano tale competenza dei Comuni: il sorgere, difatti, per opera dell'iniziativa individuale, di associazioni o anche di fondazioni, che realmente avessero la necessaria capacità e potenza economica, potrebbe avere per effetto, non l'eliminazione assoluta, ma certo la diminuzione di tali attribuzioni comunali. Recentemente uno scrittore italiano, con un giusto intuito dei nostri bisogni e con conoscenza esatta dei buoni principî della scienza politica, propugnava la necessità di un discentramento, non già *a pro* del Comune o della provincia, ma *togliendo* da questi enti territoriali, in favore di « istituzioni organiche, specificate nell'origine e nelle funzioni, limitate dai fini loro presenti più che da territorio, come guarentigie naturali della vitalità collettiva, e così della conservazione sociale » (4).

Com'è naturale, non è compito nostro addentrarci in tale esame che esorbita dall'indagine puramente giuridica; abbiamo però voluto fare osservare come sia tendenza pressochè generale quella di considerare le attribuzioni del Comune come assai simili a quelle di vere e proprie associazioni. Anche la distinzione tra funzioni proprie e funzioni delegate del Comune, se dal punto di vista del diritto è inesatta o almeno inutile, ha un fondamento di verità indiscutibile, quando, dietro un esame di fatti non tecnico nè dommatico, ma compiuto specialmente con la scorta della legislazione comparata, si perviene alla conclusione che funzioni proprie, nel senso di ordinarie e generali del Comune, son quelle che, « non costituendo attributi della sovranità, provvedono alla soddisfazione di bisogni generali comuni a tutti i comunisti, senza distinzione di classi, bisogni che essi hanno comuni per il fatto della convivenza » (5).

217. E se si riflette alla definizione che noi abbiamo dato dell'autarchia comunale, mettendo specialmente in rilievo il fatto che l'amministrazione autarchica in genere, e comunale in ispecie, deve compiersi, oltre che nell'interesse dello Stato, anche in quello dell'ente, sembrerà perfettamente naturale che le attribuzioni del Comune siano d'indole prevalentemente sociale, giacchè, mentre la conservazione del diritto è un momento così importante della vita dello Stato che questo ha interesse di conseguirla direttamente, la cura del benessere sociale, anche perchè variabile da un luogo all'altro, può con opportunità esser lasciata agli enti locali che più dello Stato vi hanno interesse. Così, se da un lato è vero, come abbiamo cercato di dimostrarlo, che il concetto giuridico di autarchia deve prescindere dal numero, dall'importanza e dall'indole delle funzioni che l'ente autarchico esercita, dall'altro lato non è men vero che nel terreno della pratica amministrativa non ci può essere una vera autarchia del Comune, se ad esso non siano af-

(1) V. cit. una copiosa ed uniforme giurisprudenza sul proposito, dal Saredo, op. cit., III, p. 289.

(2) Art. 200 e 203 legge comunale e provinciale.

(3) Gierke, *Gemeinde burgerrecht*, nel *Rechtslexicon* dell'Holtzendorff, loco cit.

(4) Turiello, *Governo e governati in Italia: proposte*, Bologna 1890, p. 21.

(5) Presutti, *Il Comune e gli altri enti locali amministrativi*, p. 221.

fidate almeno le più importanti delle attribuzioni sociali, quali sarebbero la viabilità comunale, l'istruzione industriale, tecnica, professionale, l'assistenza pubblica, almeno in parte, e quei pubblici servizi che riguardano i vincoli di coabitazione, come, ad esempio, l'edilizia (1).

E qui torna opportuno rammentare come, sociali o giuridiche che sieno le attribuzioni del Comune, requisito necessario perchè si possa dire che esso goda di autarchia, è che le funzioni medesime non siano imposte, ma facoltative. Se l'autarchia difatti implica un diritto subiettivo, se il diritto subiettivo a sua volta implica facoltà di fare o non fare una data cosa, è chiaro che in rapporto alle funzioni obbligatorie, che costituiscono dei doveri, é vano parlare di autarchia. Abbiamo veduto come tutte, diciamo tutte, le attribuzioni giuridiche siano state al Comune imposte: così quelle di polizia locale, come le altre relative alla costituzione degli uffici comunali o alla formazione delle liste elettorali, commerciali, di leva e così via. Ciò i fautori della distinzione tra funzioni proprie ed improprie possono giustificare con l'argomento che le attribuzioni d'indole giuridica debbono ritenersi delegate dallo Stato. Senonchè anche le attribuzioni così dette sociali sono quasi tutte imposte, per modo che anche da questo lato è da ritenersi che praticamente però estesa ed efficace sia l'autarchia di cui i Comuni italiani son dotati.

218. Venendo ad indagini più concrete possiamo dividere le attribuzioni di carattere sociale di cui il Comune è dotato secondo i vari bisogni che esse tendono a soddisfare e che possono essere, giusta la tripartizione oramai da tutti accettata, fisici, economici e intellettuali.

E anzitutto diciamo qualche cosa dell'ingerenza del Comune nei rapporti fisici. I servizi più importanti cui essa dà luogo sono quelli che si riferiscono all'igiene e alla sanità pubblica. Prima di procedere oltre è necessaria però un'osservazione sistematica di non lieve importanza. Come per lo Stato in generale, così anche per il Comune, giova in questo ramo di attività che essi esercitano distinguere due lati, l'uno dei quali si potrebbe designare col nome di « polizia sanitaria » e l'altro con l'espressione di « cura della sanità pubblica ». Il primo rientra nel concetto di attività giuridica (2): noi vi abbiamo difatti accennato a proposito di essa; il secondo fa parte dell'attività sociale. La polizia sanitaria si riferisce a quelle limitazioni alla libertà individuale cui il Comune ricorre « quando la noncuranza individuale può dar luogo a malattie che si diffondano per tutto il corpo sociale » (3). Appartengono a questa categoria di attribuzioni quelle relative, per esempio, ai cimiteri e alla polizia mortuaria in genere, in base alle quali ogni Comune è obbligato a tenere un cimitero, sia esclusivamente proprio che consorziale, e nessuno può essere seppellito, tranne casi eccezionali tassativamente determinati, in luogo diverso (4); le altre relative alla vaccinazione e così via.

219. La cura della sanità pubblica propriamente detta comprenderebbe, giusta la partizione dell'Orlando (5), tre categorie di attribuzioni. La prima avrebbe per iscopo di garentire all'infermo la bontà del medico e dei medicinali; a tal uopo spetta al Comune l'obbligo di registrare nei modi prescritti dal regolamento il diploma degli esercenti le professioni di medico e chirurgo, veterinario, farmacista, dentista e così via (6). La seconda si propone di procurare agli indigenti i mezzi per curarsi convenientemente, donde l'obbligo del Comune di tenere almeno un medico-chirurgo ed una levatrice che prestino ai poveri la loro assistenza gratuita (7), e la facoltà di aprire e sussidiare ospedali, case di salute e così via. La terza categoria infine di attribuzioni sanitarie abbraccia i poteri del Comune per impedire che certe attività individuali non riescano di danno alla pubblica salute. Vi si possono anche comprendere gli obblighi che ha il Comune relativamente alla cura della salubrità del suolo e delle abitazioni, alla difesa della purezza dell'acqua potabile e così di seguito (8).

Oltre che la cura della sanità pubblica, il Comune ha nella sfera dell'attività relativa ai bisogni fisici, alcune attribuzioni di non scarsa importanza concernenti lo stato civile e il registro della popolazione. Ambedue le attribuzioni si possono ritenere obbligatorie, nel senso che il Comune deve corrispondere le spese relative; è da notarsi però che della loro esecuzione resta incaricato il sindaco, nella qualità di ufficiale del Governo (9).

Una particolare menzione merita la Giunta comunale di statistica (10), la quale ha cura del movimento della popolazione.

220. Non meno importanti sono le attribuzioni del Comune che riguardano la sua ingerenza ne' rapporti economici. Già parlando delle diverse forme che può assumere il Comune, abbiamo visto come nella legislazione comparata si hanno degli esempi di associazioni comunali che si propongono dei fini esclusivamente economici e fin d'allora osservammo la tendenza che ha il Comune moderno in generale ad estendere su tali rapporti la sua competenza. Ciò del resto si troverà perfettamente naturale, quando si rifletta che, se è vero che le attribuzioni del Comune riguardano più che altro quei bisogni che sorgono dai vincoli di coabitazione e di vicinanza, esse debbono essere precipuamente economiche: il Comune, come fenomeno sociologico, trova nell'economia la spiegazione più soddisfacente e più vera.

Relativamente alla produzione della ricchezza, al Comune italiano sono riservate scarse attribuzioni, di secondaria importanza: meritano, fra le altre, di essere ricordate quelle che possono sorgere dai regolamenti comunali di polizia rurale « circa i consorzi riguardanti l'uso delle acque quando interessano la maggior parte degli abitanti e delle terre di un Comune o di una frazione; per la manutenzione dei canali e delle altre opere consortili destinate alla irrigazione ed allo scolo; .... circa i tempi e i modi da osservarsi per

(1) Vacchelli, *Il Comune nel diritto pubblico moderno*, p. 163 a 167.

(2) Stein, *Die Verwaltungslehre* cit., p. 12 e segg. Cfr. anche Orlando, *Principî di diritto amministrativo*, pag. 278 e 279, n. 477.

(3) Orlando, op. cit., pag. 279.

(4) V. gli art. 126, n. 8 e 135, n. 11 della legge comunale e provinciale e gli articoli 56 e 58 della legge sull'amministrazione sanitaria.

(5) *Principî di diritto amministrativo*, pag. 259.

(6) Art. 23 legge sull'amministrazione sanitaria.

(7) Art. 24 legge sull'amministrazione sanitaria, e 126, n 2, e 175, n. 5 legge comunale e provinciale.

(8) Art. 60 legge sull' amministrazione sanitaria. V. su tutto ciò, su cui noi siamo costretti a sorvolare, la voce **Sanità pubblica**, n. 63 a 84, in questa Raccolta.

(9) Art. 150, nn. 2 e 5, della legge comunale e provinciale.

(10) Istituita coi regi decreti del 9 ottobre 1861, 3 luglio 1862, 9 ottobre 1865.

la distruzione degli animali, degli insetti, delle crittogame e delle piante nocive all'agricoltura » (1). Altre attribuzioni sorgenti da leggi speciali potremmo enumerare, se una tale enumerazione conducesse a risultati teorici di qualche importanza.

Per quel che riguarda la circolazione, al Comune spetta innanzi tutto di provvedere a tutti quei rapporti e servigi che sorgono dalla vasta materia delle vie di comunicazioni comunali. Rientrano in tale sfera gli obblighi e le facoltà che al Comune competono relativamente alle strade comunali e vicinali, di cui debbono curare la manutenzione se esistenti (2) e che possono costruire tutte le volte che credono sia opportuno. Si riconnettono alla cura delle vie di comunicazioni per terra gli obblighi del Comune relativamente all'illuminazione delle strade e delle piazze, dove essa è stabilita (3). Riguardo poi alle vie di comunicazione per acqua, sono notevoli le attribuzioni del Comune « per la costruzione e il mantenimento dei porti, dei fari ed altre opere marittime in conformità delle leggi » (4).

Il Comune infine s'ingerisce, per quanto indirettamente, nella distribuzione della ricchezza con la sorveglianza che, per mezzo del Consiglio, esercita sugli stabilimenti di carità e di beneficenza dei quali può sempre esaminare l'andamento e vedere i conti (5). Si può dire che rientra in questa categoria di attribuzioni anche l'obbligo che hanno i Comuni di concorrere, nei casi previsti dalla legge di pubblica sicurezza (6), al mantenimento degli individui inabili al lavoro, e, sotto un certo punto di vista, anche la facoltà che essi hanno, e alla quale abbiamo accennato, d'imporre mete o calmieri, di fissare tariffe per i veicoli e i facchini di piazza e così via.

221. Resta per ultimo la importante categoria di rapporti intellettuali in cui l'Amministrazione comunale s'ingerisce. Essi consistono principalmente nell'istruzione elementare, la quale, secondo il sistema adesso vigente, è affidata ai Comuni (7), sebbene, a poco a poco, per come abbiamo più volte detto, si è dovuto estendere l'ingerenza governativa fino al punto di spogliare il Comune delle attribuzioni più importanti ad esse relative.

Oltre l'istruzione propriamente detta, cui il Comune è obbligato a provvedere, esso può istituire e mantenere biblioteche, archivi, musei, e talvolta anche scuole secondarie, come ginnasi, licei, istituti tecnici e nautici.

E inoltre degna di menzione la disposizione transitoria, per la quale « fino a che non sia approvata una legge che regoli le spese del culto, sono obbligatorie per i Comuni quelle per la conservazione degli edifici servienti al culto pubblico, nel caso d'insufficienza di altri mezzi per provvedervi ».

Sembra poi che debbano ritenersi tuttora in vigore le disposizioni con cui i Governi anteriori allo Stato italiano obbligavano le Amministrazioni comunali alla cura dei monumenti pubblici e degli oggetti d'arte e di antichità: dottrina e giurisprudenza sono oramai concordi su questo punto (8).

Rientrano infine nella sfera delle attribuzioni del Comune relative ai rapporti intellettuali, quelle speciali attribuzioni d'indole edilizia che riguardano l'ornato dei luoghi pubblici, per cui il Comune ha la facoltà, come abbiamo visto, di dettar norme sull'intonaco e le tinte dei muri e delle facciate, di regolare le sporgenze sulle vie e sulle piazze (9): attribuzioni queste che è bene tener distinte dalle altre, che rientrano anch'esse nella materia dell'edilizia, che spesso sono contenute nei medesimi regolamenti ma che si propongono fini intimamente diversi, come la cura dell'igiene (10) o della viabilità (11) e talvolta anche dell'incolumità pubblica (12).

Si potrebbe per ultimo ricordare l'ingerenza che i Comuni spesso esercitano in materia di teatri e spettacoli pubblici.

Capo III. — Attività finanziaria.

222. Il Comune ha dunque attribuzioni giuridiche e sociali da disimpegnare, che possiamo considerare come i suoi *fini*. Adesso dobbiamo dire dei *mezzi* e della relativa attività che esso adopera appunto pel conseguimento dei suoi fini.

Una prima partizione sistematica di quelle attribuzioni comunali che si possono considerare come mezzi alle altre ci viene data dalla distinzione della personalità del Comune medesimo in pubblica e privata. Parlando a suo luogo della nozione del Comune come subietto di diritti privati, come un ente morale qualsiasi, abbiamo insistito su un concetto che adesso è d'uopo richiamare. La personalità privata del Comune, abbiamo allora detto, sta di fronte alla pubblica nell'identico rapporto in cui il fisco sta allo Stato nel senso stretto della parola: ta'e rapporto, aggiungiamo adesso, altro non è che quello di mezzo al fine. Così lo Stato come il Comune, per il raggiungimento di certi loro fini, per il disimpegno di alcuni pubblici servizi, credono più opportuno, ora per una ragione ora per un'altra, non usare della loro supremazia e dei loro diritti sovrani, ma, eguagliandosi ai semplici cittadini, entrare con essi in rapporti paramente

(1) Art. 82 regol. legge comunale e provinciale.

(2) Art. 175, n. 8 legge comunale e provinciale.

(3) Art. 175, n. 13 ibid.

(4) Art. 175, n. 9 ibid.

(5) Art. 127, ibid.

(6) Art. 80 a 82.

(7) Cfr. la legge 13 novembre 1859 (legge Casati), art. 317; legge sull'istruzione obbligatoria 5 luglio 1887; regolamento per l'istruzione elementare, 16 febbraio 1888, art. 101; legge comunale e provinciale, art. 175, n. 12

(8) Cfr. il bel libro del Saleilles, *La législation italienne relative à la conservation des monuments et objets d'art*, Dijon 1894. V. anche Mantellini, *Lo Stato e il codice civile* cit., II, pag 157 e segg.; Giriodi, *Il Comune nel diritto civile*, p. 83 e segg; e della giurisprudenza relativamente copiosa, le sentenze della Cass di Roma, 6 dicembre 1876, *Ministero della pubblica istruzione* c. *Compagnia fondiaria italiana* (*Legge*, 1887, I, 93). 8 marzo 1880, *P M.* in causa *Gutinelli* (*Id.*, 1880, I. 551); 16 gennaio 1883, *Prefettura e Intendenza di Genova* c. *Peyrano e Tassi* (*Id.*, 1883, I, 327); 7 luglio 1887, *Porta-Lazi* c. *Ministero della pubblica istruzione* (*Id.*, 1887, I, 397).

(9) Art. 83, nn. 4 e 6 del regolamento per la legge comunale e provinciale.

(10) Art. 83, n. 5 reg. cit.

(11) Art. 83, nn. 3, 8 e 9.

(12) Art. 83, nn. 7 e 10.

privati. Donde l'esistenza di un attività del Comune, come anche dello Stato, che si distingue intimamente dalle altre, per ciò che avremo occasione di sviluppare appresso, che viene quindi regolata da principi giuridici che non rientrano il più delle volte nel diritto pubblico amministrativo. Tale attività è quella che abbiamo chiamato patrimoniale, di cui diremo nel capo seguente.

Adesso dobbiamo occuparci delle altre attribuzioni del Comune, che rappresentano sempre dei mezzi di cui esso si serve, ma che sono una derivazione della sua personalità pubblica. Tuttavia anche qui è d'uopo fare una sottodistinzione, per determinare meglio il nostro compito.

Anzitutto è bene far rilevare come, a prescindere dall'organizzazione dei pubblici servizi che potrebbe anche rientrare nel concetto di polizia in senso stretto, intendendo qui la parola polizia in un significato affatto speciale, quale l'è stato attribuito da qualcuno (1): i mezzi di cui il Comune si serve per il conseguimento dei suoi fini sono quasi esclusivamente *economici*. Quell'altra grande categoria di mezzi che sono necessari per raggiungere la sicurezza dell'interno e all'estero, sono propri dello Stato, compito del quale è appunto quello di mantenere l'ordine pubblico in tutti i suoi Comuni e prestare la sua forza per attuare tutti gli atti d'impero del Comune legalmente emanati. Tranne poche eccezioni, cui abbiamo altrove accennato, e che si riconnettono specialmente alle contravvenzioni ai regolamenti comunali, il Comune è sempre alla forza dello Stato che deve ricorrere tutte le volte che ad un suo ordine non si obbedisce o la tranquillità pubblica del suo territorio viene minacciata. Di quest'osservazione noi traemmo profitto per dimostrare che il Comune moderno non si può considerare come un ente sovrano per sè medesimo, ma che la sua sovranità è appunto quella dello Stato, dal quale la riceve e a cui rimane subordinato.

223. Ci resta dunque a dire dei mezzi economici. Anche il Comune, come tutti gli altri enti, hanno bisogno, per vivere, di *beni* e debbono quindi esser dotati dell'attività indispensabile a procurarli. E qui possiamo trarre profitto dalla distinzione fra *beni di primo grado*, che sarebbero quelli idonei, di per sè stessi, a soddisfare direttamente i bisogni della comunità e *beni strumentali*, che solo indirettamente son capaci di soddisfare questi bisogni, in quanto cioè possono servire all'acquisto di altri, scambiandoli, oppure si possono destinare ad altro uso, come a ricambiare opere intellettuali rese e così via (2). I beni pubblici di primo grado sarebbero quelli che comunemente si dicono demaniali: di essi non dobbiamo occuparci, essendo già stati trattati altrove (3). Qui invece dobbiamo studiare quest'attività che il Comune esplica nella sua qualità di persona pubblica, per il conseguimento dei mezzi strumentali: dobbiamo, cioè, per quanto brevemente, svolgere la teorica delle imposte comunali.

224. Ed anzitutto: qual è il fondamento giuridico del potere d'imporre che spetta ai Comuni? La risposta non può esser dubbia e noi l'abbiamo implicitamente data, riconnettendo tale potere alla personalità pubblica dell'ente che la esercita. Ogni corpo morale dotato di vita autonoma, l'abbiamo già detto, ha bisogno di quei mezzi economici che sono necessari per vivere. Le persone giuridiche private hanno tutte un patrimonio; anzi è nota la teoria che nel patrimonio fa consistere l'essenza di tali persone, facendone il reale subietto dei diritti e dei doveri. Anche le persone giuridiche pubbliche hanno bisogno di un patrimonio: su tale principio noi ci siamo a lungo indugiati, cercando di dimostrare l'erroneità dell'opinione contraria. Senonchè i mezzi per procurarsi tale patrimonio variano conformemente del resto alla diversa indole delle due categorie di persone. Mentre le private, quando non sono costituite da un patrimonio cui il fondatore abbia dato una determinata destinazione, non possono dai soci ritrarre altre entrate che quelle cui essi si siano volontariamente obbligati, le persone pubbliche in virtù del *ius imperii* che ad esse compete possono ricorrere anche a mezzi intimamente diversi: possono cioè, quando il bisogno lo richiede, imporre ai cittadini che sono sottoposti alla loro giurisdizione di concorrere con le loro prestazioni alla formazione del patrimonio dell'ente. Da ciò discendono parecchie conseguenze che è bene porre in rilievo.

Anzitutto l'insistenza d'un patrimonio vero e proprio non vale ad escludere il diritto d'imporre delle persone pubbliche in generale e del Comune in ispecie. È però presupposto necessario che tale patrimonio sia insufficiente per far fronte alle spese, cui il Comune è obbligato sia dalla legge, sia dai propri impegni. Tale insufficienza, non solo costituisce la giustificazione teorica e dottrinale del potere di imporre: essa deve realmente esistere ed i controlli del Comune hanno appunto la competenza di constatarla e di annullare le deliberazioni con cui, basandosi su di essa, s'impongono nuove tasse, tutte le volte che per l'appunto si constata la sufficienza delle rendite patrimoniali. Tale principio è stato riconosciuto anche dalla nostra legge com. e prov., la quale stabilisce espressamente che i Comuni potranno deliberare imposte o tasse, solo « nel caso di insufficienza delle rendite loro » (4). A sanzione di tale precetto, stanno le disposizioni che sottopongono all'approvazione della Giunta provinciale amministrativa i regolamenti di dazi e delle imposte comunali (5): dall'altro canto la Giunta medesima ha dei poteri correlativi nel senso che può sostituirsi al Comune, allorquando questo, malgrado che non abbia mezzi adeguati all'adempimento de' suoi obblighi, si rifiuta a istituire nuove tasse o aumentare le esistenti. La disposizione per cui « spetta alla Giunta provinciale amministrativa, udito il Consiglio comunale, di fare d'ufficio in bilancio le allocazioni necessarie per le spese obbligatorie » (6), deve intendersi come implicante la facoltà di cui abbiamo parlato.

225. Una seconda conseguenza de' principi su esposti, sarebbe la seguente. Il Comune, come in genere qualsiasi altra persona pubblica, ha il diritto d'imporre, ma solo « nei limiti e in conformità delle leggi » giusta l'espressione della nostra legge com. e prov. che riconosce espressamente anche tale principio (7). Il *ius imperii* difatti di cui i Comuni son dotati, non può concepirsi altrimenti che come un'emanazione di quello dello Stato, al quale non può contradire in nessun caso. Ma, anche a prescindere da tale considerazione teorica, la necessità di un limite ben determinato della facoltà d'imporre del Comune, si può dedurre altrimenti. È

(1) Vacchelli, *Il Comune* etc., pag. 161.
(2) Cfr. lo studio di A. De Viti De Marco, *Entrate patrimoniali e demanio*, nel *Giornale degli economisti*, dicembre 1894.
(3) V. alle voci **Demanio pubblico** e **Beni comunali**.

(4) Art. 164, legge com. e prov.
(5) Art. 194.
(6) Art. 196.
(7) Art. 164.

noto come sia canone essenziale del diritto finanziario, non solo dello Stato italiano, ma di tutti gli Stati i quali si reggono con il cosidetto governo rappresentativo, che nessun tributo può essere imposto o riscosso se non dietro l'approvazione del Parlamento, per come del resto stabilisce espressamente il nostro Statuto (1). Ora tal principio non porta senza alcun dubbio alla conseguenza, che pure da alcuni sembra vagheggiata, per la quale al Comune bisognerebbe negare qualsiasi facoltà d'imporre; e ciò perchè non è necessario che il Parlamento consenta caso per caso il tributo, ma può dare le norme generali, precise e categoriche, con l'osservanza delle quali un ente, o anche un semplice ufficio pubblico, può costringere i cittadini a prestazioni economiche. Deve però ritenersi necessario che l'ente non solo osservi scrupolosamente tali norme, ciò che sarebbe ovvio, ma che non possa imporre tutte le volte che una legge non l'abbia espressamente autorizzato.

L'applicazione pratica di tale principio si può così compendiare. L'enumerazione che le nostre leggi fanno dei tributi che il Comune può istituire (2) è tassativa, non dimostrativa, e che nel dubbio, deve sempre preferirsi l'interpretazione restrittiva (3).

Non solo. I limiti delle leggi e la conformità ad esse, di cui parla anche l'art. 164 già cit. della nostra legge com. e prov., debbono osservarsi, oltre che in ciò che hanno di tassativo, anche ne'principî generali cui s'informano. Così, poichè in materia tributaria presso di noi vige il sistema dell'assoluta uguaglianza di tutti i cittadini, sarebbe illegale quel regolamento o, in qualsiasi altro modo, quella deliberazione con cui il Comune esentasse dall'imposta solo una parte de' cittadini e, per converso, ne aumentasse la misura per certi altri.

226. Si è fatta questione se nel caso della ripartizione del territorio comunale in frazioni, ciascuna di queste possa esser sottoposta ad un regime tributario diverso dalle altre.

Per risolverla convenientemente, basta richiamare i principî generali che abbiamo altrove posti riguardo al concetto di frazione. E anzitutto, poichè, giusta quanto abbiamo detto, la frazione non separata si può dire che non abbia per regola generale alcuna esistenza giuridica, ne viene che è impossibile sottoporla ad un'imposta più o meno grave delle altre, senza contraddire nel modo più evidente al principio d'eguaglianza, giacchè si può dire che questa disuguaglianza non colpirebbe la frazione in sè medesima, che dal punto di vista del diritto non esiste, ma solo un gruppo più o meno largo di comunisti. Più difficile è la questione quando si tratta di frazioni separate ed aventi perciò una vita autonoma. Tuttavia, se si considera anche per poco in che cosa questa autonomia consiste, ogni dubbio dovrà dileguarsi. È difatti da tutti riconosciuto come dal punto di vista del diritto pubblico, della personalità pubblica del Comune, della sua costituzione ed organizzazione amministrativa, questo continua a rimaner sempre unico. La divisione non si effettua che per ciò che riguarda i patrimoni; cioè le entrate che la frazione percepisce come persona giuridica privata e le passività cui essa è tenuta in tale sua qualità (4). Ora non è chi non vede come tutto ciò che si riferisce all'imposta esce fuori dalla cerchia della personalità civile, per rientrare in quella della personalità pubblica e quindi dell'organizzazione e dell'unità del Comune. Qualunque sia il giudizio che *de iure condendo* si vorrà riportare della questione in esame, ci par certo che, mettendoci dal punto di vista del diritto positivo italiano, si debba concludere per l'uguaglianza anche nei Comuni divisi in frazioni separate.

Tuttavia, nonostante che tale principio venga generalmente accettato dagli scrittori e dalla giurisprudenza, si è creduto necessario introdurvi un'eccezione. Quando, si è detto, l'imposizione di oneri speciali alle frazioni ha per motivo determinante il pagamento delle loro passività, allora una tale imposizione deve considerarsi come legittima, in grazia dello scopo che la giustifica e della necessità che la determina (5). Noi, nonostante che la *communis opinio* tenda ad ammettere tale eccezione, siamo di parere risolutamente contrario. La separazione del patrimonio della frazione da quello del Comune può aver luogo solo quando la frazione medesima « sia in grado di provvedere a' suoi particolari interessi » (6), cioè quando le entrate superino le spese. Non è possibile quindi giustificare l'applicazione di un regime tributario speciale invocando la necessità di sopperire alle passività, giacchè a queste debbono bastare le entrate patrimoniali. Che se poi tale insufficienza realmente avesse a verificarsi, allora si sarebbe avuta una separazione illegale, che l'Autorità amministrativa non solo potrebbe, per mille ragioni su cui qui è fuori luogo insistere, ma anche dovrebbe annullare con un suo nuovo provvedimento.

Anche da questo lato dunque non v'è ragione di fare alcuno strappo al principio d'uguaglianza che il Comune è tenuto, senz'alcun dubbio, a rispettare.

227. Alquanto diversa invece si presenta un'altra questione, elegantissima ed importante, sebbene nessuno, per quanto ne sappiamo, l'abbia sin'ora esaminata. Il dovere del Comune di uniformarsi ai principî generali che regolano il sistema tributario adottato dallo Stato si spinge fino al punto di rendere necessaria nell'imposizione che fa il Comune la adozione delle medesime teorie economiche o finanziarie? In termini più concreti: per il fatto che lo Stato italiano si ispira al principio della proporzionalità dell'imposta, il Comune non potrà applicare l'imposta progressiva? Va da sè che una tale questione può nascere solo quando le leggi tacciono sul proposito: chè, se in esse si ritrova una disposizione che anche indirettamente può fare conoscere la volontà del legislatore, allora è chiaro che il Comune dovrà ad essa uniformarsi. Così, se l'art. 25 dello Statuto, per cui i cittadini « contribuiscono indirettamente, nella proporzione dei loro averi, ai carichi dello Stato » (e si noti che qui con

(1) Art. 30.

(2) Tale enumerazione è fatta all'art. 164 della legge comunale e provinciale.

(3) V. in proposito molte decisioni del Consiglio di Stato, fra cui le seguenti: 8 giugno 1866; 26 luglio 1866; 2 maggio 1871; 18 gennaio 1873; 27 luglio 1875; 19 maggio 1876; 18 maggio 1877; 23 giugno 1880; 22 luglio 1881; citate dal Mazzoccolo, op. cit., pag. 391.

(4) Non sembra dubbio che si debba interpretare in questo senso stretto l'espressione « separazione dei patrimoni e delle spese », di cui parla l'art. 16. Cfr. in proposito Consiglio di Stato, 24 maggio 1873 (*Man. degli amm.*, 1876, p. 272).

(5) Così al Consiglio di Stato, 17 giugno 1870 (*Riv. amm.*, XXI, 757), vi aderiscono anche gli scrittori, fra i quali, Cereseto, *Commento alle leggi sulle imposte comunali*, Torino 1885, I, pagine 72 e 73; Mazzoccolo, op. cit., pag. 391; Saredo, op. cit., III, pag. 558.

(6) Art. 16 legge com. e prov.

la parola « Stato » usata in senso largo s'intende designare senza dubbio anche il Comune), s'interpreta nel senso che viene prescritta la proporzionalità dell'imposta, allora ogni ragione di dubitare vien meno. La questione può nascere solo quando, con alcuni, si ammetta che quella disposizione dello Statuto non alluda al sistema della proporzionalità dell'imposta, ma intenda, con quell'espressione un pò troppo vaga, assicurare l'uguaglianza de'cittadini in materia di tributi, uguaglianza che il sistema della progressione non farebbe venir meno.

Fermo questo presupposto (e sulle ragioni abbastanza gravi che potrebbero smentirlo non ci soffermiamo per amore di brevità), la questione è realmente assai difficile. Un argomento fortissimo in favore della tesi che il Comune debba uniformarsi al sistema della proporzionalità potrebbe esser fornito dalla considerazione che è precetto tassativo quello appunto per cui, in mancanza di una disposizione apposita, si deve ricorrere, nella risoluzione d'una controversia ai principî generali, non del diritto astratto, ma italiano, e questo sembra seguir sempre il sistema della proporzionalità. Tuttavia noi inclineremmo ad una soluzione meno esclusiva e più temperata. Quando le imposte stabilite dal Comune hanno corrispondenza nelle imposte dello Stato (p. es., i dazi), massime poi se si tratta di sovraimposte, allora non può esser dubbio che il Comune nel silenzio della legge dovrà ricorrere alle disposizioni che regolano casi simili e materie analoghe e queste prescrivono la proporzionalità. Ma quando si tratta di imposte esclusivamente comunali e *sui generis*, allora il carattere speciale di esse potrebbe consigliare la progressione, pure restando proporzionali tutte le altre. Così nulla vieta che la tassa di famiglia che i Comuni possono imporre, appunto perchè si può considerare come un avviamento a quell'imposta sul reddito cui, secondo alcuni, si converrebbe più che ad altro il sistema della progressione, si ordini appunto su tale base. Si tratterebbe di una tassa affatto caratteristica, a proposito della quale non si può dire fino a che punto sia lecito fare richiamo ai principî generali o alle disposizioni analoghe. Ripetiamo in ultimo che tutto questo nostro ragionamento è fondato sull'interpretazione poco letterale che abbiamo accennato, e su cui ci sarebbe tanto a discutere, dell'art. 25 dello Statuto: respinta questa, vien meno la questione medesima, come abbiamo più volte detto. È bene del resto far notare come nei progetti di legge ed anche nella pratica attuale s'inchini, specie nella tassa di famiglia, ad un sistema d'imposta progressiva, dividendo i contribuenti in classi e prescindendo da quella uguaglianza aritmetica che qualche volta nei suoi effetti importa ingiusta disuguaglianza.

228. Riassumendo quanto abbiamo fin qui detto, possiamo trarne una conclusione: il diritto d'imporre che spetta ai Comuni altro non è che una manifestazione della loro autarchia, ed è soggetto per conseguenza ai medesimi limiti cui sono sottoposti tutti i poteri autarchici. L'ordinamento dei tributi comunali è uno dei più gravi problemi da cui non può prescindere un sistema di saggio decentramento. Si disputa a questo proposito quali sian le imposte più adatte che si può dar facoltà al Comune di istituire: se le dirette o le indirette, se l'imposta unica o una minuta specificazione dei tributi, in modo che ad ogni pubblico servizio ne corrisponda uno, e così via. Riguardo alla deliberazione delle imposte si fa questione se sia preferibile il sistema di un controllo governativo oppure quello del limite fissato esattamente dalla legge. Quanto all'altro momento gravissimo che riguarda i beni su cui il tributo deve gravare, si disputa se tali beni debbano tenersi distinti dagli altri su cui impone lo Stato o se invece debba accordarsi la preferenza alle sovrimposte, o alle sopratasse. I modi di riscossione infine, di accertamento e così via sono pure soggetti a critiche e dispute infinite (1).

A noi non spetta occuparci di tali problemi gravissimi che riguardano, più che altro, il lato economico o politico dell'ordinamento dei tributi locali. Dal nostro punto di vista ci basta far notare come in sostanza non ci sia differenza alcuna fra il potere d'imporre che hanno gli enti autarchici non territoriali, come le Camere di commercio, i Consiglî dell'ordine degli avvocati e il Comune. Negli uni la facoltà di stabilire delle prestazioni economiche non può, com'è naturale, estendersi, al di là delle persone che fanno parte della corporazione; invece, poichè la giurisdizione del Comune, come la sovranità dello Stato, è territoriale, ne viene che soggetti passivi dell'imposta comunale possono essere da un lato tutti coloro che appartengono al Comune medesimo, cioè i comunisti, dall'altro lato le persone che, pur non appartenendovi, vi risiedono o hanno in esso il proprio domicilio, o le cose che vi si trovano o vi transitano ed anche gli atti che vi si compiono. Cosicchè mentre le imposte degli enti non territoriali per regola generale non possono essere che personali, quelle del Comune possono assumere tutte le svariate forme che presentano le imposte dello Stato. Va da sè che, mutando la circoscrizione del Comune, la facoltà a questo spettante d'imporre su quelle parti che si disgregano cessa e invece sorge su quelle parti che vi si aggregano.

229. Possiamo, dopo avere esposto i principî generali, esaminare sommariamente quale sia in Italia l'ordinamento dei tributi comunali. Anzitutto merita di esser notato il fatto che nella legislazione non si è tenuto alcun conto della distinzione fra imposte propriamente dette e tasse. Così si chiama « sopratassa » l'imposta sui generi già colpiti da dazio di consumo a prò dello Stato, « tassa » quella di esercizio e rivendita di generi e così via. Veramente noi non sappiamo se la distinzione fra imposta e tassa debba « tenersi in gran conto in un riordinamento razionale e pratico dei tributi comunali » (2); ad ogni modo è certo che sarebbe bene usare una terminologia scientificamente corretta.

Per procedere dunque ad una classificazione sistematica dei tributi che può stabilire il Comune italiano bisogna tenere altra via. Una prima distinzione ce la può offrire la nota divisione fra imposte dirette e indirette. Non è certo questo il luogo di indagare quale sia il fondamento di tale distinzione: è noto come questa sia una controversia delle più difficili, massime quando si voglia esaminarla dal punto di vista del diritto, anzichè da quello della scienza delle finanze. Ci limitiamo quindi ad affermare gratuitamente quale sia la soluzione che noi preferiamo: a parer nostro le imposte dirette sarebbero quelle che « colpiscono la ricchezza, ovvero un possessore di cosa, vero o presunto, sol perchè

(1) Cfr. su tutto ciò le considerazioni del Vacchelli, *Il Comune etc.*, pag. 155 e segg., lo studio di N. Bianchi, *Il nostro sistema tributario comunale* (*Archivio giurid.*, LIV, pag. 52 a 89; 137 a 174), e quello più volte cit. dal Lacava, *La finanza locale in Italia*.

(2) Saredo, op. cit., III, p. 555, in nota.

tale, in un momento scelto dal legislatore; le indirette quelle che lo gravano in occasione di un fatto eventuale del medesimo » (1).

Il Comune può, secondo il diritto italiano, stabilire imposte così dirette come indirette. Apparterrebbero difatti alla prima categoria le sovraimposte alle contribuzioni sui terreni e sui fabbricati, la tassa di esercizio e rivendita di generi, di famiglia, quella sulle vetture e sui domestici, sul valore locativo delle abitazioni e così via. Sarebbero invece imposte indirette i dazi, le privative del diritto di misura e peso pubblico e così di seguito.

I tributi comunali si potrebbero inoltre distinguere a seconda che gravano su ricchezze non colpite dallo Stato, e rappresentano una sopratassa o sovrimposta, come comunemente si dice.

230. Una maggiore determinazione dei tributi comunali si avrà distinguendoli secondo l'obietto che essi colpiscono. Se quest'obietto sarà una cosa nel significato giuridico della parola, allora si avranno le imposte reali. Appartengono senza dubbio a questa categoria le sovraimposte alle contribuzioni dirette sui terreni e sui fabbricati e i dazi. Sembra inoltre che debbano considerarsi come reali la tassa sul bestiame, sulle bestie da tiro e da soma e sui cani (2), quelle sulle vetture così pubbliche che private, sulle fotografie e sulle insegne. Non ci sembra invece che possa considerarsi come un'imposta reale la tassa di esercizio o rivendita di generi, come vorrebbe l'opinione predominante (3). Secondo noi la realità dell'imposta deve desumersi dall'esistenza della *res* su cui essa grava, e per *res* si deve intendere l'obietto del diritto che spetta allo Stato o al Comune. Ora non crediamo che l'esercizio o la rivendita possano qualificarsi per « cose », senza contravvenire ai principî più noti ed elementari della tecnica giuridica. Se la distinzione fra imposte reali e personali non si vuole render vana, crediamo che l'imposte che si dicono reali debbano implicare sempre dei veri e proprî *diritti* reali. Ciò implica che la cosa che esse colpiscono deve essere certa e determinata, per modo che l'imposta possa rappresentare un peso ad essa inerente. La tassa di esercizio e di rivendita, per il solo fatto che appartiene a quei tributi la cui base è indiziaria, cioè indeterminata, non si può dire che sia reale: altrimenti si dovrebbe senz'altro ammettere che tutte le imposte siano reali, giacchè in sostanza tutte colpiscono, dal punto di vista della scienza economica, non la persona ma la ricchezza materiale (4). Allorquando invece ci collochiamo dal punto di vista del diritto, la distinzione non potrà porsi su basi differenti di quella su cui poggia l'altra distinzione fra diritti personali e reali e l'imposte reali dovranno dirsi quelle che colpiscono una *cosa corporea*.

Imposte personali invece sarebbero le altre il cui obietto sarebbe la prestazione medesima, per modo che l'azione correlativa ai diritti che esse implicano non potrebbe farsi valere che contro il subietto passivo dell'imposta medesima. Allora siamo di fronte ad un'obbligazione che si potrà disputare se e fino a che punto debba essere regolata dal diritto civile, ma che ad ogni modo non perde la sua indole per alcune eccezioni al diritto comune che la specialità del rapporto può far sorgere; quel che è certo si è che essa non può equipararsi, neppure per analogia, ad un *ius in re aliena*, giacchè manca del tutto questa *res*, nel senso che questa è condizione spesso non vera, ma presunta, dell'imposizione, ma ad ogni modo rimane estranea al rapporto giuridico che s'istituisce fra creditore (Comune) e debitore (contribuente), del quale rapporto essa rappresenta il titolo, non l'obbietto.

Le imposte comunali personali sarebbero, a non parlare del decimo sulla tassa di ricchezza mobile, che non si può dire un tributo comunale, venendo corrisposto al Comune dallo Stato, la tassa di famiglia o fuocatico, quella di esercizio e rivendita di generi di cui ci siamo occupati, e quella infine sui domestici e sul valore locativo delle abitazioni.

Delle imposte personali è bene distinguere un gruppo importantissimo: quelle cioè che più che la persona considerata in sè stessa o in rapporto ad una sua data qualità, colpiscono un atto da essa compito. Come si vede, rientrano nella categoria delle imposte indirette, e, pure essendo in un certo senso personali, come a noi pare, hanno un carattere loro proprio così spiccato da giustificare l'opinione di chi vorrebbe farne una categoria a parte distinta così dalle reali, come dalle personali e che si potrebbe chiamare *mista* (5). Sono di tal natura i così detti diritti dello stato civile (6), e quelli di segreteria, che si è obbligati di corrispondere per il rilascio di certificati, per le spedizioni di deliberazioni e così via. Importanti sono le tasse per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (7), nella quale si può far rientrare quella per la concessione di spazi riservati nei cimiteri, e la tassa di licenza sugli esercizi pubblici, tanto se grava la licenza medesima quanto se colpisce la rinnovazione di essa.

231. Rientrano sempre nell'attività finanziaria del Comune, ma più che imposte nel senso stretto della parola si possono chiamare diritti di privativa o monopolî, quelli per cui il Comune può esercitare direttamente o dare in appalto l'esercizio con privativa del diritto di peso pubblico, della misura pubblica dei cereali e del vino e la privativa di affittare banchi pubblici in occasione di fiera e mercato, purchè tutti questi diritti non vestano carattere coattivo.

E qui, se ne fosse il caso, sarebbe opportuno occuparci, specie in ordine alla loro legittimità, di quella specie di monopolî comunali che si potrebbero chiamare indiretti, in quanto che sorgono da concessioni amministrative che è dubbio se il Comune possa in seguito fare ad altri. Ardua e complessa questione, non meno dal lato strettamente giuridico che da quello economico e finanziario, la cui soluzione ci porterebbe fuori dai limiti del nostro studio. Qui ci basti accennare come la dottrina e la giurisprudenza non procedono, così in Italia che altrove, completamente d'accordo, cosicchè, mentre la prima tenderebbe a negare la legalità di tali monopolî, trovando eco nell'opinione pubblica che li crede dannosi agli interessi dei cittadini, la seconda si può dire quasi unanimemente, si è dichiarata per la loro

(1) Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, pag. 475 e 476.

(2) Cfr. Pescatore, *La logica delle imposte*, pag. 239; Cereseto, op. cit., pag. 383; Consiglio di Stato, 13 maggio 1870 (*Rivista amm.*, XXXI, 897).

(3) Cfr. i pareri del Consiglio di Stato cit. dal Cereseto, op. cit., p. 209, che ne accoglie l'opinione.

(4) Cfr. le esatte osservazioni del Meucci, *Istituzioni* cit., pagina 460. La questione poi se il *diritto* reale che implica, secondo noi, l'imposta reale, sia principale o accessorio e garanzia di un altro, evidentemente non ci riguarda.

(5) Meucci, *Istituzioni* cit., pag. 458.

(6) Regio decreto 15 novembre 1865.

(7) Art. 164, n. 5, legge comunale e provinciale.

legittimità (1). Cosicchè, oltre le privative cui accenna la legge comunale e provinciale, si può dire che esistano nei Comuni italiani dei monopoli, esercitati dai privati, relativi specialmente ai servizi dell'illuminazione e dei transporti.

Ci sembra infine che non rientrino nell'attività finanziaria del Comune, ma invece in quella esclusivamente patrimoniale il corrispettivo cui i comunisti son tenuti nel godimento in natura dei beni del Comune, tutte le volte che non si tratta del demanio pubblico (2). Che se il corrispettivo è dovuto per l'uso di cose destinate dalla loro medesima natura ad esser pubbliche, allora avremo delle vere e proprie tasse su certi atti compiuti dai cittadini: sarebbero di tal natura, per esempio, i pedaggi (3) e le tasse d'ingresso per la visita dei musei e dei monumenti comunali.

232. Dopo avere enumerate e classificate le imposte che i Comuni italiani possono stabilire, possiamo con più agio esporre i principî generali che regolano le facoltà dei Comuni medesimi in proposito.

E anzitutto da quanto abbiamo detto si rileva che il primo momento dell'attività finanziaria, cioè lo *stanziamento* del tributo è del tutto sottratto al Comune. Abbiamo di già osservato come l'enumerazione delle imposte che fa la legge comunale e provinciale è tassativa, per modo che i Comuni possono scegliere fra queste, ma non stanziarne delle nuove: qualcuna cui noi abbiamo accennato e che non si trova per erronea omissione nella legge comunale e provinciale, è stabilita da altre leggi: così, per esempio, la tassa di licenza sugli esercizi pubblici.

Ai Comuni dunque spetta, adesso vedremo con quali restrizioni, la *determinazione* del tributo, intendendo per determinazione la scelta fra quelli stabiliti dallo Stato, l'*accertamento* e infine l'*esazione* del tributo medesimo.

In ordine alla determinazione l'Autorità comunale competente è per regola generale il Consiglio (4), essendo questo l'organo principale col quale il Comune manifesta la sua volontà, in tutto ciò che riguarda la sua costituzione, di cui le finanze rappresentano parte essenziale. Tuttavia tale principio che abbiamo chiamato generale, non è senza eccezione. I redditi dell'imposte servono non solo a soppetire alle spese facoltative, ma anche a quelle obbligatorie, che corrispondono, cioè, alle attribuzioni che, come abbiamo a suo luogo visto, lo Stato ha imposto al Comune. Altrove abbiamo in proposito osservato che ad esonerare l'Amministrazione comunale dall'adempimento di queste attribuzioni e dall'erogazione delle rispettive spese, non è motivo sufficiente la mancanza delle entrate necessarie. A sanzione di tal disposto sta il potere spettante alla Giunta provinciale amministrativa di fare, d'ufficio, in bilancio, udito il Consiglio comunale, le allocazioni necessarie per le spese obbligatorie (5). Tale potere della Giunta implica, com'è naturale, anche quello di levare, invece del Consiglio, le imposte, quando ciò si renda indispensabile.

233. Ad ogni modo, tranne che in questo caso eccezionale, resta sempre salva la competenza del Consiglio, il quale può, ogniqualvolta lo crede necessario ed opportuno, stabilire una nuova imposta senza altro controllo, che quello giuridico e legale, che dir si voglia. Per ciò che riguarda poi i regolamenti relativi alla tassa sul bestiame e a quella di famiglia, la Giunta non solo li approva, ma li compila addirittura (6).

Anche l'Autorità centrale non si può dire del tutto estranea a questo argomento dell'attività finanziaria del Comune. Difatti i regolamenti sulle imposte debbono essere spediti al Ministero, il quale, « udito il Consiglio di Stato, può annullarli in tutto o in parte, in quanto son contrari alle leggi e ai regolamenti generali » (7). Parrebbe che tale facoltà del Ministero si esplichi in un controllo semplicemente giuridico, che prescinde da ogni considerazione di merito e che in ogni caso essa si restringa all'annullamento, totale o parziale, dei regolamenti, giammai alla loro modificazione, che importerebbe una deroga ancora più grave all'autarchia comunale.

Come si vede, in questo primo momento, che del resto è il più importante, dell'attività finanziaria, i Comuni italiani sono sottoposti, oltre che al consueto controllo giuridico, anche ad altri severi controlli, giustificati in pratica dalle necessità create dalle attuali condizioni delle Amministrazioni locali, ma che, qualunque sia la loro ragione d'essere, feriscono l'autarchia dei Comuni medesimi, in ciò da cui essa attinge i mezzi più efficaci al conseguimento dei suoi fini: le risorse economiche (8). Nè si dica che l'attività economica dei Comuni non può risiedere nel concetto di autarchia per le ragioni che altrimenti qualunque attività individuale sarebbe compresa in questo concetto (9): a suo luogo noi abbiamo cercato di dimostrare che non solo l'attività finanziaria, ma anche quella puramente patrimoniale possono far nascere il diritto d'autarchia, nei rapporti che l'Amministrazione comunale ha con l'Amministrazione diretta dello Stato, o meglio con gli organi di questa destinati a limitarne le attribuzioni e sorvegliarla.

234. Riguardo all'accertamento dell'imponibile, ci basti il dire come il Comune possa, in quei tributi che sono ad esso propri, adottare quei sistemi che crede più convenienti: la ricerca diretta, la denuncia verificata, i diversi sistemi indiziari. Quando invece si tratta di sovrimposte a quelle dello Stato, allora il Comune deve uniformarsi alle disposizioni tassative che le leggi danno in proposito. In generale si può dire che le norme con le quali si deve procedere all'accertamento del tributo si contengono nei regolamenti comunali relativi, i quali, come abbiamo detto, sono sottoposti all'approvazione della Giunta provinciale e anche del Ministero, quando non sono compilati dalla Giunta medesima, come avviene per la tassa di famiglia e quella sul bestiame.

Parimenti per quel che riguarda la misura dell'imposta o, meglio il *maximum* cui essa può giungere, talvolta sono le leggi che danno nel proposito le norme da seguirsi: il

(1) Cfr. Cammeo, *I monopoli comunali* (*Archivio giuridico*, LIV, LV, LVI). V. anche O. Luchini, *Questioni di diritto*, Firenze 1898.

(2) Art. 159 legge comunale e provinciale.

(3) Art. 194, n. 6.

(4) Art. 126, n. 11. Cfr. Orlando, alla voce **Consiglio comunale**, n. 231 a 246. V. anche la voce **Contabilità provinciale e comunale**.

(5) Art. 196.

(6) Art. 8 legge 26 luglio 1868, combinato con l'art. 64 della legge 30 dicembre 1888. V. in proposito Consiglio di Stato, 8 novembre 1889, cit. dal Mazzoccolo, op. cit., p. 457.

(7) Art. 194, ult. capov.

(8) Cfr. Longo, *La teorica dei diritti pubblici subiettivi* etc., pag. 324. Forse è però esagerato il dire che la finanza comunale italiana sia una branca di quella statuale che divide con essa i suoi redditi.

(9) Jellinek, *System*, p. 280.

che avviene in tutte le sovrimposte, così in quelle che riguardano i terreni e i fabbricati come nei dazi di consumo (1). Tal'altra spetta alla Giunta fissare tale misura nella compilazione di quei regolamenti cui abbiamo accennato. Infine il Consiglio può, nella maggior parte dei casi, fissare da sè l'aliquota del tributo, salva sempre la approvazione amministrativa.

235. Il terzo momento dell'attività finanziaria dei Comuni, l'esazione dell'imposte, si inizia con la formazione dei ruoli. Stabilita l'imposta, accertato l'imponibile, la Giunta « prepara i ruoli delle tasse comunali » (2), secondo i regolamenti dei Comuni medesimi. I ruoli delle sovrimposte sono fatti dall'agente delle tasse ed approvati dall'intendente di finanza. Il cittadino è però tenuto al pagamento dell'imposta solo quando i ruoli siano stati resi esecutorî dal prefetto e pubblicati dal sindaco (3). Tale pubblicazione « costituisce il debitore legalmente obbligato al pagamento dell'imposta alle fissate scadenze ». Va da sè che contro l'accertamento quale risulta dai ruoli, come del resto contro qualsiasi altro atto dei Comuni riferentesi alla sua attività finanziaria, il cittadino può sperimentare dei rimedi giurisdizionali e amministrativi. Il diritto italiano (qui ci basti accennare, sorvolando, ai principî generalissimi) stabilisce all'uopo, allorquando si disputa del se si debba o meno l'imposta, la competenza dei tribunali ordinari: per quanto si riferisce alla misura, o meglio all'accertamento dell'imposta medesima, se si tratta di sovrimposte, allora si può senz'altro ricorrere alla giurisdizione dei magistrati. Invece, se si tratta d'imposte esclusivamente comunali, allora è esclusiva la competenza amministrativa, la quale può avere innanzi tutto uno stadio che potremmo chiamare interno, e che può essere variamente stabilito dai regolamenti locali; e in secondo luogo può esplicarsi col ricorso straordinario al re o alla IV Sezione. contro i provvedimenti definitivi delle autorità comunali (4).

Giova a questo proposito ricordare come, nonostante i reclami avanzati o le azioni intentate, « l'esazione delle entrate comunali avrà luogo secondo le indicazioni del bilancio e dei ruoli coi previlegi fiscali determinati dalle leggi » (5). Tali privilegi coincidono con quelli con cui si riscuotono le imposte erariali, e costituiscono una specie di *ius singulare* in ordine alle eccezioni che per diritto comune varrebbero ad esonerare dall'immediato pagamento (*solve et repete*), oltre che in ordine alla procedura esecutiva e ai privilegi concessi al Comune sulle cose colpite dall'imposta o dalla tassa.

Quanto poi ai diversi sistemi con cui la riscossione può avvenire, ricordiamo: 1°) quello per esattore, il quale vuole riscuotere le tasse comunali insieme a quelle dello Stato e provinciali; 2°) per abbuonamento, il che avviene spesso per i dazi (6), ed anche per le tasse sulle vetture pubbliche (7); 3°) per appalto. Può anche avvenire che il Comune riscuota direttamente la tassa, anzi ciò avviene per le tasse di licenza sugli esercizi pubblici, per i così detti diritti dello stato civile e di segreteria, per le tasse derivanti dall'occupazione di spazio ed aree pubbliche, talvolta anche per i pedaggi e così via. E non è escluso finalmente il caso che la riscossione venga assunta dal Governo, allorquando si tratta di sovratasse: allora il tributo dello Stato e quello comunale vengono riscossi assieme, salvo poi a fare la ripartizione degli introiti e delle spese incorse.

Capo IV. — Attività patrimoniale.

236. Parlando del patrimonio, come elemento della personalità, così pubblica che privata, del Comune, abbiamo già avuto occasione di enunciare alcuni principî fondamentali su cui non torneremo ad insistere, presupponendoli noti. La ricerca che adesso dobbiamo intraprendere è principalmente diretta a mostrare le differenze più sostanziali ed importanti che distinguono l'attività patrimoniale del Comune da quella delle persone giuridiche private e anche dei semplici cittadini. In altri termini, noi dobbiamo limitarci allo esame delle modificazioni che l'indole speciale del Comune, in quanto lo si considera come un istituto di diritto amministrativo, apporta a quella specie di *ius commune* di cui si valgono gli individui e gli enti collettivi privati.

E innanzi tutto qui si presenta un'assai bella ed importante questione che, malgrado sia prevalentemente teorica, pur nondimeno trova delle applicazioni pratiche di non lieve momento. La questione difficile e complessa così da non darci speranza di poterla compiutamente esaminare qui si potrebbe riassumere nel modo seguente: il diritto che regola l'attività patrimoniale dei Comuni è privato o pubblico? e s'è privato, costituisce una specie di diritto eccezionale, di *ius singulare*, o deve considerarsi come un diritto comune, per quanto la sua applicazione sia limitata, com'è naturale, alle persone giuridiche pubbliche? Siffatta controversia, di cui noi ci occupiamo a proposito del Comune, si può senz'altro riferire anche allo Stato ed a tutte le altre Amministrazioni autarchiche: donde la necessità di accennare qui semplicemente ai principali criteri con cui viene risoluta, senza occuparcene *ex professo*.

237. Strana sorte quella cui è andata incontro la nozione del diritto patrimoniale! Parrebbe che certi concetti fondamentali della scienza giuridica avessero dovuto trovare già da un pezzo la loro esatta definizione: eppure, nonostante che tutti i giorni nella pratica e nella speculazione scientifica, si ha occasione di richiamarli, come se fossero a tutti noti, le più ardue e lunghe dispute si accendono ogni qualvolta si tratta di precisarli e formularli. Così possiamo dire che finora manchi una nozione del diritto patrimoniale in cui si convenga, non diciamo da tutti, ma almeno da una scuola qualsiasi (8). Non recherà quindi alcuna meraviglia che in tali condizioni di cose, non si sia arrivato a stabilire se si tratta di un concetto esclusivamente proprio del diritto privato o se invece si possa parlare di un diritto pubblico

(1) V. le voci **Centesimi addizionali** e **Dazi di consumo**.

(2) Art. 135 n. 5, legge com. e prov.

(3) Art. 165.

(4) Fa eccezione la tassa vetture e domestici: cfr. in proposito l'art. 25 n. 4, legge 2 giugno 1890.

(5) Art. 178 legge comunale e provinciale.

(6) V. le voci **Abbuonamenti ai dazi di consumo** e **Abbuonamenti coi Comuni chiusi**.

(7) Cfr.. p. es., l'art. 164, n. 4.

(8) Cfr. Bekker, *Pand.* cit., I, pag. 137, II, pag. 140; Fadda e Bensa, in nota alle *Pandette* del Windscheid, I, parte I, p. 675

patrimoniale. Cosicchè, mentre alcuni adottano senz'altro la prima opinione (1), altri si schierano risolutamente in favore della seconda (2). Ne viene che, a proposito dello Stato, si fa, massime fra gli scrittori tedeschi, la questione se il concetto di fisco debba rientrare esclusivamente nel diritto privato o possa appartenere, sia pure parzialmente, anche al diritto pubblico (3).

Relativamente al Comune, la questione si complica per il fatto che la personalità pubblica di esso si distingue da quella privata in maniera molto meno saliente di quel che non avvenga per lo Stato propriamente detto nei rapporti col fisco. Sia la natura stessa dell'ente che tiene molto della figura giuridica di associazione, sia il genere delle attribuzioni che ad esso competono e che, come abbiam visto, fan parte dell' attività sociale più che della giuridica, è certo che, se è estremamente difficile per lo Stato stabilire una linea di demarcazione che separi la sua personalità pubblica dalla privata, tale difficoltà si rinviene ancora più accentuata relativamente al Comune. Noi siamo d'opinione (e non è qui il caso di estendersi su tale argomento) che una distinzione netta e precisa fra diritto pubblico e privato, almeno com'essa viene comunemente intesa, non solo non è possibile fissare, ma, fino ad un certo punto, non ha ragione di esistere. La speculazione scientifica ha continuato fino a questo momento a contrapporre i due diritti, credendo che l'uno studiasse rapporti diametralmente opposti a quelli dell'altro. Senonchè l'evoluzione spontanea della vita giuridica è stata più forte di qualunque teoria ed oramai tale vecchia contrapposizione non può più giustificarsi. Dalla cresciuta attività dello Stato, sostituentesi in maniera sempre più crescente alla società, massime per mezzo dei Comuni e degli altri enti locali, è nato un diritto che saremmo tentati di chiamar nuovo, ancora non disciplinato dalla elaborazione dei giureconsulti. È impossibile prevedere fin d'adesso quale sarà il principio che guiderà alla sua definitiva sistemazione. Possiamo però affermare senza altro come esso abbia di molto influito a fare abbandonare gli antichi concetti di diritto pubblico e di diritto privato, senza che per altro si sia giunti a sostituirvene dei nuovi. Esistono oggidì delle relazioni fra i cittadini da una parte e lo Stato e il Comune dall'altra, che per loro natura, sarebbero essenzialmente pubbliche, ma che si fanno entrare in forme e istituti che fin qui si credeano presi dal diritto privato, e che invece si sono mostrati applicabili a subietti e a rapporti che prima si riteneano ad essi completamente estranei. La constatazione di tale fenomeno oramai si può dire generale: e da tutti si riconosce che « è caratteristica del diritto odierno e specialmente nell'ambito della scienza amministrativa, il venir creando rapporti *sui generis*, partecipanti all'uno o all'altro dei due antichi tipi classici di rapporti o di diritto pubblico o di diritto privato » (4).

238. Nè si creda che questa specie di diritto nuovo, che si potrebbe chiamare quasi-pubblico e che viene da molti designato con l'espressione « diritto civile amministrativo », costituisca un diritto speciale o eccezionale, che dir si voglia, in antitesi a un diritto privato comune (5). La conseguenza di tale opinione sarebbe questa: che il diritto, di cui usano il Comune e in genere le pubbliche Amministrazioni nelle relazioni patrimoniali, dovrebbe considerarsi essenzialmente privato, per quantò le necessità di ordine pubblico, e le esigenze dei pubblici servizi consiglino a portarvi alcune deroghe, che la scienza dovrebbe considerare come del tutto eccezionali.

E che realmente ci sia una larga sfera di rapporti giuridici in cui il Comune non assume posizione diversa da quella di un subietto di diritto privato qualsiasi, per modo che gli si applicano i principî del diritto civile, sebbene alquanto modificati dai così detti privilegi del fisco, non può esser dubbio: in questi casi siamo in presenza di un vero diritto eccezionale. Ma dubitiamo che lo stesso si possa dire di altri rapporti numerosi, in cui prevale di gran lunga l'elemento del diritto pubblico. Il concetto di « diritto eccezionale » è affatto relativo e subordinato alla maggiore o minore portata dell'eccezione medesima: quando questa abbraccia un numero di casi troppo esteso o aventi una unità spiccata, allora è a parlarsi di un altro diritto comune. Ad ogni modo, senza estendersi di più su tale questione, crediamo di poter concludere dicendo che l'attività patrimoniale del Comune è in gran parte regolata dal diritto civile, ma che non bisogna tuttavia dimenticare che « i Comuni, oltre ad essere persone giuridiche, sono istituzioni amministrative, che, dentro il territorio loro assegnato, e nei limiti fissati dalle leggi, compiono attribuzioni autoritarie del genere di quelle esercitate dallo Stato..... L'intervento del principio autoritario..... dà luogo qualche volta a figure miste di pubblico e di privato diritto, le quali, per poco che il primo prevalga sul secondo escono dal concetto proprio della personalità giuridica, per innalzarsi a più vasto concepimento e divenire figure giuridiche di un ordine superiore » (6). Ed è giusta l'osservazione del Giorgi

(1) P. es., Fadda e Bensa, op cit., pag. 673.

(2) O. Mayer, ad es., *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig 1895, pag. 136, nota 2ª, afferma che « è falso il principio che ancora molti giuristi hanno in testa, che, cioè, rapporto di diritto patrimoniale e rapporto di diritto civile siano la medesima cosa ». Cfr. anche le considerazioni dello stesso Mayer, nell'*Archiv für öffentlich. Recht*, IX, pag. 287. Il Seydel, *Grundzüge einer allg. Staatslehre*, pag. 38, chiama la teoria che sostiene l'indole privata del diritto patrimoniale « un'idea fissa ». Fra gli italiani è della medesima opinione il Giorgi, *Dottrina delle persone giuridiche*, I, pag. 342, il quale parla espressamente di « diritti pubblici patrimoniali ». Quanto al Comune, v. il medesimo Giorgi, op. cit., IV, 338.

(3) Lo stesso Jellinek, il quale nella sua classificazione dei diritti pubblici subiettivi, esclude, partendo da concetti che qui è inutile ricordare, i diritti pubblici patrimoniali; lamenta che « la recente letteratura di diritto pubblico si ostina nell'errore che lo Stato sia da riguardarsi come fisco solo nei rapporti di diritto privato » (*System*, cit., p. 56). Sono della sua opinione lo Zachariae, il Sarwey, il Wach, O. Mayer; dell'opinione contraria, il Laband, lo Zorn, lo Schultze, il Seydel, nonostante il concetto che quest' ultimo ha, come abbiamo visto, del diritto patrimoniale; incerto sembra G. Meyer.

(4) Orlando, *Principî di diritto amministrativo*, pag. 95. Ampie considerazioni fa in proposito il Longo, *Teoria dei diritti pubblici subiettivi*, pag. 252 e 253. Cfr. anche Giorgi, op. cit., III, pag. 20, 247 ecc.; Meucci, *Istituzioni*, pag. 455; Bianchi Ferd., *Delle servitù legali*, pag. 23, e così via.

(5) Sui concetti di diritto comune e di diritto speciale, vedi le acute osservazioni del Vacchelli, *La responsabilità civile della pubblica Amministrazione e il diritto comune*, Milano 1892, p. 57 e segg.; nell'Orlando, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato* (*Archivio di diritto pubblico*, III, pag. 250), ecc.

(6) Giorgi, op. cit., IV, pag. 338.

che in sostanza ciò viene perfettamente riconosciuto come principio generale dal nostro codice civile, allorquando dichiara che i Comuni, al pari delle provincie e degli istituti pubblici, « sono considerati come persone, e godono dei diritti civili, *secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico* » (1).

Tracciare un'esatta linea di demarcazione fra le due specie di attività patrimoniale, non è, giova ripeterlo, sempre possibile. In Italia, come del resto altrove, una tale questione si è praticamente concretata, nella scienza e nella pratica, nell'altra circa la distinzione degli atti compiuti *iure imperii* e quelli compiuti *iure gestionis*. Di tale distinzione ci siamo già brevemente occupati, parlando degli atti amministrativi del Comune in generale, ed a questa parte della nostra trattazione rimandiamo per qualche sviluppo che qui non occorre ripetere.

239. Venendo a indagini più concrete, è facile constatare l'esattezza dei principî suesposti, esaminando, ciò che noi per l'indole della presente trattazione siamo costretti a fare fuggevolmente e incompiutamente, i diversi rapporti cui l'attività patrimoniale dei Comuni dà luogo.

Riguardo alla capacità civile dei Comuni il principio generale è quello enunciato dall'art. 2 del cod. civ. adesso ricordato: essi per regola hanno quella medesima capacità che le persone giuridiche: da ciò la conseguenza che essi, a meno che una disposizione tassativa non introduca un'eccezione da interpretarsi, com'è naturale, restrittivamente, possono compiere tutti gli atti civili che non presuppongono per la loro natura la qualità di persona fisica.

Nella dottrina si disputa se, oltre agli atti civili, nel senso stretto della parola, i Comuni possano compiere atti commerciali. Nella pratica legislativa tale questione è stata troncata dall'art. 7 del codice di commercio, per il quale « lo Stato, le provincie ed i Comuni non possono acquistare la qualità di commercianti, ma possono fare atti di commercio, e per questi rimangono soggetti alle leggi e agli usi commerciali ». Un'applicazione speciale di tale disposizione ci viene offerta dall'art. 163 della legge comunale e provinciale, il quale permette ai Comuni, sotto date condizioni ed entro certi limiti, di contrarre mutui cambiari.

Tuttavia dal lato puramente dottrinale la capacità commerciale del Comune rimane sempre un argomento assai controverso. Nonostante che gli enti locali, come del resto, sebbene in proporzione minore, anche lo Stato, debbano considerarsi non solo come enti sovrani che dichiarano e conservano il diritto, ma come grandi istituti che della loro sovranità si servono per il raggiungimento dei fini, che, per la loro medesima indole, potrebbero essere proseguiti anche da semplici privati, ciò nondimeno non è facile stabilire fino a qual punto debba spingersi la parificazione delle norme che regolano tale attività degli enti pubblici e di quelle cui sono sottoposti i semplici cittadini. La soluzione data alla questione dal nostro legislatore ci sembra scientificamente corretta. Nessuno, crediamo, vorrebbe sostenere che al Comune, come allo Stato e alla provincia, possa riconoscersi la qualità di commerciante. Dato che commerciante debba ritenersi colui che esercita atti di commercio per professione abituale, a noi sembra che al Comune non possa permettersi l'esercizio d'una tale professione. I mezzi cui esso deve ricorrere per procurare quelle risorse finanziarie che gli sono indispensabili per l'esercizio delle sue attribuzioni, debbono essere tali da non esporlo ad alcun rischio. Tutto l'intero sistema del nostro diritto positivo s'informa, ed è naturale, a tale principio: ne siano prova le infinite, talora soverchie cautele, cui sono sottoposti i Comuni relativamente a quegli atti che possono in qualsiasi maniera compromettere il loro patrimonio. Divieto di contrarre mutui, se non in certe condizioni e con dati limiti, autorizzazioni ed approvazioni richieste per l'alienazione e gl'impieghi di denaro, permessa la vendita d'immobili solo in casi straordinari; tutto ciò mostra come si tenda a salvaguardare le finanze comunali da ogni rischio cui l'imprudenza degli amministratori potrebbe sottoporle. Ora la professione di commerciante è essenzialmente aleatoria: e se da un lato si può ritenere adatta a fornire al Comune le risorse economiche di cui ha bisogno, senza ricorrere alle imposte, dall'altro lato è innegabile che il suo esercizio potrebbe compromettere il regolare andamento dell'amministrazione. Anzitutto le lungaggini, le cautele, la ponderazione che questa richiede mal si conformerebbero alla celerità e prontezza che sono doti precipue d'ogni commercio; dall'altro applicare al Comune tutte le norme cui i commercianti sono sottoposti, sarebbe pressochè impossibile: lo stato di fallimento, p. es., paralizzerebbe l'amministrazione comunale non solo nella sua attività puramente patrimoniale, ma anche in quella sociale e, ciò che sarebbe assurdo, in quella giuridica.

Più corretto sembra permettere al Comune di compiere singoli atti di commercio. Il pericolo di tale capacità sarebbe una *diminutio capitis* assai dannosa, e che non recherebbe alcun utile. Giova talvolta anche agli enti pubblici servirsi, come del resto fanno anche i privati non commercianti, di mezzi che l'origine e la consuetudine indica come commerciali, ma che una fusione, qual'è nei voti di molti, del diritto civile e commerciale, potrebbe benissimo privare di tale qualità esclusiva, che la generalità dei casi in cui essi vengono oramai adoperati, rende pressochè inutile ed oziosa.

240. All'argomento della capacità dei Comuni si ricollega quello della posizione giuridica che deve esser fatta ai Comuni stranieri per diritto italiano: se, cioè, essi debbono esser riconosciuti come subietti di diritto o debbono ritenersi assolutamente incapaci. È noto come tale questione si ricolleghi per solito all'altra analoga che si fa relativamente alle persone giuridiche straniere, e la soluzione nell'un senso o nell'altro si fa dipendere nella maggior parte dei casi dalla teorica che si professa circa la realità o finzione delle persone medesime. A noi sembra che si debba prescindere quanto più si può dal far ricorso in simili casi a teoriche di per sè stesse così dubbie. Si creda la persona giuridica, qualunque essa sia, una realtà fenomenica, indipendente dal riconoscimento del legislatore, si creda che essa venga creata da quest'ultimo, ci sembra che ciò non possa influire gran fatto sulla sua capacità all'estero. Non è vero che ciò che vien creato da un legislatore non possa esser riconosciuto in uno Stato diverso, come non è parimenti vero che la persona fisica ha ovunque piena capacità perchè esistente in natura. Data una persona giuridica che in uno Stato qualsiasi venga riconosciuta come tale, essa esiste: nè vale indagare se la sua origine deve riscontrarsi in un atto legislativo o in un fenomeno spontaneo, giacchè la questione della sua posizione giuridica al-

(1) Art 2. Cfr. Giorgi, op. e loc. cit.

l'estero, come molto esattamente osservano il Fadda e il Bensa, « non è questione di esistenza..... ma di capacità, perchè l'esistenza reale non può essere contestata e si tratta solo di vedere se ed entro a quali limiti si possa accordare all'ente l'esercizio dei diritti civili » (1). L'intero sistema poi, cui s'informa il diritto italiano, sembra che giustifichi pienamente l'opinione secondo la quale tale esercizio dovrebbe accordarsi, finchè, s'intende, non si deroghi dalle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico (2). L'espressione larga e comprensiva di cui si serve il legislatore allorquando dispone che « lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini » (3), di maniera che non sembra lecito non comprendere nella parola « straniero » anche le persone giuridiche (4), la stessa posizione che occupa tale art. 3, « collocato dopo quei due che definiscono la capacità delle due sorta di persone » (5), ci sembra che mostri chiaramente quale sia la volontà del legislatore.

Del resto noi crediamo che non ci sia bisogno di far dipendere la capacità civile dei Comuni stranieri da quella delle altre persone giuridiche. Qualunque sia difatti la teorica che si vorrà ritenere preferibile in rapporto a queste, ci sembra che ogni ragione di controversia sparisca allorquando si tratti della capacità degli Stati stranieri: non è possibile difatti riguardo a quest'ultimi ripetere quegli argomenti che si vorrebbero far militare contro le altre persone giuridiche e che, direttamente o indirettamente, traggono origine dalla vecchia teorica della finzione. Anche coloro che adottano tale teorica, fanno un'eccezione in favore dello Stato, persona *necessaria* come comunemente si dice. Lasciamo da parte la questione che abbiamo a suo luogo esaminata, se anche il Comune debba considerarsi o meno come una persona giuridica *necessaria*: certo si è che esso rappresenta un organo, una parte dello Stato, per quanto sia fornita di personalità autonoma, che ha, ad ogni modo, indole, attribuzioni, scopi assai simili, se non identici, a quelli che si riconoscono nello Stato medesimo. Non si saprebbe dunque concepire per quale ragione debba ad essi negarsi quella capacità che a qualunque Stato è necessario concedere.

Nè vale il dire che non sarebbe a ogni modo conveniente dare adito ad un Comune straniero di acquistare larghe estensioni del territorio d'uno Stato (6), giacchè, a parte qualunque altro argomento che contro tale obiezione si potrebbe rivolgere: desumendolo specialmente dall'art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile, resta sempre vero che esso dovrebbe, volta per volta, ottenere per l'acquisto di beni immobili quell'autorizzazione governativa che si richiede anche per i Comuni italiani e, in genere, per tutti i corpi morali (7).

241. Il Comune dunque, sia italiano che straniero, deve ritenersi pienamente capace. Senonchè è necessario distinguere la capacità potenziale che esso ha verso i terzi, da quella molto limitata che in realtà esso ha di fronte all'Autorità tutoria. Già parlando dei controlli amministrativi del Comune abbiamo notato come essi non si estendano alla sola attività giuridica, sociale e finanziaria, ma abbraccino anche quella puramente patrimoniale, per il principio che anche questa deve considerarsi come parte integrante dell'amministrazione comunale. E qui più che mai trovano la loro sede quelle teoriche su cui ci siamo trattenuti e che vorrebbero vedere nella vigilanza cui il Comune è sottoposto ora una tutela assai simile a quella cui vanno soggette le persone fisiche incapaci, ora qualche altra analogia con figure corrispondenti del diritto privato. A suo luogo abbiamo già detto quale sia la nostra opinione sul riguardo e non conviene ripeterci. Qui ci basti aggiungere come, specie nell'esercizio dell'attività patrimoniale, la necessità cui il Comune è sottoposto ora di fare approvare le sue deliberazioni dalla Giunta provinciale amministrativa, ora di ottenerne l'autorizzazione preventiva, ora di farle rendere esecutive dal prefetto, mal s'interpreta come un'incapacità del Comune medesimo. Già l'abbiamo detto un momento fa: il Comune deve ritenersi, di fronte ai terzi, pienamente capace, nonostante che, prima che un atto divenga perfetto, sia necessario che si siano mosse molte ruote dell'ingranaggio amministrativo. Notava il Persico, molto efficacemente, che la cosidetta tutela economica dei Comuni differisce da quella dei privati in quanto non si esercita sugli atti di amministrazione ma su quelli che la eccedono (8), il che significa che, giuridicamente, è un errore il paragonare un Comune ad un minorenne o ad un alienato e che il fondamento della così detta tutela economica deve ricercarsi altrove. Già avvertimmo, e giova qui ripetere, che la stessa parola « controllo », da noi preferita a quella di « tutela », mostra come esso lungi dal rendere il Comune incapace, lo presuppone pienamente capace, in quanto che controllo altro non è che il riscontro degli atti che un ente compie con le norme non importa se scritte o non scritte, se legali o tecniche, amministrative, politiche cui dovrebbero uniformarsi gli atti medesimi.

242. Un'applicazione pratica della massima importanza, incosciente (almeno crediamo), ma tuttavia esattissima, dei principî che abbiamo esposti venne fatta dal regolamento per l'applicazione della legge comunale e provinciale. Con la disposizione difatti in esso contenuta e per la quale « le deliberazioni, gli atti e i conti, per la cui validità la legge richiede l'approvazione d'un'Autorità superiore, non sono *esecutori*, quand'anche muniti del visto se non interviene quest'approvazione » (9), si venne implicitamente a riconoscere che un atto, per esempio, di alienazione d'immobili, cui manca l'approvazione della Giunta provinciale amministrativa, non è per ciò stesso nullo, ma non esecutorio. Eppure, se il Comune fosse incapace totalmente o anche parzialmente, per modo che altro dovesse completare o integrare tale sua incapacità, qualunque suo atto dovrebbe ritenersi nullo di pieno diritto, ove non fosse accompagnato dall'approvazione dell'Autorità superiore.

Discende invece da un principio che la teoria del controllo amministrativo ha in comune con quella della tutela

(1) Fadda e Bensa, op. cit., pag. 822.
(2) Art. 12 dispos. prelim. del cod. civ.
(3) Art. 3 cod. civ.
(4) Cass. di Torino, 18 novembre 1882, *Morellet* c. *Stato di Danimarca* (*Cassaz.*, Torino, 1882, II, 597).
(5) Fadda e Bensa, loc. cit.
(6) Laurent, *Principî di diritto civile*, vol. I, n. 306 e segg.

(7) Cfr., art. 1 della legge 21 giugno 1896 sull'autorizzazione degli acquisti delle provincie, dei Comuni e delle istituzioni pubbliche di beneficenza; cfr. anche la legge 5 giugno 1850 sulla capacità di acquistare dei corpi morali (art. unico). V. Giriodi, *Il Comune* cit., p. 20, n. 24.
(8) Persico, *Principî di diritto amministrativo* cit., I, p. 334.
(9) Art. 78.

privata, la massima importantissima che qui è bene ricordare, secondo la quale all'adempimento dei contratti dalla Giunta non approvati i terzi contraenti sono tenuti sempre; invece il Comune, nel cui interesse il controllo della Giunta si esercita, potrebbe in ogni caso opporre la mancanza dell'approvazione, per sottrarsi agli obblighi contrattuali (1). Se invece non si tratta di materia contrattuale, i terzi non sono tenuti ad ubbidire alle deliberazioni non approvate e, per converso, non possono in base ad esse sperimentare alcun diritto.

Un argomento invece, con cui si può dimostrare la grande differenza che passa fra la tutela dell'incapace e il controllo amministrativo, consiste in ciò, che, mentre il tutore agisce lui per conto dei minori o dell'interdetto, l'Autorità tutoria amministrativa lascia il Comune libero di agire, anzi non può, nell'esercizio del suo controllo, sostituire all'atto del Comune un altro atto qualsiasi. Può annullarlo, se trattasi di un'approvazione, può negare l'autorizzazione, se trattasi di un controllo preventivo: ma a ciò deve limitarsi la sua opera (2). Ond'è che, se delle analogie col diritto privato si vogliono ricercare (ciò che a noi non sembra nè utile nè opportuno), si potrebbero forse trovare, secondo il Persico, la cui opinione abbiamo altrove rammentata, nella condizione del minore emancipato (3), secondo il Saredo, in quella della donna maritata (4), e, quando trattasi di autorizzazione, si potrebbe caso mai (aggiungiamo noi) paragonare questa all'autorizzazione del tribunale che per certi atti privati è richiesta.

Del resto il controllo della Giunta provinciale amministrativa, per quanto abbracci una larga serie di atti patrimoniali del Comune, non è necessario per tutti. In generale si può dire che ove non si tratti di deliberazioni con cui si disponga, con la possibilità di comprometterlo, del patrimonio comunale, ivi il Comune è libero di agire, e d'interpretrare i suoi interessi. Così, per esempio, tutte le volte che il Comune vuole impiegare il suo denaro nella compra di stabili o di mutui con ipoteche, o di fondi pubblici dello Stato o di buoni del tesoro, o le versi nella Cassa dei depositi e prestiti; in tutte le locazioni o condizioni stabilite per un tempo che non va oltre i dodici anni (5) e così via, l'autorizzazione della Giunta provinciale amministrativa non è richiesta.

243. Importanti sono però alcune limitazioni obiettive della capacità del Comune relativamente a certi atti che esso non può compiere, sia assolutamente, sia relativamente. Così, per esempio, « nessun mutuo può esser contratto se gli interessi di esso, aggiunti a quelli dei debiti e mutui di qualunque natura precedentemente contratti, facciano giungere le somme da iscrivere in bilancio per il servizio degli interessi, ad una cifra superiore al quinto delle entrate ordinarie » (6). Parimenti il Comune non può contrarre mutui cambiari se non nel limite di un decimo della sua rendita ordinaria (7). In maniera assoluta è vietato l'acquisto di titoli de' debiti pubblici esteri (8). Nessuna alienazione, locazione, appalto di cose ed opere, il cui valore complessivo e giustificato oltrepassi le lire cinquecento, può esser compita per regola se non all'asta pubblica e colle forme stabilite per l'appalto delle opere dello Stato (9). Notevole per il concetto di proprietà comunale è anche la disposizione per cui il Comune non può far rimanere infruttuosi i suoi averi, venendosi così a limitare grandemente la disponibilità di essi. In ossequio a questo principio, che stabilisce una profonda e giusta differenza fra la proprietà individuale e quella, sia pure privata, de' Comuni, « i capitali disponibili d'ogni specie debbono essere impiegati » (10) e « i beni comunali devono di regola esser dati in affitto » (11). Per modo che non è inesatto parlare, come fa la stessa legge comunale e provinciale, di « contratti resi obbligatori per legge » (12), fra i quali, oltre la locazione dei beni immobili, si possono rammentare anche quelli per l'esazione delle imposte dirette, per la riscossione dei dazi (13), e così via.

244. Dal diritto amministrativo, più che dal diritto civile, sono regolate due materie gravissime attinenti all'attività patrimoniale del Comune: le obbligazioni cioè cui esso è tenuto per quasi contratto e per responsabilità sia diretta che indiretta. Difficili e complessi argomenti, su cui noi non possiamo indugiarci, sia per l'autonomia da essi acquistata, che rende indispensabile una trattazione a parte, sia perchè il loro esame, ci trasporterebbe quasi sempre fuori del nostro campo, dovendo risolvere anzitutto questioni e risalire a principî che non sono propri del diritto comunale, ma di tutte le pubbliche Amministrazioni. Qui ci basti il rammentare come eleganti e frequenti applicazioni così della teoria della gestione d'affari (14) come di quella della responsabilità si fanno a proposito delle opere sulle strade comunali (15), e dell'ultima in materia di mete o calmieri (16).

Riguardo poi alla responsabilità degli amministratori verso il Comune, sono notevoli alcune disposizioni della legge co-

(1) Cass. Napoli, 19 maggio 1883, *Ramberti c. Municipio di Napoli* (*Legge*, 1883, II, 265), e 19 dicembre 1889, *Burara c. Comune di San Lorenzo Maggiore* (*Id.*, 1890, II, 339). V. anche la sentenza della medesima Cassazione di Napoli, 25 marzo 1872, cit. dal Mazzoccolo, op. cit., p. 448. Cfr. art. 1107 cod. civ.

(2) Consiglio di Stato, 27 maggio 1872 (*Man. degli amm.*, 1882, pag. 167).

(3) Persico, *Principî di dir. amministrat.*, I, 335.

(4) Saredo, op. cit., III, pag. 793 e 794, n. 6357.

(5) Art. 194. n. 2 e 3, legge comunale e provinciale.

(6) Art. 163.

(7) Art. 163.

(8) Art. 161.

(9) Art. 166.

(10) Art. 161.

(11) Art. 159. V. alla voce **Beni comunali**.

(12) Art. 135.

(13) Cfr. Saredo, op. cit., III, p. 281, n. 4896

(14) Cfr. Cogliolo, *Trattato teorico e pratico della amministrazione degli affari altrui*, Torino 1890, II, n. 422; Giriodi, *Il Comune e il diritto civile*, pag. 380 e segg. Cfr. anche il libro del Brondi, *Le pubbliche amministrazioni e la gestione d'affari*, Torino 1895. Utile sarà consultare la monografia del Longo, *Del servizio pubblico assunto volontariamente da un privato*, Palermo 1895.

(15) Cfr. lo studio del De Martinis, *La responsabilità del Municipio per la costruzione e la manutenzione del demanio comunale*, Napoli 1889; del Gabba, *Del diritto dei proprietari fronteggianti le strade e le piazze pubbliche al risarcimento del danno subito per effetto di mutamenti operati nelle medesime vie o piazze*, nelle sue *Questioni di diritto civile*, 1882, p. 79 e segg. Per i principî generali, v., fra i molti altri e per non citare che i più recenti, i due lavori del Vacchelli, *La responsabilità civile della pubblica Amministrazione e il diritto comune* già cit., e dell'Orlando, *Saggio di una nuova teoria sul fondamento giur. della responsabilità civile* cit.

(16) Giriodi, op. cit., n. 509.

munale e provinciale in proposito. Rammentiamo fra le altre quella per cui « gli amministratori che ordinano spese non autorizzate dal bilancio e non deliberate dai rispettivi Consigli, o che ne contraggono l'impegno, rispondono in proprio e in solido » (1). Parimenti saranno responsabili in proprio delle spese e dei danni gli amministratori che intraprenderanno o sosterranno lite, quando la relativa deliberazione non sia stata approvata (2); il cassiere che soddisferà mandati di pagamento illegali, e così via. Ad ogni modo, a prescindere da qualunque caso speciale, a noi importa qui ricordare l'importante deroga che in tale materia si è introdotta nei princìpî del diritto comune, stabilendo che sulla responsabilità degli amministratori pronunciano non i tribunali ordinari, ma il Consiglio di prefettura in primo grado e la Corte dei conti in appello (3), che all'uopo debbono ritenersi forniti di speciale giurisdizione escludente, secondo una giurisprudenza oramai costante, la competenza di qualsiasi altro magistrato. E non solo gli amministratori, ma anche i terzi che s'ingeriscono senza legale autorizzazione nel maneggio dei denari di un Comune, rimangono per questo solo fatto contabile sottoposti alla giurisdizione amministrativa (4).

245. Alla capacità del Comune di obbligarsi così attivamente che passivamente fa naturalmente riscontro la sua capacità a stare in giudizio così come attore che come convenuto. È notevole a questo riguardo il principio che tale capacità non si limita alla difesa del diritto proprio nel senso più stretto della parola, ma, in virtù della funzione che al Comune spetta di tutelare gli interessi della comunità, esso può stare in giudizio anche quando si disputa di diritti che competono ai comunisti, in quanto, ciò va da sè, essi vengono in considerazione *uti cives*, giammai *uti singuli*.

Il Comune in giudizio può esser rappresentato anzitutto dal sindaco (5), dietro la relativa deliberazione del Consiglio (6), se non si tratta di semplici provvedimenti conservativi (7), e, allorquando si disputa di diritti immobiliari, dopo aver ottenuta l'approvazione della Giunta provinciale amministrativa (8). In secondo luogo, in caso di scioglimento del Consiglio, la rappresentanza giudiziale del Comune spetta al regio commissario. Si disputa se l'Autorità tutoria possa assumere essa stessa tale rappresentanza, e si risponde generalmente che no, non potendosi lo stare in giudizio classificare fra le attribuzioni obbligatorie del Comune. Si ricordi infine ciò che fu già avvertito, che « ciascun contribuente può, a suo rischio e pericolo, con l'autorizzazione della Giunta provinciale amministrativa, far valere azioni che spettino al Comune o ad una frazione del Comune » (9). Elegante è la questione se per la rappresentanza del Comune innanzi gli istituti di giustizia amministrativa valgano gli stessi princìpî stabiliti per la sua rappresentanza dinanzi i tribunali ordinari. Sembra che no, giacchè, non venendo in questione, quando s'è in tema di giustizia amministrativa, alcun rapporto patrimoniale, l'autorizzazione del Consiglio non trova più luogo e riprende vigore il principio che ogni atto viene difeso per mezzo della stessa Autorità che l'ha emanato (10).

Titolo VI. — Cenni di legislazione comparata.

Capo I. — Osservazioni generali.

246. Generalità. — 247. La personalità del Comune nelle legislazioni straniere. — 248. Il sistema dell'unità comunale. — 249. Organizzazione dei Comuni. — 250. Controlli. — 251. Attività dei Comuni negli Stati principali d'Europa e d'America.

246. Alla esposizione dommatica dei princìpî giuridici che in Italia regolano il Comune gioverà far seguire alcuni cenni sulle legislazioni straniere relative a tale istituto, allo scopo specialmente di mettere in luce i punti principali in cui esse concordano e quelli in cui ciascuna assume un carattere proprio ed esclusivo. Il che sarà utile per dimostrare come il Comune sia un istituto generale, non solo alla maggior parte dei popoli antichi (ciò è stato compito di altra voce), ma anche a quasi tutti i popoli moderni, per quanto vari siano gli ordinamenti in cui esso riceve concreta attuazione. Alla sommaria esposizione che faremo relativamente a ciascuno Stato, ci sembra necessario premettere alcune osservazioni d'indole generale, senza di che i cenni che seguiranno rimarrebbero slegati e, in massima parte, inutili.

247. In tutti gli Stati dell'Europa continentale e negli Stati Uniti d'America, il Comune è un ente dotato di personalità così pubblica che privata, ed è, nello stesso tempo, non coordinato ma subordinato allo Stato, di cui fa parte integrante (11): ciò, s'intende, quando esso medesimo non è Stato autonomo, il qual caso non dobbiamo considerare noi che parliamo solo del Comune amministrativo, nel senso che abbiamo creduto dover attribuire a tale espressione. Prescindendo dunque da tale ipotesi, il Comune, nei paesi cui si è accennato, è un organo autarchico dello Stato, appunto come in Italia, sfornito d'una sovranità che, giuridicamente parlando, si possa dir propria, ma tuttavia dotato di diritti subiettivi verso lo Stato e, verso i cittadini, di poteri sovrani, per quanto rigorosamente limitati, concessigli dallo Stato medesimo, rispetto al quale, oltre che come organo,

(1) Art. 280.
(2) Art. 204.
(3) Art. 280.
(4) Art. 182.
(5) Art. 149, n. 9. V. per maggiori particolari la voce **Sindaco**.
(6) Art. 126, n. 5.
(7) Art. 149, n. 9.
(8) Art. 195.
(9) Art. 114. — Si disputa se tale capacità si estenda anche ai giudizi penali; a prima vista sembra che non ci sia ragione di limitarla ai civili, sebbene la parola *contribuente* mostrerebbe che la legge ha avuto di mira interessi patrimoniali soltanto. Altre ragioni per la negativa, che non ci sembrano decisive, si trovano nella decis. della IV Sezione, 9 maggio 1891 (*Riv. amm.*, 1891, pag. 408). V. Giriodi, op. cit., pag. 464 e segg.
(10) V., in proposito, Longo, *La rappresentanza legale dei Comuni nel ricorso dinanzi la IV Sezione*, nell'*Archivio di diritto pubblico*, IV, p. 37 e segg.. ed anche Orlando, alla voce **Consiglio comunale**, n. 212. Cfr. infine la decisione della IV Sez., 18 luglio 1893, *Comune di Locorotondo* (*Foro Ital.*, 1894, III, col. 11).
(11) Un'eccellente esposizione delle legislazioni straniere relative al Comune, specie dal punto di vista della loro autarchia, è il libro del Blodig, *Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff*, Wien und Leipzig, 1894. Lavori speciali per i singoli Stati tedeschi son quelli del Kessler, *Die preussische Selbstverwaltung und ihre Fortbildung*, Worms 1890; del Neukamp, *Die Staats- und Selbstverwaltung Westfalens*, Bochum 1887, e del medesimo autore, *Die Staats- und Selbstverwaltung der Rheinprovinz*, Essen 1888. Per la Francia, v. Block, *Les Communes et la liberté*, Paris 1876, e per l'Inghilterra i vari lavori citati dello Gneist, oltre quello recentissimo dell'Hatschek, *Die Selbstverwaltung*, etc., p. 20 e segg., London 1898.

esso deve altresì considerarsi come suddito. Anche in Francia, dove l'autarchia comunale ha subito tante vicende, a seconda che il dottrinarismo prevalente è stato ad essa favorevole o meno, il Comune è attualmente dotato di personalità, così ai fini del diritto pubblico come a quelli del diritto privato.

Anche in Inghilterra, dopo le recenti riforme, il concetto di enti autarchici territoriali aventi molti punti di somiglianza col nostro Comune si va facendo ogni di più strada. Non così tuttavia che non permangano gravi differenze. Il che bene non avvertono coloro che sognano di trapiantare tra noi ordinamenti che, svelti dal luogo in cui son nati e in cui prosperano dando ottimi frutti, avrebbero per effetto solo quello di farci sempre più scostare dalle nostre antiche tradizioni, così a torto dimenticate, anche dagli studiosi.

248. Dopo ciò conviene per un momento fissare la nostra attenzione su un punto di una certa importanza: da noi, come si è veduto, nonostante continue proposte legislative in senso contrario, è stato adottato il sistema dell'unità del Comune; a meno che la distinzione fra Comuni urbani e rurali non si voglia veder riprodotta in quella fra Comune propriamente detto e frazione comunale. Ricordiamo a questo proposito come noi proponessimo di risolvere la difficile questione dell'unità o meno, dando maggiore importanza ed autonomia alle frazioni, che così avrebbero potuto tener le veci dei Comuni rurali. Ma ciò adesso non importa: piuttosto è utile notare come tutti gli altri Stati maggiori della Europa, eccetto la Francia, seguano un sistema contrario al nostro, ammettendo un tipo di Comune rurale e facendone derivare delle conseguenze più o meno importanti in ordine specialmente alla tutela, qualche volta anche alle attribuzioni. La maggior parte poi degli Stati ha dato alle capitali un ordinamento diverso da tutti gli altri Comuni: il che non si è fatto, almeno abbastanza, in Italia.

249. Prescindiamo dall'intrattenerci, per non entrare in troppo minuti particolari che sarebbero qui fuori luogo, dalle condizioni che nei singoli Stati si richieggono perchè si abbia la qualità di comunista, dei diritti e doveri ad essa inerenti, dei mutamenti territoriali del Comune e dei loro effetti, specie patrimoniali. Relativamente poi agli organi, rinviamo senz'altro alle voci che ne trattano *ex professo:* **Consiglio comunale, Giunta municipale** e **Sindaco**, limitandoci qui a qualche cenno generalissimo. In tutti gli Stati europei, compresa l'Inghilterra, è contemperato in vari modi e proporzioni il principio elettivo con quello governativo: accanto alle Autorità comunali propriamente dette c'è sempre l'Autorità che rappresenta il potere centrale o almeno viene da questo nominata. Nè i punti di contatto si limitano a questo soltanto: il capo del Comune è sempre un organo individuale, come in Italia; invece gli altri organi istituzionali (dai burocratici prescindiamo totalmente) sono per lo più dei collegi, ad uno dei quali è affidata una potestà per regola deliberativa, ad un altro delle funzioni che ne fanno una specie di Comitato esecutivo permanente. Quel che è poi a notarsi, perchè di grandissima importanza specie rispetto al concetto astratto di autarchia, è che non sempre il modo con cui il Comune è organizzato dipende dalle leggi statuali, come in Italia; talvolta (ciò accade in parecchi Stati della Germania), quest'ultime esistono ma non sono imperative, nel senso che gli statuti locali possono ordinare diversamente le rappresentanze municipali.

250. I punti più importanti sono quelli relativi ai controlli degli atti del Comune e all'attività del medesimo. Riguardo al primo, è opportuno notare come ciò che con vocabolo improprio vien chiamato tutela amministrativa sia un istituto generale a tutti gli Stati, compresa quell'Inghilterra che viene sempre addotta ad esempio di decentramento completo. Così in Francia gli atti più importanti della vita comunale, specie quelli che ne potrebbero compromettere l'economia, i bilanci, le alienazioni, i mutui, sono soggetti all'approvazione del prefetto o del Consiglio di prefettura: talvolta è persino richiesta l'approvazione del presidente della Repubblica. Nel Belgio la vigilanza economica è ufficio affidato alla Deputazione permanente con un sistema analogo a quello vigente in Italia prima che andasse in vigore la legge attuale. In Prussia tale controllo è esercitato dal Governo distrettuale e in Austria dal Comitato regionale. L'Inghilterra poi affida a numerosi organi il controllo della vita locale: alcuni di questi organi fanno capo all'amministrazione centrale, specie al *Local Government Board;* dopo il 1894 esercitano la tutela sulle circoscrizioni minori anche i Consigli di contea.

251. Riguardo l'attività del Comune, a prescindere da quella finanziaria e dalla patrimoniale, che debbono necessariamente riscontrarsi tutte le volte che si abbia una corporazione di diritto pubblico, è da notare come essa si restringa in quasi tutti gli Stati alla cura delle comunicazioni, dell'igiene, della sanità e dell'istruzione pubblica, per lo più elementare (1), cioè a quell'attività che ordinariamente si suol designare col nome di « sociale ». Molto limitata è per solito l'attività giuridica ed abbraccia alcune attribuzioni relative alla pubblica sicurezza e talvolta alla pubblica incolumità. Questa osservazione è a taluno (2) parsa sufficiente per poter concludere che le prime funzioni debbono considerarsi sempre come proprie del Comune, le seconde come delegate. Noi abbiamo a suo luogo manifestato la nostra opinione sul proposito.

Notiamo per ultimo come in alcune legislazioni, come in quella della Prussia, ai Comuni vengono affidate anche alcune attribuzioni giurisdizionali: sempre poi si riscontra un'attività regolamentare, limitata nei paesi latini, assai sviluppata invece in Germania.

Capo II. — Singole legislazioni.

252. Rinvio. — 253. Francia. — 254. Belgio, Olanda e Spagna. — 255. Prussia. — 256. Austria ed Ungheria. — 257. Svizzera. — 258 Russia. — 259. Inghilterra e Stati Uniti.

252. Dopo le osservazioni d'indole generale che abbiamo superiormente fatte, possiamo senz'altro accennare alle leggi vigenti negli Stati più importanti dell'Europa e dell'America: un esame più concreto ci farebbe invadere il campo delle voci relative ai singoli organi comunali e alle loro attribuzioni, alle quali voci rimandiamo senz'altro.

253. Cominciando dagli Stati, il cui ordinamento è più simile al nostro, ci si presenta innanzi tutto la Francia. La legge organica sui Comuni è quella del 5 aprile 1884 (3) ed ha molti punti di coincidenza con l'italiana. La *Commune*

(1) Presutti, *Il Comune e gli altri enti locali amministrativi*, loco cit., pag. 216 e segg.

(2) Cfr. Presutti, op. cit. e loco cit.

(3) V. il comento del Faivre, *La loi municipale du 5 avril 1884* (7ª ed.), cit.

francese ha un Consiglio composto da un numero variabile di membri (da dieci a trentasei), un sindaco (*maire*) e degli aggiunti. Le sue attribuzioni nulla hanno di particolare, e si riducono sostanzialmente a quelle che abbiamo enumerato come generali al Comune moderno astrattamente considerato: esso provvede a tutto ciò che è d'interesse comunale, con le numerose restrizioni che la diffidenza contro le autarchie locali, così diffusa in Francia, ha introdotte e che si risolvono, da un lato, nella sottrazione di funzioni, specie attinenti all'attività giuridica, che rimangono così affidate ad organi governativi, e, dall'altro lato, nell'esercizio di rigorosi controlli, cui abbiamo già accennato.

254. Nel Belgio vige ancora l'antica legge del 30 marzo 1836, che è stata però modificata più volte, specialmente dalla legge del 7 maggio 1877. Anche in essa troviamo dei riscontri e dei nessi abbastanza intimi con la legislazione italiana, la quale anzi si è ispirata più al diritto belga che a quello francese. Abbiamo anche qui un Consiglio municipale, una Giunta composta di scabini eletti dal Consiglio e un borgomastro nominato dal re e corrispondente al nostro sindaco. Quanto alle attribuzioni e alla tutela nulla di rilevante: basti l'osservazione generale che l'opinione, assai divulgata, che ritiene il Comune belga dotato di un'autarchia molto maggiore dell'italiano, è, senz'alcun dubbio, ingiustificata o, per lo meno, esagerata (1).

Somigliantissimo al diritto belga è quello dell'Olanda, regolato dalle leggi del 20 giugno 1851 e del 7 luglio 1865.

Al medesimo tipo appartiene inoltre il Comune spagnuolo, riguardo al quale sono da consultarsi le leggi 20 agosto 1870, 16 dicembre 1876, 7 dicembre 1881, 29 agosto 1882.

255. Delle varie legislazioni relative ai singoli Stati germanici la più importante è, com'è naturale, quella della Prussia. Del resto le leggi vigenti in questo solo Stato sono numerose e, come abbiamo già notato, gli statuti locali possono ad esse derogare in quella parte, che certo non è la più trascurabile, che riguarda l'organizzazione. Per le provincie dell'est vigono, riguardo ai Comuni urbani, l'ordinanza municipale (*Städte-Ordnung*) del 30 maggio 1853 e, riguardo ai Comuni rurali, la legge del 15 aprile 1856. Per i Comuni rurali delle provincie orientali è in vigore la legge 3 luglio 1891. Le attribuzioni principali riguardano la polizia locale, intesa la parola « polizia » nel senso larghissimo che vi danno i tedeschi, e, ciò che abbiamo fatto notare, non è esclusa una certa competenza giurisdizionale. I Comuni urbani sono rappresentati da organi analoghi a quelli dei paesi latini; invece i Comuni rurali sono per solito amministrati dall'intera assemblea dei cittadini, talvolta dai soli proprietarî cui in tal caso si aggiungono alcuni consiglieri eletti (2). Molto simile al prussiano è l'ordinamento comunale bavarese.

256. In Austria la legge generale è quella del 5 marzo 1862: ci sono poi varie leggi particolari a ciascuno dei paesi che sono rappresentati al *Reichsrath*. Abbiamo sempre un Consiglio elettivo, un Comitato esecutivo e un borgomastro. In Ungheria bisogna distinguere le città libere reali dai municipî propriamente detti. Le prime si reggono analogamente ai Comitati, corrispondenti alle nostre provincie. La loro rappresentanza è delle più complicate, in quanto che vi prendono parte i contribuenti maggiori, gli eletti dal popolo, alcuni funzionari, in un medesimo Consiglio che poi nomina il borgomastro e gli aggiunti: nè mancano un governatore e un sotto-governatore nominati dal re. I municipî si dividono in tre classi a seconda che hanno un Consiglio proprio, o, pur non avendo il Consiglio, son provvisti di mezzi sufficienti, o, infine, sono uniti ad altri Municipî.

257. Degno di particolare attenzione sarebbe il diritto comunale della Svizzera, che però varia nei singoli cantoni. Sua caratteristica, che accenna del resto a scomparire del tutto e che si conserva adesso solo nei Comuni meno popolati, è la partecipazione diretta dei cittadini alla pubblica amministrazione. È inutile ricordare come nella Svizzera trovi completa attuazione l'istituto del *referendum*, che può dirsi proprio di essa, e che, secondo noi, non utilmente si tenterebbe di trapiantare fra noi.

258. Quanto alla Russia, abbiamo i Comuni rurali regolati dalle leggi del 1870 e del 1892 e i Comuni rurali dalle leggi del 1861, del 1874 e del 1878. Quanto a questi ultimi è a ricordare il *mir*, associazione che impropriamente si può confrontare con il Comune amministrativo, nel senso che abbiamo attribuito a tale espressione. Si può dire che esso non abbia funzioni pubbliche, le quali invece son riserbate al *volost*, risultante dall'unione di più *mir*. Questo provvede solo ai bisogni economici della collettività ed è a paragonarsi piuttosto con le associazioni private, per quanto assuma un carattere di necessità ed un'importanza molto rilevante. Non sarà inutile notare come in Russia, quasi a far contrasto col dispotismo costituzionale in essa dominante, i Comuni godono di una libertà molto rilevante.

259. Ci resterebbe a dire dell'Inghilterra e degli Stati Uniti d'America. Relativamente alla prima, dal cenno che ne abbiamo superiormente fatto potrà dedursi che l'esame del suo ordinamento locale ci condurrebbe a parlare di istituzioni in gran parte differenti da quelle che esaminiamo e che del resto richiederebbero un esame molto meno superficiale di quei cenni che possiamo qui dare. Basti il ricordo che da qualche tempo è cominciata in Inghilterra una lenta e graduale evoluzione, di cui non è possibile prevedere il risultato finale, ma che ha già modificato le vecchie forme istituzionali amministrative nel senso di renderle relativamente simili a quelle del continente. Riguardo agli Stati Uniti, notiamo soltanto che si distinguono i Comuni urbani dai rurali: i primi hanno una costituzione variabile secondo gli statuti interni particolari a ciascuno di essi, i secondi si dividono in tre gruppi, a seconda le maggiori o minori attribuzioni di cui son dotati e il rigore della tutela cui son sottoposti (*town, county* e *town ship*).

Santi Romano.

Vedi **Casermaggio**; **Circoscrizione amministrativa**; **Espropriazione per pubblica utilità**; **Legge comunale e provinciale**; **Sanità pubblica**, n. 63, 84, e le altre voci richiamate nella trattazione.

COMUNE CHIUSO E APERTO. Vedi **Dazi di consumo**.

COMUNE PERICOLO (Contravvenzioni di). Vedi **Incolumità pubblica (Contravvenzioni concernenti l')**.

COMUNICAZIONE DI DOCUMENTI. Vedi **Comparsa**.

(1) Cfr. Giorgi, op. cit., IV, pag. 80. Cfr. l'*Essai sur le droit communal* cit. del Giron.

(2) Cfr. nel *Wörterbuch des d. Verwaltungsrechts* cit. dello Stengel le varie voci che si riferiscono al Comune, I, p. 495 e 548.

COMUNIE.

SOMMARIO.

1. Natura, genesi e definizione. — 2. Criteri giuridici da cui sono disciplinate - Diritto di patronato e sua natura - Distinzioni varie. — 3. Differenze fra le comunie o chiese ricettizie curate e le parrocchie. — 4. Numerate e innumerate. — 5. Diritti dei patroni attivi e passivi. — 6. Ingerenza su di esse dell'Autorità ecclesiastica e suoi limiti. — 7. Diritti e doveri dei partecipanti delle ricettizie - Distinzione delle dignità in vere e ventose. — 8. Considerazioni storiche. — 9. Il breve pontificio *Impensa*. — 10. Istruzioni del 1822. — 11. Modello di statuti. — 12. Decreto 16 luglio 1824 - Ministeriale 23 aprile 1830 e circolare 30 giugno 1831 e altre disposizioni sino al 1860. — 13. Considerazioni sulle vicende storiche. — 14. Decreto dittatoriale per le provincie di Napoli del 1861 - Le disposizioni emanate dopo il concordato del 1818 furono abrogate? - Legge 7 luglio 1866. — 15. Legge 15 agosto 1867 - Differenza fra le ricettizie e le collegiate. — 16. Diritti dei Comuni e controversie nella giurisprudenza - Legge 11 agosto 1870. — 17. Legge 4 giugno 1899.

1. Le Comunie, altrimenti dette « chiese ricettizie », sono degli enti di natura non strettamente ecclesiastica, i quali presentano molte analogie coi capitoli sia cattedrali che collegiali (1). Unico dovette essere, in principio, il concetto che li informava, anzi, aggiungo io, tali enti si conservarono più fedeli alle origini della istituzione capitolare, inquantochè sempre praticarono quel comunismo di beni e di vita religiosa secondo i *canones* cristiani, che contraddistinse la vita dei capitoli nei primi tempi. Fu nel IV secolo circa, che i preti che aiutavano il vescovo, seguendo le tendenze ascetiche dei tempi e dietro l'orme di Eusebio da Vercelli e di S. Agostino, ricevettero in alcune chiese un ordinamento quasi monastico perchè sottoposto a certe regole fisse dette *canoni* (2). Possidio (3), scrittore della vita di S. Agostino, dice che questi asceso al sacerdozio si diede a vivere con altri compagni *secundum modum et regulam sub sanctis apostolis constitutam, maxime ut nemo quidquam proprium in illa societate haberet, sed eis essent omnia communia, et distribuiretur unicuique sicut opus erat* (4).

Venuta in uggia, col decorso dei tempi, quella comunione di vita e di beni stata praticata, sino allora, dai capitoli, essa venne ristabilita dal Concilio di Aquisgrana nel-l'816 (5) solo nelle chiese dell'impero franco ove funzionavano più ecclesiastici. Però rinacque ben presto la noia della vita comune e le crescenti ricchezze della Chiesa dovettero nei canonici suscitare il desiderio di avere beni personali distinti e separati dal resto della comunità capitolare, in modo che d'allora in poi furono i soli capitoli regolari quelli che continuarono a praticare la comunione di vita e di beni. Le chiese ricettizie sorsero applicando il concetto informatore dei capitoli a quegli ecclesiastici, che, invece di essere addetti alla coadiuvazione del vescovo, esercitavano la cura delle anime ed il servizio divino. La comunione di vita religiosa e di beni conservarono, forse perchè non distratti o lusingati dal desiderio di possedere beni personali per il fatto che non maneggiavano quelle ricchezze che necessariamente dovevano maneggiare i canonici, che erano i coadiuvatori del vescovo e gli amministratori del patrimonio della Chiesa. Le chiese ricettizie inoltre, conservandosi più fedeli ai precetti della Chiesa, praticarono quell'antico canone sancito dal Concilio Calcedonese e dal Concilio di Trento (6), che nessuno poteva incardinarsi negli ordini ecclesiastici, se prima non era addetto al servizio di qualche chiesa.

Le ricettizie sono assai comuni nell'Italia meridionale, dove sono anche intese sotto il nome di communerie o cappellanie corali.

Il nome, però, più usato dagli scrittori e più comune nella pratica, è quello di chiese ricettizie, e di questo nome quindi noi ci serviremo.

Esse, secondo la definizione datane dai canonisti, sono quelle chiese in cui l'amministrazione e la partecipazione delle rendite alle medesime annesse spettano, *pro rata*, a coloro che sono addetti al loro servizio, chiamati partecipanti. Questi, sia per fondazione, sia per immemorabile consuetudine, dovevano, secondo il diritto anteriore a quello affermato dal breve *Impensa* (di cui in seguito ci occuperemo), essere scelti tra i preti naturali od originari di un luogo, o tra i discendenti da un certo e determinato ceto di persone o di famiglie, senza instituzione od ingerenza alcuna dell'ordinario o della S. Sede.

2. I criteri giuridici da cui venivano disciplinati tali enti erano gli stessi dei benefici patrimoniali (7), i quali è noto spettare necessariamente, sia per apostolica concessione, sia per fondazione, sia per costituzioni sinodali sanzionate dalla S. Sede, sia per immemorabile consuetudine, ai nati, agli abitanti o agli originari di un dato luogo, e non ad altri che di tali qualità difettino. *Beneficia patrimonialia dicuntur a patria; ex eo quod solummodo sunt conferenda natis vel oriundis illius patriae, ubi talia beneficia consistunt* (8).

Tali benefizi essendo fondati da laici, con la riserva dei diritti succennati, tra cui quello di non potere essere ammessi alla amministrazione attiva e passiva degli stessi se non gli oriundi di un dato luogo o d'una data famiglia, sono di patronato propriamente laicale, appartenente, nella ipotesi che i chiamati al beneficio siano tutti i nati di un dato luogo, all'ente rappresentante la *communitas civium*, e nella ipotesi che i chiamati siano discendenti da una data famiglia, alla famiglia stessa.

Gli ecclesiastici ai quali spettava il governo od il servizio delle chiese ricettizie, o perchè originari della patria, o perchè discendenti dal padre, si chiamavano figli *patrimoniali*, donde ne venne pure alle chiese il nome di *matri* o *matrici* perchè raccoglievano, quali madri, i figli nel loro seno (9).

(1) Vedi alla voce **Chiesa**, n. 105.

(2) Friedberg e Ruffini, *Trattato di diritto eccl. cattolico ed evangelico*, § 66 p. 279.

(3) Possidius *Vita Augustin.*, n. 6, 11, 73.

(4) Cfr. in proposito Reuter, *Augustin. Studien*, 434; Crema, *Discorso storico della vita comune dei primi sei secoli della Chiesa*, Palestrina 1727.

(5) Muratori, *Ant. it.*, v. 191 e segg ; *Documenti intorno alla vita claustrale dei capitoli nei secoli IX e X nell'It. sett.*; Hinschius, *Dir. eccl.*, II, 61, n. 6

(6) Conc Trid., Sess. 23, *De reformat*, cap. 16, *ut nullus in posterum ordinetur qui illi Ecclesiae, aut pio loco, pro cuius necessitate aut utilitate adsumitur, non adscribatur, ubi suis fungatur muneribus, nec incertis vagetur sedibus.*

(7) Conc. Trident., Sess. 24, cap. 18.

(8) Gonzalez, *Super octava regula Cancellariae*, glossa 9, § 1, *De beneficiis patrimonialibus.*

(9) Il nome *matrici*, in questo caso, non deve intendersi nel senso del Concilio Tridentino di madri di altre chiese, che in rapporto a quelle son dette *filiali.*

A seconda che il patronato apparteneva ad una *communitas civium* o ad una famiglia, le ricettizie si dividevano in *civiche* e *familiari*. Le prime raccoglievano quegli ecclesiastici originarî da un dato luogo, mentre le seconde raccoglievano gli appartenenti ad una data famiglia. A seconda poi che alle dette chiese era annessa o no cura d'anime, si distinguevano in *curate* e *semplici*. Chiese ricettizie curate dicevansi quelle alle quali era annessa la cura d'anime da amministrarsi ad un certo e determinato numero di persone. Queste poi si suddividevano in *ricettizie curate civiche*, che erano quelle la di cui cura d'anime si estendeva a tutti gli abitanti di un luogo, e *ricettizie curate familiari*, che erano quelle la di cui cura d'anime era ristretta ad un determinato ceto di persone e famiglie. Le *chiese ricettizie semplici* erano quelle a cui non era annessa cura d'anime.

3. Dopo aver premesso che ordinariamente nelle chiese ricettizie curate la cura d'anime veniva delegata dai partecipanti a qualcuno di essi, riuscirà facile il non confondere le chiese ricettizie curate con le parrocchie, per la ragione semplicissima che il parroco, come benefiziato curato, esercita la cura d'anime per diritto proprio ed indipendente, mentre il partecipante di una chiesa ricettizia curata, esercita la cura delle anime in conseguenza della destinazione di coloro che rappresentano il ceto e governano dette chiese, e quindi non per diritto proprio e indipendente. Nel parroco c'è il *benefizio* curato, nel partecipante della chiesa ricettizia l'*uffizio* curato. In conseguenza ben fu detto che ogni parroco è curato, ma che non ogni curato è parroco.

4. Altra distinzione delle chiese ricettizie è quella di *numerate* ed *innumerate*. Sono numerate quelle in cui il numero dei partecipanti è fissato nelle tavole di fondazione, e non può essere sorpassato (1); innumerate quelle in cui il numero non è fisso, ma può essere maggiore o minore, così che sono ammessi tutti i figli patrimoniali incardinati negli ordini sacri.

5. Abbiamo notato che il patronato delle ricettizie è di natura laicale, e che le ricettizie civiche presumendosi fondate dalla *communitas civium*, a questa ne spetti il patronato, della stessa guisa che nelle ricettizie familiari spetti alla famiglia. Aggiungiamo ora che tale patronato canonicamente è di sua natura *mediato* (2), perchè è esercitato dalle *communitates civium* o dalle famiglie non immediatamente per essi loro, ma per mezzo degli originarî del luogo, o per mezzo dei discendenti della famiglia.

Tale patronato dicesi anche *passivo*, perchè tanto gli originarî di un luogo, quanto i discendenti di una famiglia, hanno il diritto di essere ammessi a partecipare alle rendite ed al servizio di dette chiese. Dicesi *attivo*, perchè i patroni passivi hanno il diritto di ammettere alle chiese tutti coloro che hanno il diritto di essere ammessi, e ciò indipendentemente dal consenso delle Autorità ecclesiastiche. Ne consegue che coloro i quali avevano il patronato passivo, o in altri termini i figli patrimoniali, la cui ammissione alle chiese era o non voluta o trascurata dai partecipanti, potevano farne reclamo ai legittimi superiori ed essere ammessi con l'autorità del giudice (3).

6. In quanto a ciò che riguardava l'ingerenza dell'Autorità ecclesiastica, rappresentata dall'ordinario del luogo o dalla S. Sede, prima del 13 agosto 1819, ossia prima che fosse stato emesso il breve pontificio *Impensa*, si può notare:

1° Siccome le partecipazioni alla massa non potevano dirsi benefizî ecclesiastici veri e propri, perchè mancanti di parecchi requisiti, come sarebbero l'autonomia della fondazione e l'erezione in titolo, così per l'ammissione dei figli patrimoniali non si richiedeva l'esperimento di quelle solennità volute per i preposti ai benefizi ordinari. Tali solennità erano l'istituzione, la collazione, o la conferma dell'ordinario locale, o, a seconda i casi speciali, anche della S. Sede (4). Ne consegue da ciò che le chiese ricettizie non possano giuridicamente confondersi con le collegiate, perchè in queste i beneficî annessi sono autonomi ed eretti in titolo.

2° Poichè le chiese ricettizie erano di natura laicale, esse erano soggette alle leggi civili, come può rilevarsi dalle molteplici disposizioni emesse in proposito, dal potere civile, nel secolo passato, nell'Italia meridionale, peninsulare ed insulare (5).

3° Per ciò che rifletteva la parte spirituale, erano sottoposte alla giurisdizione dell'ordinario e della S. Sede.

4° Dal momento poi che l'ordinario non aveva diritto alcuno d'ingerirsi nella elezione dei nuovi partecipanti alla ricettizia, essendo questa fatta secondo le norme statutarie, ne conseguiva che egli non poteva neanche togliere o sospendere la partecipazione ad alcun partecipante, perchè, osserva il Gatta (6), è nota la massima d'Ulpiano (7): *eius est nosse, qui potest velle*. Le controversie in proposito, data la natura laica delle ricettizie, si risolvevano dal magistrato laico.

7. Dal momento che i vantaggi venivano distribuiti a tutti i partecipanti ugualmente, era logico che anche i pesi avessero dovuto sopportarsi da tutti. Così nelle curate tutti dovevano sostenere la cura delle anime, e la massa comune era tenuta a far fronte alle spese necessarie. Fu per ragioni di opportunità che in alcune ricettizie i pesi e le cariche venivano distribuiti per mezzo di elezione ad alcuni fra i partecipanti. Fra questi, quegli che aveva la cura d'anime si disse vicario curato, arciprete, rettore, priore, abate curato; quegli che conservava i sacri tesori, tesoriere; quegli che conservava le scritture, archivista; il direttore del coro, primicerio o cantore, ecc.

Poichè dette cariche, come abbiamo visto, difettavano di fondazione ed erezione in titolo e non avevano particolare e distinto assegnamento, non costituendo canonicamente dei veri benefizî nè dignità, ma dei semplici uffizî, eran chiamate *dignità ventose*. I canonisti intendono per *dignità ventosa* od *abusiva*, quella la quale non è eretta nè si costituisce in titolo, ma lascia esercitare alcuni diritti onorifici, come la precedenza nel coro, nelle processioni, ecc. (8). La cura

(1) Tali divennero tutte in forza del rescritto 24 settembre 1771, che limitò il numero dei sacerdoti ad uno su ogni cento anime.

(2) Gatta, *Reali dispacci*, Napoli 1773, p. 1ª, vol. I, § 58 e segg. e § 100 e seg.

(3) De Luca, *De canonic. et Capitul.*, discuss. 19.

(4) Gatta, op. cit., § 113; De Luca, op. cit., discuss. 19, n. 5 e 6.

(5) Gatta, *Reali dispacci*, § 114, ediz. cit.

(6) Op. cit., § 122.

(7) L. 3, D. *De regulis iuris*.

(8) Fagnano, *Terzo libro Decretali*, cap. *Ad haec De Praebend. et dignitatibus*, n. 22; Gagliardi, *Instit. canonicae*, lib. I, tit. 29, *De dignit.*, n. 11; Viviano, *De iure patronat.*, lib. I, p. 1, cap. 1, n. 106; Lotterio, *De re benefic.*, lib. I, quaest. 14, n. 13; Barbosa, *De Canon.*, cap. 3, n. 8.

d'anime e il complesso dei diritti e dei pesi inerenti alla chiesa ricettizia, pur essendo distribuiti, per ragione di ordine, tra alcuni dei partecipanti, risiedevano di diritto su tutti; in modo che, venendo a vacare qualche carica, apparteneva ai partecipanti la provvisione di essa. Però, ciò non ostante, l'ordinario locale esercitava una straordinaria influenza nel coprimento di dette cariche, perchè, *iure proprio*, aveva il diritto di non permettere che persone a lui malvise esercitassero la cura di anime. In questo caso i partecipanti dovevano procedere ad un'altra elezione, infino a che la persona nominata avesse incontrato le simpatie del vescovo.

Contrariamente alle dignità ventose i canonisti intendono per *dignità vere* quelle legittimamente fondate ed crette in titolo ed in titolo conferite dall'Autorità ecclesiastica.

8. Come conseguenze dei principî suesposti si ha:

1° l'Autorità ecclesiastica, qualsiasi Autorità, non poteva mutare, per qualsiasi ragione, natura agli uffizî delle ricettizie ed alle rendite di esse;

2° al vescovo non era permesso di destinare alla cura delle anime, nelle ricettizie, persone non elette prima, secondo le norme statutarie;

3° i partecipanti non potevano eleggere per la cura persone estranee alla ricettizia;

4° le nomine delle cariche ventose fatte da qualsiasi, difformemente ai principi generali che regolano le chiese ricettizie, non erano valide.

Questi principî furono quelli che ebbero molta prevalenza nell' Italia meridionale, sotto l'influsso delle leggi di ammortizzazione, quali si vedono esposte dal Gatta, collettore dei reali dispacci. Nei tempi precedenti tali idee avevano subito l'influsso delle vicende della politica ecclesiastica, e nei momenti di assolutismo religioso l'influenza sia dell'ordinario che della Corte pontificia si affermava così forte, da snaturare financo il carattere originario delle chiese ricettizie.

Sotto il Tanucci, i diritti delle ricettizie, nei rapporti tanto coll'Autorità civile che con l'ecclesiastica, non furono violati, ma, declinato lui e la sua epoca, la polizia ecclesiastica mutò abbastanza. Fu il breve apostolico, che comincia *Impensa*, del 13 agosto 1819, la di cui osservanza venne ordinata con decreto del 7 settembre dello stesso anno, quello che d'allora in poi regolò le ricettizie assieme alle rr. Istruzioni 11 novembre 1822, accompagnate alle dilucidazioni del 18 novembre 1823 ed al modello di Statuti del 18 settembre 1824 (1). Da allora in poi il più delle ricettizie (non tutte) divennero, da laicali, ecclesiastiche e quindi di collazione vescovile. Alle partecipazioni rese fisse e atte a servire a titolo per la ordinazione sacra, si aggiunse l'ufficio principale e permanente, di coadiuvare il parroco nella cura d'anime.

9. Il breve *Impensa* del 13 agosto 1819 fu provocato dallo stesso Ferdinando I, il quale richiese al Sommo Pontefice Pio VII un provvedimento *per la più utile amministrazione* delle chiese ricettizie esistenti nei suoi dominî al di quà del Faro. Lo scopo principale di detto breve fu quello di ecclesiasticizzare le chiese ricettizie ed assoggettarle completamente all'ordinario.

Si dispose in detto breve (2):

1° che alla partecipazione stabilita nelle chiese ricettizie fossero *soltanto* ammessi quei sacerdoti e quei chierici, che dagli ordinarî locali saranno ritrovati più commendabili e per pietà e per dottrina;

2° che per l'ammissione suddetta si dovessero prima esperimentare i costumi e l'ingegno con apposito esame, eseguito il quale, l'ordinario poteva scegliere quelli, che in sua coscienza riputava più degni, i quali dovevano subito essere immessi a conseguire la stabilita porzione di rendita;

3° che contro tale deliberazione dell'ordinario, non era esperibile, come in via ordinaria, appello alcuno al metropolitano (3).

10. Come esplicazione, direi quasi, delle idee svolte in detto breve pontificio, su proposta del vescovo di Pozzuoli monsignor Rosini, il quale formolò un apposito progetto (4), venne dal re riunita una Commissione di vescovi, con l'intervento del nunzio apostolico, per esaminare il detto progetto. La Commissione formolò delle apposite istruzioni, che, con qualche modifica, vennero approvate dal re, con rescritto del 18 novembre 1822. Queste si dividono in 19 articoli, di cui riferiremo i più importanti, perchè riguardano la mutata natura giuridica delle chiese in esame (5). Coll'art. 1° fu tolta la distinzione delle ricettizie in numerate ed innumerate, disponendosi che tutte di qualunque natura fossero state per la loro fondazione, ancorchè annesse a cattedrali o collegiate, dovevano avere un clero *numerato incardinato* alle medesime, o abitualmente inserviente alle cure.

Con l'articolo 2° fu dato ai vescovi il diritto di *fissare il numero dei partecipanti*, avuto riguardo al numero delle anime, alle circostanze locali ed alla massa delle rendite divisibili agli incardinati.

In virtù dell'articolo 3° le porzioni di rendita certa, che erano assegnate a ciascun partecipante, potevano servire *di titolo canonico per i promovendi ai sacri ordini*, previo l'esame, a norma del breve *Impensa*.

I vescovi erano autorizzati a fare dei regolamenti che distribuivano le cariche fra i partecipanti, e quindi si bandiva il sistema elettivo (art. 4 e 5). Inoltre essi potevano fissare la *cosidetta puntatura*, ossia la pena per i partecipanti contumaci ai loro uffici (art. 8°). Mentre, secondo la natura delle chiese ricettizie curate, la cura delle anime risiedeva in tutti i partecipanti, i quali potevano all'occorrenza delegare, per ragione di comodità, uno o più fra essi, senza che questi avessero avuto diritto ad una maggiore quota di partecipazione, ora fu disposto che la congrua pel parroco doveva prelevarsi dalla rendita netta della massa comune, e doveva essa superare, almeno di un terzo, le altre partecipazioni (articolo 5). All'articolo 10 si disse che, prelevata la congrua del parroco (6), si dovevano formare del rimanente della massa comune, tante porzioni, quanti erano gli ecclesiastici che i vescovi stimavano necessario di coadiuvare il parroco nella cura e nel servizio del culto. E mentre prima predominava fra i partecipanti il criterio dell'uguaglianza fra essi, sia nei diritti che nei doveri, ora si volle che le quote delle rendite fossero divise in *maggiori* e *minori*. Le maggiori spet-

(1) V. Zecca, *Comm. alla legge sulla liquidaz. dell'Asse ecclesiastico*, Chieti 1867, pag. 195-202 e segg.

(2) Liberatore, *Polizia ecclesiastica* ecc. pag. 32, Napoli 1842; Salzano, *Diritto canonico* vol. II, pag. 200, Napoli 1856.

(3) *Atti del Concordato*, p. II, pag. 148 a 154.

(4) *Id.*, p. III, pag. 105.

(5) V. Salzano, op. cit., v. II, p. 200; Liberatore, op. cit., p. 32.

(6) Nelle proporzioni fissate dall'art. 7 del Concordato 1819.

tavano a coloro che, a *giudizio del vescovo*, avevano il merito della anzianità maggiore e della diligenza nel servizio. Le minori agli altri.

Tutti i partecipanti, in considerazione che il loro servizio lo imponeva, avevano l'obbligo della residenza, tranne il caso che il vescovo avesse permesso il contrario (articoli 13 e 14). Negli ultimi 5 articoli finalmente si stabilì che il prodotto delle puntature fosse ogni anno diviso fra tutti i partecipanti, incluso il parroco; che i diritti parrocchiali minori, detti anche di stola bianca e nera, si dividessero in due parti uguali, dividendo una a tutti i partecipanti e una restando al parroco; che nelle associazioni funebri al parroco spettasse il doppio di ogni altro; e infine che si fosse diffuso il sistema dell'officiatura corale.

11. La Commissione dei vescovi, in esecuzione sia del breve pontificio *Impensa*, che del rescritto 18 novembre 1822, e per rendere quanto più si poteva uniformi le chiese ricettizie, sollecitò la compilazione degli statuti, presentando e provocando a tal uopo l'approvazione regia di un modello speciale apposito (1).

Il modello suddetto venne approvato il 6 settembre 1824 e pubblicato il 18 dello stesso mese (2), con l'aggiunta che, qualora articoli particolari, per le peculiari circostanze di ogni ricettizia, avessero dovuto aggiungersi, i vescovi potevano farlo d'accordo coi rispettivi cleri. In caso di discrepanza, dovevano presentare le rispettive osservazioni, che dal regio Governo sarebbero state prese nella opportuna considerazione (3).

12. Con decreto del 16 luglio 1824, si estesero alle ricettizie approvate le disposizioni contenute nei regi decreti 2 maggio 1823 e 19 aprile 1824, riguardanti il modo di rendere esecutivi i titoli delle loro rendite, di qualunque natura fossero state, come canoni, prestazioni ed annualità, e si ordinò l'invio dei quadri dei debitori alle amministrazioni diocesane, ed in seguito agli intendenti delle provincie, per la opportuna pubblicazione (4). In seguito, con decreto ministeriale del 23 marzo 1830, si dispose:

1° che dovea provvedersi per concorso per esame, alle partecipazioni minori, o di semplici ricettizie, o di cleri ricettizî annessi a cattedrali o a collegiate, come del resto aveano disposto tanto la Santa Sede, col breve *Impensa*, quanto il re, colle sovrane istruzioni generali del 18 novembre 1822;

2° che erano soppressi i servizî statutarî e gratuiti;

3° che le partecipazioni maggiori delle semplici ricettizie doveano provvedersi a scelta del vescovo anche nel caso di passaggio da partecipazione minore a maggiore.

I vicarî capitolari, nella vacanza della sede vescovile, avevano le stesse facoltà dei vescovi sulla provvisione delle partecipazioni vacanti delle chiese ricettizie (5). Però non potevano mai disporre l'ammissione di un extra-partecipante ad una partecipazione maggiore; ciò per risoluzione 24 marzo 1819.

Con circolare 30 giugno 1831 si approvò il parere della Commissione dei vescovi, che, nel caso che le rendite delle ricettizie dovessero permanentemente aumentare, si dovevano formare altri titoli di sacra ordinazione. La distinzione antica adunque, delle ricettizie in numerate ed innumerate, non divenne che un semplice ricordo storico. Fu approvato anche il parere della Commissione dei vescovi che il procuratore delle ricettizie fosse esente da cauzione, essendo il suo ufficio gratuito ed esercibile per giro.

In seguito si facultò il vescovo a dispensare dall'esame i sacerdoti già ordinati, a titolo di patrimonio sacro (6).

Con provvedimento 18 luglio 1829 si deferì alla competenza dei tribunali ordinarî, e non dei Consiglî d'Intendenza, la cognizione delle opposizioni che i debitori delle Chiese ricettizie per rendite costituite, propongono contro i quadri pubblicati ai termini del surriferito decreto 2 maggio 1832.

Con altro provvedimento del 28 marzo 1840 si autorizzò il vescovo a conceder licenza a qualche partecipante di assentarsi dalla diocesi, non trattandosi di un vero e proprio beneficiato (7).

Sono ancora notevoli le seguenti disposizioni, di cui una obbligava i Comuni a continuare il pagamento di tutte le somme che erano soliti di pagare per la congrua o supplemento di congrua ai parrochi, tuttochè, secondo il concordato ultimo del 1818, erano obbligati solo a supplire al mantenimento delle chiese e dei sotto-parrochi (8).

Con altra disposizione si ordinava che i Comuni, anche in caso di vacanza dei beneficî curati, la cui congrua era a loro carico, erano obbligati di continuare a corrispondere le somme medesime alle Amministrazioni diocesane (9). Finalmente si rivocò l'articolo del regolamento vietante ai parrochi di essere maestri (10).

13. Sono queste le vicende storiche più salienti delle Comunie, altrimenti dette chiese ricettizie, nell'Italia meridionale in cui si trovavano quasi esclusivamente. Come può rilevarsi dall'esame di esse, le chiese ricettizie e i loro regolamenti subivano il momento politico-religioso che attraversavano. Così nel periodo, diciamo così, di risveglio del potere politico e di reazione contro il prepotere dell'Autorità religiosa, troviamo assai influente la laica giurisdizione, forse anche eccessivamente. Peccato che sogliono sempre avvenire le reazioni.

Col breve *Impensa*, se si lascia passare la frase che sa di militare, si mobilizzò tutto quanto il personale delle chiese ricettizie, e si mise a disposizione dell'Autorità ecclesiastica rappresentata dall'ordinario locale e dalla Santa Sede. Quella quasi indipendenza economica di cui godevano i partecipanti di dette chiese, l'ingerenza del potere laico su di esse, doveva di molto preoccupare gli assolutisti religiosi, i quali profittarono di un momento in cui i troni sentivano mancarsi il terreno sotto i piedi e sentivano il bisogno di aggrapparsi premurosamente e devotamente ai gradini dell'altare, per concretare la agognata riforma. A questa però non furono estranei lodevoli sentimenti, principale fra cui quello di provvedere alla condizione di gran parte del clero, di cui si aumentò il numero, per la maggiore possibilità che c'era di aspirare allo stato ecclesiastico

(1) *Atti del concord.*, fasc. III, n. 203.

(2) Zecca, *Comm. alla legge sulla liquid. Asse eccl.*, n. 195 a 202 e segg.

(3) Id., op. cit., pag. 204.

(4) Liberatore, op. cit., pag. 35.

(5) Vedi Napolitani, *Le chiese ricettizie* (*Gazz. Trib.* di Napoli, anno XXIX (1878), pag. 85 e 86); Liberatore, op. cit., n. 40.

(6) *Atti del Concord.*, pag. 9.

(7) *Atti del Concord.*, vol. VIII, pag. 81.

(8) Ministeriale dell'Interno, 29 maggio 1819.

(9) Rescritto 27 giugno 1823.

(10) Rescritto 10 maggio 1828.

potendo, come abbiamo visto, le partecipazioni servire di titolo pel patrimonio sacro.

14. Avvenuta la decadenza della dinastia borbonica dal regno di Napoli e Sicilia ed entrato il nuovo Governo, fu emanato un decreto dittatoriale il 17 febbraio 1861, il quale abolì il concordato del 1818 e, come fu già detto alla voce **Chiesa**, n. 107, richiamò in vigore il regio dispaccio del 26 agosto 1797, essendo allora nella mente del legislatore la loro conservazione.

La ragione di tale richiamo, come osserva bene il Frizzati (1), mirò più che altro a conservare, in rapporto al nuovo diritto pubblico che andava formandosi, integra la natura delle antiche istituzioni delle partecipazioni alle ricettizie, considerate dopo il 1818 quasi benefizî patrimoniali, mentre in realtà costituivano una massa di beni di natura laicale, di diritto civico, e di patronato attivo e passivo dei Comuni. Ciò perchè, come abbiamo visto, esse originavano da assegnazioni fornite dagli antichi fondatori, allo scopo di assicurare l'esercizio del culto, per mezzo di un clero indigeno; e di provvedere, altresì, alla sussistenza del clero medesimo, alla dignità del sacerdozio ed al servizio delle chiese laicali, sgravando le famiglie dal peso della somministrazione del patrimonio sacro, canonicamente necessario per l'incardinazione dei chierici agli ordini sacri.

Sebbene molte ragioni autorizzassero a credere che tutte le disposizioni civili emanate dopo il concordato abolito, fossero implicitamente, col richiamo in vigore del sopraddetto dispaccio del 1797, abrogate; e sebbene la dicitura del decreto dittatoriale dell'11 febbraio 1861 paresse di condurre a tale interpretazione, pure non v'ha dubbio che esse non furono abolite, come può rilevarsi dalla nota ministeriale 20 giugno 1861 (2) del ministro Mancini, diretta agli ordinari diocesani, nella quale dissipandosi degli equivoci assai naturali, si disse che le regie istruzioni del 1822 colle dilucidazioni del 18 novembre 1823, col modello degli statuti del 18 settembre 1884 e la lunga serie dei piani, essendo state emanate dal potere sovrano indipendentemente dal concordato del 1818, non potevano ritenersi abrogate. Tale ministeriale trovò anche una conferma in occasione della pubblicazione della legge 15 agosto 1869 per la interpretazione ed applicazione dell'art. 3, colla ministeriale 18 marzo 1870, in cui si dichiarò recisamente che i *piani* si intendevano mantenuti e mantenuta anche la divisione fra partecipazioni maggiori e minori.

È notorio che la legge 7 luglio 1866, in odio alla mano morta, applicò il principio della *conversione* dei beni degli enti ecclesiastici così soppressi come conservati. Ciò importò che i beni stessi passarono al demanio che inscrisse a favor loro una rendita del 5 per cento, pari alla rendita accertata e sottoposta al pagamento della manomorta (3). Da detta conversione, oltre i benefizî parrocchiali, le cappellanie laicali e i benefizî di patronato laicale misto, furono anche eccettuate le ricettizie (4).

15. Queste vennero però soppresse con la legge 15 agosto 1867, che abolì tutti i capitoli delle chiese collegiate risparmiati in parte dalle leggi precedenti. I beni di esse quando erano curate, furono devoluti ai Comuni locali, i quali dovettero sostenere non poche liti col Fondo per il culto originate dal carattere di ricettizie o comunie curate, che in certi casi voleva disconoscersi da quest'ultimo, il quale, per fini fiscali, inclinava a confonderle con le collegiate. Ma la differenza essenziale tra le ricettizie e le collegiate, l'abbiamo visto, è che le prime non hanno carattere ecclesiastico in senso stretto, le seconde sì. Ne deriva che le prime non godevano i privilegi (5) e non subivano le conseguenze legislative riferentisi ai beni degli enti ecclesiastici strettamente intesi. Il patronato su le ricettizie è improprio e quindi, a differenza delle collegiate, i beni rispettivi furono sottoposti a svincolo, col pagamento del 24 per cento, invece del 30 per cento, e non a rivendica.

Allorquando nelle ricettizie familiari esistevano patroni passivi (quali sarebbero li investiti) al momento della pubblicazione della legge 1867, questi, secondo la legge, avevano diritto allo svincolo per intiero, e, se coesistevano i patroni attivi, allo svincolo per metà. Però, come bene osserva lo Scaduto (6), tale presunzione non è *iuris et de iure*, ma *iuris tantum*. Così se le famiglie erano estinte, le partecipazioni dovevano diventare di collazione libera attiva e passiva, salvo che altrimenti fosse disposto per fondazione o per legge. È naturale che la legge 15 agosto 1867, nel devolvere i beni delle ricettizie curate, con certi obblighi, ai Comuni, escluse quelli su cui gravavano diritti di patronato attivo e passivo. Per cui la legge dispose che detti beni allora sarebbero stati devoluti, quando sarebbero cessati gli assegni ai partecipanti delle ricettizie curate soppresse. I Comuni avevano, in compenso, l'obbligo di dotare le fabbricerie parrocchiali e di costituire il supplemento di congrua. Il Consiglio di Stato (7) emise il parere in proposito, che per fabbricerie debbano intendersi non solo quelle così denominate, ma anche le Amministrazioni analoghe, a cui non era da estendersi la legislazione delle fabbricerie dell'Italia settentrionale, questo non essendo stato voluto dalla legge 15 agosto 1867. Nel caso d'inesistenza sia di fabbricerie che di Amministrazioni analoghe, il Comune, secondo il detto parere, è obbligato, quando riceve le rendite dei beni delle ricettizie, di erigere ad ente autonomo una fabbriceria od amministrazione analoga, senza potere iscrivere dette rendite nel suo bilancio a favore del Comune.

È assolutamente erronea la decisione di qualche Corte (8) la quale con evidente aberrazione chiamò ricettizie semplici quelle in cui la cura d'anime era esercitata da un solo individuo ed escluse, in conseguenza, i Comuni dalla successione alle rendite dei loro beni, perchè disse che erano ricettizie curate solo quelle in cui la cura d'anime esiste in tutto il collegio. Confutare tale teorica è completamente su-

(1) Frizzati, *L'art. 3 della legge 15 agosto 1867 sulle chiese ricettizie* (*Legge*, 1889, pag. 609).

(2) V. Saredo, *Codice ecclesiastico*, parte III, pag. 1163, Torino, Unione Tip.-Ed., 1891. È integralmente riportata la detta ministeriale.

(3) Calisse, *Manuale di diritto ecclesiastico*, pag. 268, n. 89; Firenze, Barbèra, 1893.

(4) Cfr. Zecca, *La legge sulla liquidazione dell'Asse ecclesiastico*, Chieti 1867; Scaduto, *Manuale di diritto ecclesiastico*, n. 210 e segg., vol. II; Tiepolo, *Leggi ecclesiastiche annotate*, 79 e segg., Torino, Unione Tip.-Editrice, 1881.

(5) Giustiniani, *Nuova collezione delle prammatiche del regno di Napoli*, tomo III, pag. 370.

(6) Scaduto, *Trattato di diritto ecclesiastico*, vol. I, pag. 686, Firenze 1889.

(7) Saredo, *Cod. eccl.*, vol. I, pag. 265-69.

(8) App. Catanzaro, 25 giugno 1889, *Fondo culto c. Comune di S. Floro* (*Riv. di dir. eccl.*, I, 480-82).

perfluo per chi ci ha seguito nell'esame della natura giuridica delle ricettizie. La cura d'anime in queste si presume essere virtualmente *in solidum*, *penes corpus;* e se vi è un individuo che particolarmente ed attualmente la esercitava, ciò ebbe luogo per potere delegato. Ma la pienezza della giurisdizione sacramentale stava nell'ente collettivo: ciascun membro della chiesa ricettizia non era un parroco, ma faceva parte di un corpo parrocchiale, e all'occorrenza veniva chiamato a sostenerne le funzioni.

La legge del 1867 previde tre ipotesi di chiese ricettizie:

1° quando queste funzionavano come capitoli;

2° quando non costituivano un ente unico col capitolo, ma persone giuridiche distinte quantunque annesse;

3° quando i beneficiati particolari erano anche partecipanti delle ricettizie stesse e quando il clero ricettizio era annesso alla parrocchia.

Nel primo caso l'ente viene conservato, dopo fatta la riduzione del numero delle partecipazioni a 12 canonicati e 6 benefici. Nel secondo caso, la ricettizia va soppressa, salvo soltanto un beneficio od una quota curata di massa, nel caso che ci fosse annessa cura d'anime. Nel terzo caso, la Cassazione romana (1) è per la soppressione; altri (2) ritiene che queste debbano conservarsi. Lo stesso dicasi del clero ricettizio annesso alla parrocchia.

16. Quando venne pubblicata la legge 15 agosto 1867 non ostante la chiarezza dell'art. 1°: « non sono più riconosciuti come enti morali i capitoli delle chiese collegiate, le chiese ricettizie, le comunie e le cappellanie corali, salvo per quelle tra esse che abbiano cura d'anime, un solo beneficio curato od una quota curata di massa per congrua parrocchiale », si ebbero dalla giurisprudenza parecchie versioni assolutamente contrarie allo spirito della legge stessa, forse, come osserva lo Scaduto (3), spiegabili col sentimento religioso dei magistrati.

Si volle esentare dalla conversione e dalla tassa del 30 per cento, non una sola quota, ma tutti i beni delle chiese ricettizie curate a somiglianza delle parrocchie. Tale esenzione si volle estendere ai capitoli cattedrali con cura d'anime, conservando in tal modo tutti i canonicati e non una parte soltanto. La legge 11 agosto 1870 tolse tali inconvenienti, disponendo in proposito e interpretando, diremo quasi, autenticamente l'art. 1° della legge 15 agosto 1867.

17. A questo punto si noti che, non ostante che l'art. 2 della legge 15 agosto 1867 desse ai Comuni il diritto di conseguire le rendite delle soppresse ricettizie e comunie, pure, come si è visto, tale diritto rimase solo nella legge, perchè vincolato alla condizione che fossero cessati gli assegnamenti dovuti ai partecipanti al momento della pubblicazione della legge.

Su tal proposito, venne ultimamente dalle Camere votata una legge promulgata il 4 giugno 1899 (4). In essa, agli articoli 5 e 6, si dice che i Comuni potranno ottenere dall'Amministrazione del Fondo per il culto la consegna delle rendite delle comunie *con cura d'anime,* in armonia all'articolo 2 della legge cennata 15 agosto 1867, anche prima che siano cessati gli assegnamenti dovuti ai partecipanti superstiti, purchè si assumano il pagamento degli assegnamenti medesimi, con l'iscrizione dell'usufrutto di una rendita sul debito pubblico in consolidato 4.50 per cento netto e si obblighino a cedere una rendita perpetua al Fondo per il culto, in corrispettivo della sua rinunzia al godimento dei beni che sono o diverranno vacanti in appresso. Tale rendita sarà maggiore o minore, secondo che sarà maggiore o minore l'utile che ne sarà ricavato dai Comuni.

All'articolo 7 s'impone a questi di costituire, nel seguente ordine di preferenza e mercè lo stralcio e l'assegnazione di altrettante partite di rendita agli aventi diritto:

1° la dotazione necessaria, così per la manutenzione della chiesa e, dove esista, anche della casa canonicale, come per la ufficiatura della chiesa parrocchiale e il rifornimento dei sacri arredi;

2° il supplemento di assegno ai parroci sino a raggiungere la somma stabilita dalla legge 7 luglio 1866 (5).

Da quanto si è detto è chiaro che i Comuni hanno poco da guadagnare, e manco male se la legge stessa stabilì, *ratione pietatis*, che essi non erano obbligati a cedere di più di quanto avevano ricevuto.

All'articolo 9, finalmente, la stessa legge stabilisce che i diritti attribuiti ai Comuni dalla legge 15 agosto 1867 debbono farsi valere entro il termine di 5 anni dalla completa cessazione degli assegnamenti vitalizi ai partecipanti, sotto pena di decadenza a favore del Fondo per il culto.

VINCENZO GIACONA.

COMUNIONE.

SOMMARIO:

§ 1. — La comunione in senso stretto.

1. Differenze tra il condominio e la comunione. — 2. Intimo significato della comunione. — 3. Opinione del Vitalevi. — 4. Critica di un'altra opinione del Paternò-Castello.

1. Nel linguaggio ordinario si suole confondere il significato della voce *comunione* con quello di *condominio* o *comproprietà*, e si adoperano come se fossero sinonimi: conviene quindi attribuire prima a detta voce lo stretto suo senso giuridico, per desumerne in che differisce dal condominio o dalla comproprietà.

Dal fatto che più persone hanno la comproprietà di una cosa, ne nasce tra di esse uno stato, che, pur essendo di fatto, implica rapporti giuridici vicendevoli e che vien detto *comunione;* ma non si potrà per questo dire che ogni comunione sia una comproprietà, potendosi quella avere in casi, in cui quest'ultima manca.

Generalmente parlando, si può quindi definire la comunione quello stato giuridico, nel quale si possono trovare con o senza la loro volontà due o più persone di fronte ad una cosa non ancora tra essi divisa, e sulla quale per loro ragioni particolari, che hanno dato luogo alla indivisione, vantano un diritto qualsiasi.

(1) Cass. Roma, 1° marzo 1888, *Fondo per il culto* c. *Nocito* (*Legge*, 1889, I, 220).

(2) Circol. Demanio 26 giugno 1873, n. 957901-21701.

(3) Scaduto, op. cit., vol. I, pag. 73.

(4) *Gazzetta Ufficiale*, 1899, n. 192.

(5) Art. 28.

Si potrebbe per analogia riferire alle relazioni tra comunione e condominio il rapporto che passa tra possesso e proprietà.

Come il possesso di fronte alla proprietà è un semplice fatto, che però può produrre delle conseguenze giuridiche, così la comunione è un rapporto di fatto tra due o più persone rispetto ad una cosa, sia a titolo di proprietà, sia ad altro titolo, la quale dà origine a dei vincoli giuridici tra i comunisti, mentre a sua volta la comproprietà o condominio importa un concetto più specificato, in quanto è un diritto su di una cosa, diritto assoluto di poterne usare in modo conforme alla destinazione della cosa ed in modo da non offendere l'uguale diritto degli altri condomini.

Tanto ciò è vero, che, quando diciamo *comunione*, possiamo comprendervi non solo la comproprietà di una stessa cosa, ma anche il godimento comune di un diritto personale o reale, di usufrutto, di uso, di pegno, di superficie, d'enfiteusi, il quale si trovi indiviso fra più persone.

Ma non si potrà giammai dire, trattandosi di un diritto personale, che quelle date persone hanno il condominio ossia la comproprietà del medesimo, imperocchè in tal senso non può esistere altra comunione che sulle cose, sui beni o sui diritti reali; e pertanto in materia di diritti personali avremo la solidarietà, la correalità o la indivisibilità.

Ma nulla ci vieta dal ritenere che, per il fatto stesso che più persone godano fra di loro, per esempio, un usufrutto in comune non nasca astrattamente fra di essi un rapporto di comunione (*senso latu*) al quale debbano essere applicate, finchè è possibile, le regole ordinarie di legge o altrimenti le convenzioni private.

2. Adunque il significato di comunione in questo senso strettamente giuridico equivale a quel vincolo di rapporti personali, che per effetto di una indivisione nascono fra i partecipanti.

Vedremo più avanti, quando c'intratterremo delle fonti e delle forme della comunione, in che consista l'essenza di essa: fin da ora ci preme di fissare in qual modo d'ordinario viene considerata dai giuristi e dal nostro legislatore.

Per una di quelle finzioni giuridiche, che risalgono ai romani, si suppone che il diritto dei singoli comunisti colpisca per intero l'oggetto indiviso, non nel senso che ciascun partecipante abbia un diritto esclusivo sulla cosa, perchè allora non si avrebbe più comunione, ma che ogni comunista abbia invece un diritto ideale su ogni molecola di essa, corrispondente però ad una parte di quello vantato dagli altri comunisti.

In tal guisa si legge nel nostro codice all'articolo 679: « Ciascun partecipante ha la piena proprietà della sua quota e dei relativi utili e frutti ». Aver la *piena proprietà* della *quota* — scrive uno dei più forti giuristi italiani (1) — importa che il condomino non abbia durante la comunione la proprietà fisica e materiale di alcuna cosa indivisa; ma la proprietà di tutte le cose indivise limitata in ciascuna parte di esse proporzionatamente alla quantità del diritto che rappresenta nella comunione. Insomma la formola sintetica che la comunione sia *tota in toto et tota in qualibet parte* continua ad essere esatta secondo il codice civile italiano.

3. Cosicchè, dopo tutto questo, ci sembra che sia da respingere l'opinione del Vitalevi (2), per la quale la comproprietà debba restringersi al godimento di cose singole possedute in comune, e la comunione ad un godimento più vasto, cioè di un intero patrimonio.

Imperocchè nell'un caso e nell'altro avremo sempre una comunione, originata sia da un diritto di comproprietà, che i singoli hanno sulla cosa comune, sia da un altro titolo.

Il criterio di distinzione non potrà stabilirsi *a priori* secondo l'estensione delle cose su cui si esercita la comunione, ma dovrà piuttosto ricercarsi nella natura del diritto esercitato.

4. Questa distinzione poi fra comunione e condominio non ci sembra così astratta e teorica come pare al Paternò-Castello in una sua importante monografia (3), perchè altro è il rapporto che lega i comunisti fra di loro e con i terzi quando la comunione sia a titolo di comproprietà ed altro quando sia ad un titolo diverso, ed è certo, che bisogna distinguere per la varietà dei rapporti, che ne possono originare.

Vero è che, d'ordinario, per comunione s'intende il condominio, ma ciò è un'improprietà di linguaggio, la quale trovasi anche nel nostro codice.

Ci sembra pertanto opportuno il farlo rilevare, tanto più che tratteremo qui della comunione in senso generale, rimandando il lettore alla voce **Condominio** per il significato particolare di comproprietà.

§ 2. — Fonti e forme.

5. Per caso fortuito. — 6. Per legge. — 7. Per volontà altrui. — 8. Per contratto. — 9. Per quasi-contratto: questioni relative — 10. Forme.

5. Le fonti della comunione possono essere: il caso fortuito, la legge, la volontà altrui, il contratto, il fatto, il quasi-contratto.

Per le comunioni nascenti dal caso fortuito un esempio si ha, quando più persone rinvengono uno stesso oggetto: trascorsi due anni dal giorno della seconda pubblicazione richiesta dalla legge senza che si presenti il proprietario, la cosa, o pure il suo prezzo, ove le circostanze ne abbiano richiesta la vendita, appartiene a coloro che l'hanno trovata (art. 717 del cod. civ.).

Comunione per caso fortuito si ha, quando avviene la confusione dei confini tra due fondi, in modo che una parte del terreno finitimo divenga incerto a chi appartenga. I due proprietarî finitimi possono far cessare quella comunione, ma, fintantochè dura, debbono subirne gli effetti.

Un altro caso importante perchè dal diritto romano è considerato in modo alquanto diverso, si ha, quando avviene casualmente la commistione di due specie dello stesso genere, per esempio in un granaio il piano superiore, crollando, fa riunire il frumento di sopra con quello di sotto. Per la nostra legge si avvera una comunione, essendo impossibile di proporre un'azione per divisione secondo il valore delle materie spettanti a ciascuno secondo la quantità ed il loro maggior pregio (art. 471 cod. civ.), mentre in diritto romano non avveniva la comunione ed a ciascuno dei comproprietarî restava l'azione di rivendica (§ 28, Inst. *de rerum divisione*, II, 1).

6. La comunione può derivare anche dalla legge: ad esempio nel caso delle successioni legittime fra più persone mentre dura lo stato di indivisione.

(1) Mirabelli, *Del diritto dei terzi secondo il codice civile italiano*, Torino, Unione tip.-editrice, 1889, pag. 178.
(2) Vitalevi, *Della comunione dei beni*, Torino, Unione tip.-ed., 1884, § 17, pag. 37.
(3) Paternò-Castello di Bicocca, *La comunione dei beni nel codice civile italiano*, Torino, Bocca, 1895, § 12.

Per l'articolo 808 del codice civile la porzione legittima è quota di eredità; quindi il legittimario, fintantochè non viene soddisfatto di quanto gli è dovuto, è comproprietario dei beni, che rientrano nella successione, ed in tale qualità può agire per tutelare il suo diritto alla comunione.

Rientra altresì nella comunione *ex lege* ciò, che impropriamente chiamasi servitù d'indivisione forzosa fra i diversi proprietarî di una casa per i muri maestri, i tetti, i pozzi, le scale e simili. In questi casi la legge impone la loro comunione, diversamente non servirebbero agli usi cui sono destinati. Di essi il codice parla all'articolo 683 sotto il titolo della comunione, e dicevamo che impropriamente vengono compresi fra le servitù, perchè in tali casi il diritto dei comunisti si esercita non a titolo di servitù ma di comproprietà, e noi vedremo le gravi differenze, che esistono fra l'una e l'altra.

Meglio che servitù d'indivisione forzosa si chiamerebbero comunioni perpetue.

7. La comunione può sorgere da un testamento, quando una stessa cosa o un'eredità si lasci a più persone, ancorchè non a tutte competa su di essa uguaglianza di trattamento, o quando, essendovi minori, si prescriva agli eredi di stare indivisi, fintantochè dura la minore età.

8. La comunione può sorgere da un contratto, ma non bisogna confondere tal caso con la società, perchè, se è vero che ogni società dà luogo ad una comunione, non è vero il contrario. Quando si ha una tale comunione, le parti, come in ogni contratto, stabiliscono i modi di regolarla; in mancanza o in supplemento provvede la legge.

Infatti a guisa di applicazione del principio generale per il quale in materia di contratti le convenzioni stabilite fra i contraenti hanno forza di legge fra di essi, statuisce l'articolo 673 del codice civile che « la comunione dei beni, in mancanza di convenzioni o disposizioni speciali, è regolata dalle norme seguenti..... ». Esempî di comunione derivante dalla volontà dei contraenti sono: la comunione dei beni fra coniugi, quella per mescolanza, ecc.

9. Infine il Vitalevi crede esservi comunione derivante da quasi-contratto, quando per effetto dell'esercizio della comunione sorgano obbligazioni fra le parti, che hanno analogia con quelle contrattuali senza però essere state precedute da una convenzione, e sorgono il più spesso dal fatto di una sola delle parti senza supporre l'adesione dell'altra.

« Qui, scrive il Vitalevi (1), non vi è un *consensus duorum in idem placitum*, ma un cumulo di fatti e di comportamenti in presenza dei quali s'ingenerano per necessità obblighi e diritti. Dunque qui l'obbligazione nasce dal quasi contratto e la comunione come rapporto personale non si saprebbe spiegare diversamente.

« Lo stesso può dirsi di diversi altri casi, in cui si sentono quasi gli effetti della società, senza che ve ne sia stata mai stipulazione o intenzione. Così si trovano (*lato sensu*) *quasi e contractu* in comunione i creditori di un fallito in istato di unione, perchè tutti li riguarda il lucro o la perdita, che si verifica nella massa... Dal fatto parimenti sorge, e per il quasi-contratto si mantiene, la comunione nelle coutenze in materia di acque, come avviene quando il primitivo proprietario di un cavo, morendo, lascia più eredi e questi alienano le loro carature a dei terzi, cosicchè il cavo si trova ad essere comune tra molti, di cui uno amministra ed il cui operato è sorgente di obbligazioni e di diritti.

(1) Vitalevi, op. cit., vol. I, pag. 101.

« Ed infine avrebbe origine dal fatto o dal quasi-contratto la comunione, che si verificherebbe tra i socî, se spirato il termine prefisso alla durata della società e senza rinnovarla, i socî continuassero senza nuovi accordi ad esercitare in comunione le operazioni sociali.

« Comunione questa di fatto, dalla quale qualunque dei socî potrebbe liberamente in qualunque tempo svincolarsi, rimanendo però efficaci e fermi irrevocabilmente gli atti anteriormente fatti *nomine communi* ».

Dal sopra detto rilevasi che bisogna escludere tutto il rigorismo di coloro, che in materia di comunione si affannano a dimostrare, che sia esclusivamente un fatto, o di coloro che, ciò combattendo, ritengono sia un quasi-contratto.

Il Laurent, nei suoi *Principî* (2), ha strenuamente ed anche con una certa vivacità sostenuto contro il Pothier, che la comunione non è un quasi contratto. Le nostre Corti hanno più volte deciso nell'uno e nell'altro senso: hanno torto le une e le altre, perchè noi abbiamo visto che varie sono le forme della comunione e che non si può *a priori* affermare, che si tratti di un fatto o di un quasi-contratto, dipendendo tutto dalle circostanze di ogni singolo caso.

Però ci piace di notare un concetto importante, intorno al quale può restringersi la questione.

Ammesso pure che per la forma siamo in presenza di una comunione sorgente da un fatto, non nascono per effetto di essa fra i comunisti dei diritti e delle obbligazioni personali tutelate da apposite azioni?

Per il fatto che più coeredi preferiscano lasciare in comune un patrimonio ereditario, che potrebbero dividere, ma non dividono, non sorgono delle relazioni vicendevoli tra essi, le quali, per il loro contenuto giuridico, nulla hanno che fare con quel fatto, da cui hanno vita?

Da esso sorge il quasi-contratto a torto negato: in un solo caso però deve escludersi, quando si tratta di comunione forzosa, perchè allora sparisce la volontarietà.

Molta indecisione esiste nel sistema di legge sul riguardo: il codice nostro, pur volendo disciplinare l'istituto della comunione, non si occupò affatto della parte per dir così soggettiva, la quale quindi riesce molto vaga e basata sui generali principî di diritto.

Si può pertanto affermare che in tali casi il quasi-contratto produce obbligazioni simili a quelle che nascono da un contratto di società tranne queste differenze:

1° Il quasi-contratto di tale comunione non finisce per la morte di uno dei comunisti, ma l'erede succede al defunto. La società, al contrario, essendo contratta *intuitu personae*, si scioglie per la morte di uno dei socî tranne patto contrario.

2° Un erede può cedere il suo posto nella comunione, sia donando la sua quota, sia trasferendola a titolo oneroso, mentre un socio non può mai ritirarsi dalla società, cedendo ad altri il suo posto.

3° La comunione è limitata nel tempo della sua durata, la legge proibisce di restarvi per un dato periodo di tempo, che ecceda un dato numero di anni; la società invece può stipularsi per tutto quel tempo, che vogliono le parti.

10. La comunione può essere *fortuita*, *volontaria* ed *incidentale* come nella ereditaria, la quale non può dirsi casuale nè dipendente dalla volontà, perchè non voluta dalle parti.

Può essere *ordinaria* e *forzosa*. Quest'ultima non am-

(2) Vol. XXXVI, n. 432.

mette divisione alcuna, perchè dipendente da uno stato di fatto necessario, l'ordinaria invece si può sempre sciogliere.

Vi è la *communio pro diviso* e *pro indiviso*. *Pro diviso*, quando i comunisti abbiano proceduto ad una divisione provvisoria della cosa comune, destinata al miglior godimento della stessa, senza che però ognuno di essi perda il suo diritto sull'intera cosa e su ogni singola parte di essa, diritto che si potrà far valere con la effettiva divisione.

La distinzione più importante riguarda poi la maggiore o minore estensione della comunione.

Vi è la *singolare*, la *particolare*, l'*universale*.

Dicesi *singolare*, quando comprende una cosa determinata, che faccia parte del patrimonio dei comunisti; *particolare*, se comprende un'estensione maggiore di beni, che però non abbracciano tutto il patrimonio dei comunisti, come per es., una eredità: *universale*, quando comprende tutti i beni dei comunisti, come può accadere tra fratelli.

Senonchè quest'ultima specie è così estesa da sembrare piuttosto una società.

La questione è importante, perchè, se trattasi di società, non potrà comprendere i beni futuri ai sensi di legge (articoli 1701 e 1118 cod. civ.).

Il Vitalevi, seguendo l'antica dottrina italiana, ritiene che quello che si conferisce non è la proprietà dei beni, nel senso che i beni che la comprendono divengano comuni ed all'epoca della divisione si ripartiscano fra tutti.

Ciò egli ritiene per analogia alla società vietato nella comunione, e crede, invece, che si conferiscano i frutti ed il godimento di essi, quindi sotto questo punto di vista può dirsi che i beni futuri possono appartenere alla comunione.

Non si tratta di società, perchè queste comunioni tra fratelli si formano senza un esplicito contratto, ma intervengono dal fatto di essi per un più comodo godimento delle cose comuni.

D'ordinario quest'ultima forma di comunione si suole designare: *tacita comunione universale*.

La dottrina e la giurisprudenza quasi unanimi ritengono che quattro sono le condizioni, a cui deve obbedire:

a) perfetta indivisione dei beni;
b) comunione di ogni lucro e di ogni perdita;
c) difetto assoluto d'ogni reciproca resa di conto;
d) comunanza d'abitazione fra i comunisti.

Mancando alcuna di queste condizioni anche secondo Fabro (lib. IV, *pro socio*, def. III), la comunione universale non si avvera.

La Cassazione di Torino però, contrariamente alla *communis opinio*, si è mostrata meno rigorosa nel richiedere il concorso di questi quattro principî, ritenendoli piuttosto enunciativi e non tassativi (1).

§ 3. — Rapporti giuridici tra il comunista e la comunione e tra la comunione ed altri istituti giuridici.

11. Rapporto tra il comunista e la comunione. — 12. Principî generali sulle differenze tra la comunione e la società. — 13. Differenze specifiche. — 14. Differenze tra la comunione e la servitù. — 15. Natura degli usi civici.

11. Qual è il rapporto giuridico, che lega il comunista alla comunione? Qual'è la natura giuridica del suo possesso? È egli un possessore precario?

La questione si ricollega all'altra anch'essa grave e tanto dibattuta sulla prescrittibilità dell'azione di divisione, perchè, se si tratta di un possesso precario, occorrerà ai fini della prescrizione applicare l'articolo 2116 del codice civile, per il quale richiedesi l'inversione del titolo.

Il Laurent, a proposito della prescrittibilità dell'azione di divisione (2), ritiene che il comunista non è un detentore precario, ma un proprietario, il quale, specie se è un erede legittimo, ripete il suo diritto di possesso dalla legge, quindi per prescrivere non ha di bisogno della inversione di cui al nostro articolo 2116, perchè questo riguarda solo quelli, che tengono precariamente la cosa.

A lui sembra esistere una certa contradizione tra la teoria e la pratica del codice, perchè da un lato riconosce che il comunista possiede per sè e per tutti gli altri comunisti, di modo che tale possesso non basta per prescrivere, nè egli può mutare a sè la causa ed il principio del suo possesso, trasformando quello di comunista in quello di proprietario esclusivo, ed invece seguiterà a possedere a quel titolo e per potere prescrivere occorrerà una trasformazione del suo possesso, dall'altro lato crede che il codice all'articolo 2116 non consacra tale teoria, perchè ivi si parla di quelli che detengono precariamente la cosa del proprietario, ed il comunista è proprietario a sè stante.

Richiamiamo i principî, e poi ne trarremo le conseguenze.

Forse il Laurent, quando sosteneva non essere il possesso del comunista un possesso precario, considerava la precarietà nei limiti ristretti dell'antico diritto; ma ciò non si può fare più oggi, perchè oggi ha una più grande estensione di quella che avesse un tempo, comprendendo tutti i possessori in nome altrui, cioè tutti coloro i quali non hanno l'*animus rem sibi habendi*.

Ora difficilmente può negarsi che il possesso del comunista non solo è equivoco, ma manca di questo *animus*.

È equivoco, perchè difetta dell'aperta affermazione di esercitarlo per sè e per proprio esclusivo vantaggio, non lasciando alcun dubbio che si eserciti in nome altrui. E come del resto potrebb'essere altrimenti? I principî di diritto e la legge positiva si oppongono.

Ed anche il Laurent non può negare ciò, perchè in altra parte della sua grandiosa opera così si esprime:

« Il suo possesso (quello del comunista) sarà quasi sempre equivoco, perchè avrà goduto a titolo di comunista, il che esclude l'idea di un diritto assoluto, come è quello di proprietà.

« Ciò non vuol dire che il comunista non possa prescrivere, soltanto gli sarà più difficile provare che i suoi atti di godimento implicano un diritto in suo favore.

« Se vi è dubbio nel carattere dei fatti che invoca, il suo possesso sarà equivoco, il che rende impossibile la prescrizione » (3).

Ma, oltre che il possesso del comunista è equivoco, manca dell'*animus rem sibi habendi*, il che costituisce la caratteristica principale del possesso precario.

Imperocchè egli per i principî più sopra svolti non è proprietario di tutta nè di una parte della cosa: lo sarà dopo la divisione, ma prima egli avrà solo un diritto alla sua quota, diritto subordinato a quello degli altri comunisti e che pertanto si mantiene potenziale.

Può benissimo egli esercitare il possesso su tutta la cosa

(1) Cass. Torino, 14 agosto 1888, *Siliprandi* c. *Siliprandi* (*Giurispr.*, Torino, 1888, 549).

(2) Vol. x, n. 264.
(3) Vol. xxxii, n. 290 e 291.

comune, ma in tal caso l'eserciterà non solo per sè ma anche per gli altri, ed allora sarà a più forte ragione equivoco e precario e come tale incapace di servire di base per qualunque volger di tempo alla prescrizione, perchè si presume che egli abbia esercitato il possesso non per sè solo ma anche per gli altri comunisti (1).

Ed allora contrariamente alla non chiara teoria del Laurent non vi può essere alcun dubbio che, per potere prescrivere, il comunista ha di bisogno dell'inversione del titolo, cioè o di una causa proveniente da un terzo, quando il terzo asserendosi proprietario della cosa ne trasmette il dominio al possessore precario, o quando si ha una opposizione da parte di quest'ultimo fatta con determinati atti formali giudiziarî o estragiudiziarî contro il diritto del proprietario.

Se poi vogliamo discendere ad un caso pratico importante, non possiamo tacere delle gravissime controversie alle quali ha dato luogo in dottrina e giurisprudenza, sempre in ordine alla prescrizione, la natura giuridica del comunista coerede (2).

In applicazione dei principî enunciati noi riteniamo che il coerede ha non solo un possesso equivoco, ma manca dell'*animus rem sibi habendi*, laonde ben può dirsi che egli possiede precariamente, che per ciò non può cambiare la causa del suo possesso e per potere prescrivere occorre una *inversio possessionis*.

« Egli — scrive il Paulucci — è un possessore con titolo determinato, ed è il testamento, se la successione è testata, e la legge se è intestata, ond'è che gli è applicabile l'articolo 2118, dove titolo equivale a causa e principio del possesso.

« Nè importa che il coerede possegga egli solo la cosa comune; in tal caso gli altri coeredi non cessano di essere comunisti, perchè la comunione allora sarà presunta e colui che l'esercita, l'esercita in nome di tutti.

« Infatti il possesso si può avere *solo animo*, quantunque in tal modo non si possa acquistare: *licet possessio nudo animo adquiri non possit, tamen solo animo retineri posse*.

« Però si trae argomento dall'articolo 985 del codice civile, dove è detto che può domandarsi la divisione, quando anche uno dei coeredi avesse goduto separatamente parte dei beni ereditarî, salvo che si provi che la divisione fu fatta, o che vi ha un possesso sufficiente ad indurre la prescrizione per desumersi che ivi non vi si accenna alla necessità della inversione del possesso, ond'è che deve escludersi; ma si può rispondere, che per la lettera dell'articolo 985 ivi non si parla del possesso ordinario, ma di un possesso sufficiente ad indurre la prescrizione; ed il possesso di un coerede non è tale, perchè si può sempre far cessare, domandandosi la divisione dagli altri interessati » (3).

12. Veniamo alle differenze tra la comunione ed altri istituti giuridici non dissimili, e prima di tutto a quelle con la società.

Quantunque ogni società implichi una comunione nel suo più largo senso, il che fa sì che vi possano essere dei punti di contatto tra l'una e l'altra specie nell'amministrazione, nella compartecipazione agli interessi, nella divisione della cosa comune e di ciò che produce, pure è necessario accennare le notevolissime differenze giuridiche, perchè in un caso o nell'altro si possano applicare differenti regole.

Non si può stabilire il criterio distintivo nella contrattualità e volontarietà, come sembrerebbe da quel noto passo del Digesto: *societatem contrahimus in communionem autem incidimus*, imperocchè tanto la volontà che il contratto possono rinvenirsi nella comunione. Ne abbiamo già detto abbastanza a proposito delle fonti della comunione.

Invece la netta linea di demarcazione è nell'obietto dei due istituti: nella società la comunione ha luogo per conseguire un lucro a beneficio dei singoli, nella comunione propriamente detta, tale idea di lucro o *affectio societatis* non è il fine precipuo.

La L. 31, Dig. *pro socio*, XVII, 2, così si esprime: *Ut sit pro socio actio societatem intercedere oportet: nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. Communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non* affectione societatis *incidimus in communionem*.

Ed il nostro legislatore, riconoscendo questo principio, stabilì all'articolo 1697 del codice civile, che la società è un contratto col quale due o più persone convengono di mettere qualche cosa in comunione *al fine di dividere il guadagno che ne potrà derivare*.

Ed al successivo articolo 1698: qualunque società deve avere per oggetto una cosa lecita *ed essere contratta per l'interesse comune delle parti*.

Dunque nella società lo stato di indivisione è un mezzo per conseguire un lucro nell'interesse dei socî, nella comunione invece è fine a sè stesso, cosicchè basta che vi sia tra le parti una cosa comune, per potersi dire che si tratta di comunione; se poi questa comunione è diretta al lucro avremo una società.

E questa idea di lucro non è necessario che esista in atto, perchè anche una comunione può conseguire dei guadagni ai comunisti, occorre invece che vi sia fin dall'inizio della società.

(1) Non possiamo far passare sotto silenzio una sentenza della Cassazione di Roma, 4 maggio 1884, *Comune di Campo di Giove* c. *Carusi* (*Legge*, 1884, II, 364), con la quale, pur ammettendosi che il possesso esclusivo del comunista sulla cosa comune non induca la prescrizione, ciò avviene, perchè si tratta sempre di un possesso equivoco; misconosce però, che il medesimo sia precario, perchè il comunista possiede a titolo di proprietario benchè non assoluto.

Ciò non è giuridicamente esatto: solo potrebbe dirsi che la parte del possesso che si riferisce alla sua quota ideale non sarà precaria, pur essendo sempre equivoca; ma per il di più di questa sua quota come si può negare la precarietà?

(2) Si consulti al riguardo la completa monografia dell'avv. G. Paulucci, *Dell'imprescrittibilità dell'azione di divisione fra comunisti* (*Scienza del diritto privato*, maggio-giugno 1895).

(3) Op. e loc. cit. — La giurisprudenza è divisa, prevale però l'opinione nostra. Fra le più importanti decisioni notiamo quelle della Cassazione di Napoli dell'11 dicembre 1886, *Genovese* c. *Della Corte* (*Legge*, 1887, I, 482); della Corte di appello di Trani, 25 maggio 1875, *Demanio ed altri* c. *Municipio di Taranto* (*Legge*, 1876, 2,242) e 14 aprile 1877, *Maramaldi* c. *Maramaldi* (*Rivista di giurepr.* di Trani, 1877, 492), confermata li 8 maggio 1878 dalla Cassazione di Napoli (*Gazzetta dei Tribunali*, XXIX, 118); di quella di Perugia, 8 maggio 1888 (*Lorenzoni* c. *Bufalini* (*Annali*, 1888, III, 222); e recentemente la Cassazione di Palermo decise che il possesso del coerede, che detiene esclusivamente i beni ereditarî comuni ed indivisi, è precario e quindi non suscettibile di prescrizione trentennale, dimodochè egli è obbligato a rendere i conti dei frutti percetti: 28 febbraio 1893, *Strada* c. *Strada* (*Foro Sicil.*, 1893, pag. 65).

Per conseguenza, quando talora nasce il dubbio, per conoscere se nel caso di più persone che abbiano acquistato una cosa comune, trattisi dell'uno o dell'altro istituto, bisognerà aver riguardo all'*affectio societatis*, quando avvenne l'acquisto.

Se però dalle intenzioni dei comunisti non appaia che essi vollero formare una società, dovrà ritenersi la comunione, essendo la società una specie della comunione, e per regola generale dovendo ogni specie essere ben determinata.

Tutto ciò non esclude che una forma giuridica cominciata come comunione, cioè come semplice godimento in comune per maggior comodo delle partí non possa convertirsi in società: ogniqualvolta s'intenda la comunione rivolgere al fine già detto, cioè alla *affectio societatis* avremo la società.

Si fanno due esempî tipici. Se due persone mescolano il loro vino nello stesso recipiente saranno semplici comunisti, ma, se ciò fanno per aumentare il valore del miscuglio e rivenderlo ad un più caro prezzo, avremo una società.

Parimenti, se i proprietarî di diversi fondi costruiscono un condotto per dare sfogo alle acque pantanose dei loro fondi sono semplici comunisti, ma se con quel condotto essi mirano a sollevare i prezzi delle loro terre, si avrà una società.

Però bisogna osservare che, quando da una semplice comunione si passa ad una società, avremo una vera e propria *novazione,* la quale per ciò stesso non si potrà giammai presumere; occorrerà quindi, perchè si possa dire esservi stata la novazione, che esista un vero ed esplicito consenso delle parti a mutare la forma giuridica per conseguire quel fine di lucro, che è l'estremo della società.

La questione si è fatta specialmente per i coeredi, che posseggono indivisa la loro eredità, e per un certo tempo lasciano durare quello stato di indivisione.

Si è ritenuto che essi avessero contratta una società, ancorchè non ne avessero manifestata l'intenzione per il solo fatto di trovare all'epoca della divisione una massa più pingue da dividere.

Però scrisse il giureconsulto romano: *nemo sibi causam possessionis mutare potest:* essi si trovano in quello stato giuridico senza la loro precisa volontà di ritrarne un guadagno; se perdurano nella indivisione, il loro consenso a tale fatto è consenso a perdurare nel primitivo stato giuridico; e se hanno voluto convertirlo in società, occorre che lo manifestino chiaramente: *animum inierint societas in ea haereditate* (l. 37, Dig. *pro socio,* XVII, 2), in modo che in *pro socio actionem deducatur* (l. 52, § 8, Dig. *pro socio* cod. tit.).

Nè crediamo che *in subiecta materia* il consenso a trasformare la comunione in società possa presumersi: ciò può dirsi quando le parti hanno messo in comune una cosa senza esprimere in un modo concreto il loro pensiero, ma quando abbiamo già un negozio giuridico, perchè si possa mutare non basta la presunzione e dovrassi invece applicare quella legge di Paolo, che dice: *Quaecumque prioris negotii explicandi causa gerentur nihilum refert quo tempore consummentur sed quo tempore incoarentur* (l. 21, § 2, Dig. *de negot. gest.*, III, 5).

In diritto romano la differenza fra i due istituti era più evidente, perchè davano luogo a due diverse azioni: la comunione generava l'*actio communi dividundo,* che era mista, la società invece l'*actio pro socio* strettamente personale.

La differenza ha una certa importanza nella nostra legge per riguardo alla competenza: imperocchè la divisione di una cosa comune dà origine ad una azione immobiliare, che è regolata per la competenza dall'Autorità giudiziaria del luogo, ove è sita la cosa (art. 93 cod. proc. civ.), mentre l'*actio pro socio* è regolata dall'articolo 96 per il quale devesi seguire il domicilio della società, ossia deve proporsi innanzi il magistrato del luogo, in cui è il principale stabilimento della società, anche se proposta entro un biennio dallo scioglimento di questa.

13. Vediamo ora gli effetti della differenza tra comunione e società:

a) Nella società sparisce l'interesse singolo dei soci, per dar luogo a quello collettivo, mentre nella comunione il diritto individuale non perde nulla del suo vigore, tranne che nel caso in cui venga in collisione con quello degli altri.

Da questo principio discendono parecchie conseguenze.

Chi in una società conferisce una somma, questa diventa patrimonio della società stessa e non può più essere ritirata, nè ceduta o alienata. In questi casi l'alienazione non sarebbe altro che una promessa per quel tanto, che si potrà ricavare dallo scioglimento della società.

Il comunista invece può ritirare la sua quota, può cederla, venderla, ipotecarla, appunto perchè non cessa mai di esserne proprietario.

Parimenti il socio, dovendo aver sempre di mira l'interesse sociale, ove si obblighi a conferire per la società la sua industria, deve conferirvi altresì i guadagni e gli acquisti, che ne derivano; nella comunione invece ogni comunista lavora ed acquista per sè, nè è obbligato a conferire ciò, che guadagna dalla cosa comune.

E però, mentre se uno dei socî ha ricevuta l'intera sua porzione di un credito comune, ed il debitore diventa in appresso non solvente, questo socio deve conferire nella massa ciò che ha ricevuto, quantunque abbia rilasciato la quitanza specialmente a sconto della sua porzione, il comunista non è obbligato a far ciò.

Altra conseguenza è, che, se la cosa conferita nella società perisce, la perdita va a carico dell'intero; non così nella comunione quando sia volontaria, perchè in tal caso la perdita sarà a carico del proprietario della quota perita.

Le fonti ci danno un altro esempio conseguenziale alla differenza accennata. Se un guadagno vien fatto da un socio, profitta a tutti i soci, anche quando fra questi ve ne sia qualcuno che non possa accettare; nella comunione, se uno dei comunisti non può accettare, acquistano gli altri.

È il caso del guadagno proveniente dal lavoro di un servo comune; esso profitta a tutti i soci nel caso di società, profitta ad uno solo dei comunisti qualora non potesse acquistare rispetto agli altri (L. 1, § 4; L. 5; L. 7, § 1; L. 8 e 9, Dig. *de stipul. serv.*, 45, 3).

b) Questa prevalenza dell'ente sociale fa sì, che una società, specie se commerciale, può – non già che debba – costituire una personalità giuridica distinta da quella dei socî, il che avviene nella comunione in un solo caso, quando si tratti di consorzî regolati da leggi speciali, come nei consorzi d'irrigazione ai sensi della legge del 29 maggio 1873. Nessun'altra comunione può esser elevata a corpo morale, mancando lo scopo sociale, la causa di esistenza perpetua o indefinita, ed una amministrazione non limitata agli atti amministrativi o di godimento (1).

(1) Paternò-Castello, op. cit., § 14.

c) Il socio è stretto alla società da un vincolo che dà luogo ad un'*actio pro socio* personale, quindi deve sopperire alle spese necessarie alla società, nè se ne può esimere abbandonando la società (art. 1728, n. 3, cod. civ.). Invece il comunista, essendo legato alla comunione da un vincolo che dà luogo a un'azione mista, può, abbandonando la sua quota, sottrarsi alle spese e agli oneri della comunione (art. 676 cod. civ.).

A questa distinzione allude il giureconsulto romano dove scrisse: *Societas est personarum, communio proprie est rerum* (Dig. *pro socio*, XVII, 2). *Hos coniunxerunt ad societatem non consensus sed res*, e perciò il rapporto tra i comunisti *magis ex re quam ex persona nascitur*.

d) La società si scioglie allorchè consegue il fine del lucro per cui fu istituita (art. 1729, n. 2, cod. civ); ciò non avviene nelle specie ordinarie di divisione.

e) Nella società la maggioranza è costituita dal numero dei votanti, nella comunione i voti si computano in ragione dell'interesse di ciascuno dei comunisti (art. 678 cod. civ.).

Nella comunione il rapporto reale ha sempre la prevalenza, l'estensione delle quote vale più che le persone dei comunisti.

f) Ne consegue che, quando si tratta di un provvedimento da prendersi su tutta la cosa comune, occorre il consenso di tutti i comunisti, e nelle società prevale la maggioranza.

g) Per l'articolo 681 del codice civile la comunione non può eccedere gli anni dieci e nessuno può essere costretto a rimanervi contro la di lui volontà, e sempre se ne può da ciascuno dei partecipanti domandare lo scioglimento ed ottenerlo dall'autorità giudiziaria anche prima del termine convenuto; mentre la società può essere stipulata per qualsiasi spazio di tempo, dovendosi conseguire un fine comune, che è appunto l'interesse delle parti.

h) Per l'art. 1723 del cod. civ. nella società si presume tra i soci uno scambievole mandato di amministrare; nella comunione ciò non avviene, e se taluno dei comunisti rappresenta gli altri, ciò avviene limitatamente agli effetti del possesso della cosa comune o al caso d'un amministratore nominato di accordo, o di una maggioranza organizzata ai sensi dell'articolo 678 cod. civ., senza però che alcuno di questi possa rappresentare l'altro (1).

i) La società, dovendo aver di mira un fine ben determinato, è un contratto, quindi è necessario per la sua esistenza il consenso dei contraenti.

La comunione invece può esistere, come abbiamo visto, senza tale consenso: per caso, per legge, per volontà di un terzo, e solo quando è stabilita per convenzione, si rinviene il consenso.

Fu per questo, che Ulpiano scrisse: *societatem contrahimus in communionem autem incidimus* (§ 27, Inst. *de rer. divis.*, II, 1).

l) Corollario di tale differenza è, che la società, esigendo il consenso, esige altresì le condizioni necessarie affinchè sia valido, e perciò in primo luogo la capacità dei contraenti, mentre si può cadere nella comunione anche in casi in cui tale capacità non è richiesta.

m) La società finisce: per la morte di alcuno dei soci tranne stipulazione in contrario; per l'interdizione; per la non solvenza o per il fallimento di alcuno dei soci; per la volontà espressa da uno o più di essi di non volere continuare nella società, se questa è contratta senza limite.

Nella comunione se avviene uno dei casi di cui all'articolo 1729, n. 3 e 4, del codice civile i diritti del defunto, dell'interdetto, dell'insolvente o del fallito, passano ai suoi eredi o aventi causa ed in alcune specie di comunione la volontà di alcuno dei comunisti di volerla sciogliere non ha alcuna influenza sulla comunione stessa.

14. Un'altra serie di importantissime differenze intercede tra la comunione e la servitù.

a) Differiscono anzitutto nei titoli: la servitù è un *jus in re aliena*, e la comunione invece per lo più un *jus in re propria*.

Ne consegue che l'estensione dell'una o dell'altra è ben diversa; molto più ristretta quella della servitù, imperocchè dovrà essere esercitata nei limiti dell'atto costitutivo originario, della sentenza che la riconobbe, o della legge; nella comunione invece l'unico limite sarà quello proveniente dal diritto degli altri comunisti, che per i principî generali non deve essere offeso, cioè bisognerà che il partecipante non abusi della cosa comune, o non ne faccia un uso contrario alla sua destinazione o all'interesse dei comunisti e tale da impedire agli altri di servirsene secondo il loro diritto.

Il Vitalevi nella monografia citata adduce l'esempio di un diritto di passaggio, il quale, se viene esercitato come servitù, è ristretto ai modi determinati dal titolo, se come comunione, il diritto estendendosi *in tota* ed *in qualibet parte* potrà il comunista passarvi in qualunque modo e sopra qualunque punto di essa alla sola condizione che non pregiudichi la cosa comune, nè impedisca all'altro comunista di fare lo stesso.

b) Differiscono nell'oggetto.

La servitù non può estendersi sopra mobili, mentre la comunione, più larga, può abbracciare mobili ed immobili.

c) Altra differenza vi è nel modo di acquisto ed in quello di estinzione.

La servitù, ancorchè esercitata per lungo tempo, se è di scontinua e non è appoggiata da un titolo, non basta a fare acquistare un diritto sulla cosa, mentre nella comunione avviene il contrario: il comunista che esercita il suo diritto con l'animo e con espressione manifesta di condomino per un periodo trentennale acquista legittimamente.

In quanto alla perdita del diritto nessuna prescrizione corre fra comunisti tranne che uno di essi abbia goduto della cosa da esclusivo proprietario, mentre in materia di servitù il non uso per più di trent'anni fa perdere ogni diritto.

Si indagherà poi nei singoli casi, se trattisi di comunione o di servitù sia desumendolo dai titoli sia dagli atti di possesso.

15. Si è fatta questione, se gli usi civici costituiscano un diritto di comunione o una servitù.

Il Laurent non esita a considerarli tra le più onerose delle servitù, ma la scuola francese è variamente divisa.

Così in Italia: il Vitalevi propende per la comunione, il Paternò Castello per la servitù, e la giurisprudenza più per la prima che per la seconda. Ma si confrontino gli usi civici con le servitù, e si vedrà che mancano del carattere essenziale di esse, cioè del *jus in re aliena*, perchè la cosa pubblica rispetto agli utenti non è *aliena*, nè può contrapporsi al diritto del cittadino quello del Comune considerato come astratto in modo da ritenere il fondo servente in opposizione ad un fondo dominante quale il Comune.

Che cosa è il Comune se non l'universalità di tutti i comunisti?

(1) Vitalevi, op. cit., I, § 42, n. 10.

Invece la natura del *jus in re aliena* consiste appunto nella opposizione di due soggetti e di due diritti.

E poi la servitù è inalterabile, l'uso civico è essenzialmente variabile nella sua destinazione e nel modo di uso per il migliore godimento dei comunisti.

Al contrario gli usi civici presentano molta analogia con la comunione e più propriamente con quelle specie di essa che non possono dividersi senza che facciano venir meno la cosa all'uso a cui è destinata. L'unica differenza è che nell'uso civico la comunione si esercita a titolo di proprietà pubblica. Si vede quindi, che ci avviciniamo più alla comunione anzichè alla servitù.

§ 4. — La comunione nel tempo e nello spazio.

16. Principi che debbono regolare le comunioni tra persone appartenenti a diverse nazionalità — **17.** Principi che debbono regolare le comunioni anteriori alla promulgazione del nostro codice

16. Come dovrà considerarsi la comunione nello spazio e nel tempo?

Si domanda: nel caso di una comunione tra vari individui appartenenti a diverse nazionalità quale sarà la legge da applicare? Distingueremo tra mobili e immobili; in quest'ultimo caso si applicherà la legge nazionale del luogo in cui sono situati; nell'altro invece, se si tratta di comunisti stranieri, la legge straniera, ma se appartengono a diverse nazionalità, si seguirà quella del maggior numero dei condomini o dei maggiori interessati. In quest'ultimo caso riesce difficile l'applicazione del principio: *mobilia sequuntur personam* sancito dal nostro codice; ed allora bisognerà ricorrere per analogia al principio analogo, che regge gli immobili, che cioè dovrà applicarsi la legge del luogo ove i mobili sono situati, specialmente poi quando con la nazionalità del luogo coincida quella di uno dei condomini.

Tale teoria è molto accettata in Germania, ed i nostri scrittori non mancano di darle il peso che merita, imperocchè si dice che, se la legge italiana derogò al principio razionale, per il quale una cosa segue la legge del luogo dove si trova, ciò fece per ragioni di pratica utilità, le quali possono venir meno, ed in tal caso riprenderà vigore il principio razionale.

17. Da qual legge dovranno esser regolate le comunioni nate prima del 1865? Evidentemente da quella legge sotto cui ebbero origine. Si fa eccezione per quei diritti che la nuova legge accorda ai comunisti e che non siano in contradizione con la legge anteriore o con la convenzione da cui il rapporto giuridico ebbe vita.

In quanto alla legge che regolerà la divisione, il Gabba nella sua classica opera sulla retroattività delle leggi (1) ritiene che debba esserlo dalla legge del tempo in cui vi si procede.

Il Paternò Castello (2) accetta in parte questa teoria, però sostiene che nella divisione, ove si tratti di diritti che i comunisti possono far valere, bisognerà adottare la legge dell'epoca, in cui la comunione nacque. E ciò perchè la divisione non costituisce, come ritiene il Vitalevi, (3) un fatto nuovo posto in essere dai condomini, ma è la continuazione di quei rapporti, che nacquero e perdurarono con la comunione. E siccome il Gabba ed il Vitalevi sono d'accordo nel ritenere, che i rapporti fra i comunisti debbano essere regolati dalla legge vigente all'epoca in cui la comunione nacque, sembra giuridico all'autore, che questa legge regoli anche lo scioglimento di essi.

Ma vi è un'altra considerazione: le parti intesero riferirsi alla legge del tempo in cui fu contratta la comunione, e tale legge come regolerà i loro rapporti per tutti gli altri casi, dovrà altresì rispettarsi, quando si tratta di por fine alla comunione.

§ 5. — Il sistema della comunione nel nostro codice.

18. Principi generali. — **19 a 23.** Questioni controverse — **24.** Prova della comunione e delle diverse specie di essa. — **25.** Come si scioglie la comunione.

18. Come altrove abbiamo osservato, è notevole nel nostro codice, a somiglianza di quello austriaco, la riunione in unico titolo dei principî intorno alla comunione, che si trovavano sparsi qua e là nel codice francese ed in tutti gli altri che lo copiarono.

Leggesi nella Relazione ministeriale: (4)

« Non vedonsi in essi raccolti ed ordinati insieme i canoni fondamentali di ogni specie di comunione. Vi è comunione per mescolanza di materie, comunione di muri, comunione tra partecipanti all'uso di un'acqua, fra coeredi, fra coniugi e soci e ciascuna di tali comunioni ha le sue regole speciali.

« Seguendo un ordine più logico e sicuro, si formularono i principî generali della comunione. A questo effetto si tolsero dalle disposizioni relative a certe comunioni quelle, che possono avere un carattere generale applicabile a tutte o alla maggior parte di esse e compendiate tali norme generali in un sol titolo, le regole particolari vennero rinviate a ciascuna specie di comunione ».

Bisogna riconoscere che la novità fu molto utile, senonchè come avviene di tutte le prime elaborazioni, si risente la necessità di completare i principî già affermati con un maggiore riguardo ai diritti soggettivi e vicendevoli dei singoli comunisti, che in verità si trascurarono dal nostro legislatore.

Noi non staremo qui a ripetere gli articoli del codice, esporremo solo il principio generale, che lo informa, e faremo una sommaria rivista delle più importanti questioni, che si son fatte sui principî del codice.

Si sono riprodotte le idee romane intorno al modo di concepire la comunione, in quanto che si suppone, che i condomini non hanno nè la proprietà nè il possesso della cosa comune, ma che ciascuno sia il proprietario di una quota ideale, diciamo ideale perchè essa non è individualizzata, come quando interviene tra i condomini una divisione, ma è estesa a tutta la cosa comune *in tota* ed *in qualibet parte* limitatamente però al diritto del comunista.

Infatti noi ritroviamo all'articolo 679 del codice civile la espressione: « Ciascun partecipante ha la piena proprietà della sua quota ».

Che ciò sia, si desume anche da quel principio intorno alla divisione, per il quale il singolo diritto di ogni comu-

(1) Torino, Unione tip.-editr., 2ª ediz., vol. 3°, pag. 261.
(2) *La Comunione dei beni nel cod. civ. italiano*, Torino, Bocca, 1895, n. 30.
(3) *Della Comunione dei beni*, Torino, Unione tip.-editr., parte prima, n. 117.
(4) *Codice civile del* Gianzana, Torino, Unione tip.-editr. — Relazioni, n. 67.

nista, che vi ha proceduto, si retrotrae al momento in cui la comunione ebbe vita, per nulla riguardandosi l'intervallo in cui il comunista ebbe un diritto su tutta la cosa: se questo diritto si risolve e si annulla, significa che si riconosce aver esso avuto nel precedente periodo una vita effettiva.

19. Le disposizioni di cui all'articolo 673 e seguenti del nostro codice sono applicabili a qualunque specie di beni comuni, senza distinguere tra comunione volontaria e forzata, tra beni che abbiano un'entità loro propria, e quelli che costituiscono semplicemente un accessorio di altre cose non comuni, come tetti, grondaie, cortili, scale servienti ad una casa i cui piani sono già stati divisi fra i vari proprietari?

La questione si è fatta: un comunista sosteneva che, trattandosi in tal caso di comunione *pro diviso*, non potevano applicarsi le disposizioni di cui all'articolo 678 del codice, ma quelle degli articoli 562 e 563.

Ma la Corte di appello di Torino, in un'elaboratissima sentenza del 6 giugno 1892 (1), considerando che le sopradette cose sono comuni e possedute *pro indiviso* da tutti i condomini della cosa a titolo di comproprietà e non di servitù, osservò:

« Gli articoli 673 e seguenti parlano genericamente dei beni e tutti perciò li comprendono, senza distinzione fra quelli che abbiano una entità loro propria o ne costituiscano un accessorio e tanto meno distinguono tra comunione volontaria risolvibile con la divisione e comunione forzata o perpetua.

« Vero è che gli art. 562 e 563 invocati si trovano sotto il titolo delle servitù, ma basta la semplice loro lettura per scorgere tosto che essi non ad altro provvedono che circa il riparto fra i comproprietari dei vari piani della casa e delle spese occorrenti senza regolarne l'amministrazione. Cotesti articoli dunque punto non derogano alle generali norme di amministrazione stabilite dagli articoli 673 e seguenti ».

20. In materia di amministrazione di una cosa comune rifiutandosi la minoranza di ottemperare alle deliberazioni della maggioranza in ordine al miglior godimento della cosa e contrariamente all'articolo 678 del codice civile non resta alla maggioranza altro rimedio, che quello di rivolgersi all'autorità giudiziaria, affinchè questa dichiari obbligatorie per la minoranza le deliberazioni.

21. Ma per la piena efficacia delle deliberazioni prese dalla maggioranza non è richiesta una preventiva convocazione di tutti i singoli condomini, nè è stabilita alcuna forma particolare, onde si debbono raccogliere i voti della maggioranza.

La convocazione in piene forme si può pretendere in quelle associazioni o corpi deliberanti, che hanno una personalità giuridica autonoma, ma in materia di comunione ciò non avviene e vi sarà una maggioranza, che vincoli una minoranza tutte le volte, che in una forma qualsiasi viene a manifestarsi la volontà concorde di coloro, che nella comunione hanno una maggiore entità d'interessi.

22. Che cosa dovrà dirsi dell'acquirente di quota indivisa?

Per il combinato disposto degli articoli 679 e 1964, n. 2, codice civile, l'acquirente di quota indivisa rimane soggetto all'eventualità della divisione, per la quale come può essere risoluta o modificata la sua proprietà sul fondo acquistato, così può andare soggetto all'ipoteca legale per i conguagli, considerandosi il fondo per tutti gli effetti della divisione come parte della massa senza che ai diritti dei condividenti osti il fatto di quello di essi, che fece l'alienazione.

Ma se un tale acquirente ignorava la circostanza della indivisione può domandare la nullità della vendita?

Certamente. Detta vendita è sottoposta alla condizione risolutiva, perchè è valida solo nel caso in cui l'immobile venduto rientrerà nella quota del venditore: perciò noi avremo da un lato, nel caso che non si verifichi la condizione, una vendita annullabile in applicazione dell'articolo 1459 del codice civile, per il quale non può vendersi la cosa altrui, dall'altro una vendita inesistente perchè, avendo il compratore consentito una vendita pura e semplice e non condizionale, mancherebbe il consenso, che è la condizione necessaria di un contratto.

23. Riguardo ai creditori di uno dei comunisti la legge accorda loro il diritto di poter procedere contro il debitore per essere soddisfatti di quanto loro è dovuto, ed altresì di potere esercitare tutti i diritti e le azioni del debitore, purchè non gli siano personali ai sensi dell'art. 1234 codice civile; in applicazione di ciò trovandosi un creditore di fronte ad un debitore comunista, ha altresì il diritto di domandare la divisione per procedere poi sulla quota, che verrà a spettare al di lui debitore, ma non può procedere direttamente alla subasta dei beni indivisi sui quali vi è pure un diritto del suo debitore, sempre in applicazione di quel principio, che fintantochè la divisione non sarà fatta i diritti dei comunisti sulla cosa comune si compenetrano vicendevolmente, in modo che se si subastasse, si colpirebbero beni non appartenenti al debitore e quindi il procedimento sarebbe nullo.

Ma la quistione sorge quando il debitore comunista oppone una divisione amichevole già incominciata.

Ha il di lui creditore il diritto assoluto di non tenerne conto e di domandare la divisione giudiziaria?

In Francia la dottrina e la giurisprudenza sono d'accordo nel ritenere che il creditore del comunista non può influire sulle modalità della divisione: dimodochè egli non ha alcun diritto di provocare una divisione giudiziaria, qualora siavene incominciata una amichevole (2), nè egli può lamentarsi del ritardo, non potendo una stessa azione essere esercitata contemporaneamente dal creditore e dal debitore.

In Italia la questione non si è fatta: solo una sentenza della Corte di appello di Venezia del 29 aprile 1887 (3) ritenne non conformi al nostro codice i principî di quello francese, fondandosi sulla diversità di redazione del nostro art. 2077 di fronte al 2205 del codice francese, poichè nel nostro furono soppresse le ultime parole, che si contengono in quell'articolo.

Ma ha la soppressione tanta importanza?

Si confrontino pertanto i due articoli.

Quello francese dice: « La parte indivisa di un coerede sugli immobili di una successione non può essere venduta dai di lui creditori personali prima della divisione o della vendita, che essi possono promuovere, se lo credono conveniente, o nei quali hanno il diritto d'intervenire conformemente all'articolo 882 ».

Ed il nostro 2077: « La subastazione non può essere fatta per la parte indivisa di un immobile ad istanza di chi non è creditore di tutti i comproprietari prima della divisione ».

Dunque le parole soppresse non possono spiegare alcuna influenza sul modo di intendere il nostro articolo, perchè

(1) *Battaglio* c. *Biancotti* (*Monit. Trib.*, 1897, 695).
(2) Laurent, op. cit. x, n. 521.

(3) *Pinchieu* c. *Martini e consorti* (*Temi Veneta*, 1887, 277).

esse non contengono una disposizione speciale, che il nostro legislatore non volle; contengono invece il richiamo di principi, che anche il nostro codice ammette e che in quell'articolo s'intendono presupposti.

E, come nel codice francese, non è riconosciuto al creditore alcun diritto di procedere ad una divisione giudiziaria, quando i comunisti vogliono diversamente. Solo il creditore ha certi diritti, egli può intervenire nella divisione incominciata, può impugnarla in determinati casi, può provocarla anche contro la volontà dei comproprietari, ma non può scegliere il mezzo lungo e costoso della divisione giudiziaria, se i condividenti vogliono quella amichevole.

Con ciò non s'intende che debbano essere offesi i diritti del creditore nel caso in cui i condividenti sotto il pretesto della divisione amichevole ne ritardino le operazioni per ostacolarlo: in tal caso si vede appunto la necessità di domandare la divisione giudiziaria, ed il magistrato valuterà la fondatezza della domanda.

24. La prova della comunione riesce facile, allorchè esista un titolo autentico, in cui è consacrata, ma, quando manchi, si possono esperire i vari mezzi ammessi dalla legge?

Tutto dipende dal modo di considerarla, o, per meglio dire, dalla forma che riveste quella che cade in esame, perchè, se si tratta e le si attribuisce il carattere di contratto, occorrerà seguire le regole che governano le prove dei contratti, e però ai sensi dell'art. 1341 del codice civile sarà vietata quella per mezzo di testimoni, quando siasi in presenza di una convenzione sopra un oggetto, che abbia un valore eccedente le cinquecento lire, eccettuato solo il caso in cui vi sia un principio di prova per iscritto, ed ai sensi dell'art. 1354 cod. civ., sarà vietata la prova per presunzioni.

Ma per l'articolo 1314 del nostro codice, certi contratti per avere efficacia debbono risultare da atto scritto, per modo che non se ne può provare l'esistenza con i soliti mezzi ammessi dalla legge. Tale articolo al n. 1 dispone, che debbono rivestire la forma dello scritto tutte le convenzioni, che trasferiscono proprietà d'immobili.

La questione si può fare solo quando si tratti di comunione per contratto, perchè nelle comunioni derivanti dal fatto o dal quasi contratto la prova testimoniale non incontra più nè l'ostacolo dell'art. 1314 nè quello dell'art. 1341.

Vi è in quel caso trasferimento di proprietà?

Il Vitalevi sostiene l'affermativa.

Egli si chiede se un contratto, col quale *absque affectione societatis* si convenga tra due o più persone di mettere in comunione i loro beni stabili o parte di essi, purchè non si conferisca solo l'uso ed il godimento dei medesimi, involva un vero trasferimento di proprietà.

Egli dice: « Invero, sia pure che nella semplice comunione non sorga un ente morale distinto dalla persona dei singoli, ma non cesserà di esser vero che nel formarsi una proprietà comune con il conferimento delle due distinte proprietà le quali prima erano rispettivamente di spettanza esclusiva dell'uno o dell'altro dei conferenti si avvera questo fatto giuridico cioè della traslazione di proprietà per quelle parti, che non spettano al condomino conferente e che, scambiandosi, costituiscono la proprietà comune ed indivisa. Si potrà sofisticare finchè si vuole, ma è chiaro che la proprietà comune risultante da quella permutazione d'immobili o di parti si compone rispetto a ciascuno dei comproprietari di parti di proprietà esclusiva reciprocamente alienate in via di scambio » (1).

Ci sembra che nelle comunioni per contratto il trasferimento di proprietà avvenga, e quindi è necessario l'atto scritto ai sensi di legge; ma in quelle di fatto la prova può farsi per interrogatori e per testimoni, senza che vi osti l'articolo 1341 del codice civile.

Così è stato deciso anche dalle nostre Corti (2).

Diverso è il caso, se con le circostanze articolate per la prova volesse stabilirsi un trasferimento di proprietà: allora l'articolo 1314 del codice civile per il quale l'atto scritto è richiesto dalla legge *ad substantiam*, riprende il suo pieno vigore.

In applicazione di tale principio è stato deciso, che la comunione familiare che si stabilisce tra fratelli per successione è un quasi-contratto indipendente dalla volontà dei comunisti e può essere provata con testimoni, mentre è inammissibile tale prova quando tende a dimostrare l'esistenza di una società universale di beni tra fratelli, formatasi mediante convenzione tacita o espressa per un valore eccedente le cinquecento lire (3).

« Altro è il concetto giuridico di una società *universorum bonorum inter fratres*, altro quello di una semplice comunione di famiglia.

« La comunione (in tal caso) costituisce al certo un quasi contratto, che prescinde da qualunque specifico consenso in quanto che *incidimus* in essa *sine affectione societatis* ma per effetto di un titolo comune di proprietà.

« Quando però nella comunione pur mettente capo ad un titolo comune di proprietà si voglia comprendere non solo tutto ciò, che è prodotto o acquisto fatto con il prodotto della cosa comune ma eziandio qualunque altro particolare acquisto o guadagno, che provenga *aliunde* all'uno o all'altro dei partecipanti, in tal caso vien fuori non il concetto di una semplice comunione, ma altresì è più propriamente quello di una *societas universorum bonorum*, che non può concepirsi senza consenso.

« Dalle quali cose s'intuisce che, allora quando in una comunione familiare si voglia far cadere un qualunque cespite acquistato con mezzi propri dall'uno o dall'altro dei partecipanti, in tal caso come ciò non potrebbe altrimenti ottenersi, che presupponendo una *societas universorum bonorum*, così la prova testimoniale non potrebbe dirsi ammissibile, perchè diretta a dimostrare una convenzione sia pur tacita eccedente le lire cinquecento ».

Diverso è il caso del consenso dei partecipanti per operare sulla cosa comune ai sensi dell'articolo 677 del cod. civ.

Non è necessario che risulti da atto scritto, ma può stabilirsi con interrogatori o per testimoni, perchè un tale consenso non può in alcun modo equipararsi ad una convenzione, la quale, come si sa, è l'accordo di due volontà per costituire un vincolo giuridico, che nasce e si perfeziona al momento in cui interviene l'accordo, mentre il consenso del comunista per operare sulla cosa comune non è un contratto, perchè nessun vincolo sorge da esso, al momento in cui è dato.

(1) Op. cit., I, n. 101.

(2) Cass. Torino, 30 agosto 1883, *Pittalunga* c. *Caneva* (*Giurispr.*, Torino, XX, 1049); Cass. Palermo, 4 luglio 1891, *Vaccaro* c. *Micheli* (*Circolo giuridico*, XXII, 2, 269); Cass. di Torino, 14 settembre 1892, *Radanelli* c. *Cazallazzi* (*Giurispr.*, Torino, XXIX, 755).

(3) Cass Napoli, 23 febbraio 1897, *Apuzzo* c. *Apuzzo* (*Legge*, 1897, I, 654).

Esso deve considerarsi come un semplice fatto, che può produrre conseguenze giuridiche ma lontanamente, però nell'istante in cui si verifica, non può importare obbligazione.

La sua natura — decise la Cassazione di Torino (1) — non è neanche simile a quei fatti giuridici, che, sebbene muti nel loro linguaggio, come il pagamento, pure producono sull'istante un vincolo giuridico tra le parti che li operano. Se fosse necessario dare a consimili atti o fatti una classificazione, molto propriamente si potrebbero classificare tra quelli, che in diritto romano si chiamano *nudi* e che non producevano azione civile, perchè mancanti di causa e non determinati da una vera e ferma volontà di obbligarsi (L. 7, pr. e § 4, Dig. *de pactis*).

Perciò la prova testimoniale è ammissibile, essendo generalmente riconosciuto in dottrina ed in giurisprudenza che si possa fornire con testimoni la prova di semplici fatti non producenti immediata obbligazione.

25. La comunione, attesi i principî strettamente individualisti del nostro sistema di proprietà, e le discordie alle quali disgraziatamente dà luogo, tanto da essere stata chiamata dagli antichi giuristi *mater discordiae*, è riguardata come uno stato temporaneo dalla legge, la quale per ciò stesso aiuta ogni mezzo per farla cessare.

Questo sfavore si ebbe fin dal diritto romano: è tradizionale il principio, che nessuno è obbligato a rimanere in comunione, ma ogni comunista ha il diritto di domandarne lo scioglimento, ed è inefficace qualsiasi patto in contrario di restarvi per più di dieci anni, tranne che non si tratti di quelle comunioni, che, sciogliendosi, impedirebbero l'esercizio della cosa come per le comunioni forzose, perchè allora si verrebbe ad ostacolare quell'altro principio di diritto, per il quale nessuno dei partecipanti può impedire che la cosa venga distratta dall'uso, cui è destinata.

Adunque la comunione ha fine mediante la divisione, la quale per un espresso articolo del nostro codice è retta dagli stessi principî delle divisioni ereditarie (art. 684 del cod. civ.).

Qui non è il luogo di occuparci dell'istituto della divisione. Solo crediamo utile di far rilevare qualche principio generale, che riguardi i rapporti dei comunisti al momento della fine del rapporto giuridico, che li ha uniti.

Ed anzitutto è notevole la grandissima differenza che vi è tra il diritto romano e quello moderno intorno al diverso modo di considerare la divisione, imperocchè non solo allora era ritenuta attributiva e non dichiarativa di proprietà, come oggi è, ma è stata abbandonata la distinzione tra l'*actio communi dividundo* e quella *familiae erciscundae*.

In diritto romano la divisione era una permuta, che facevano tra loro i condividenti: ciascuno di essi trasferiva agli altri il diritto, che egli aveva sulle cose comprese nella propria quota, e riceveva da ciascuno di essi in cambio il diritto, che avevano sopra i beni a lui attribuiti: per conseguenza si aveva la figura giuridica di una alienazione da una parte, di un acquisto dall'altra.

Per il diritto moderno si è introdotta la *fictio juris* della retroattività della divisione al momento in cui ebbe origine la comunione: si riguarda ogni condividente come se fosse succeduto in modo diretto alla di lui quota all'epoca in cui cominciò la comunione, cosicchè la divisione non è più considerata come un titolo di acquisto o di alienazione, perocchè i condividenti non acquistano nulla dagli altri condomini; ciascuno dei medesimi viene considerato, come se avesse avuto una proprietà piena ed assoluta sui beni compresi nella sua quota e di non aver avuto giammai alcun diritto su quella degli altri suoi condividenti.

Così la divisione è dichiarativa di proprietà, perchè non ha altro oggetto che di designare le quote sopra le quali ogni condividente è ritenuto di avere avuto *a priori* dal giorno stesso dell'apertura dell'eredità una proprietà piena ed esclusiva.

La legge moderna ha voluto così prevenire i regressi tra erede ed erede, che avvenivano nel diritto romano. Ivi ogni condividente era nell'obbligo di rispettare i pesi reali, che qualcuno di essi avesse costituito sul diritto indiviso, doveva pagare i debiti per i quali erano state ipotecate le differenti frazioni, che la divisione gli aveva fatto acquistare.

Da ciò originavano regressi tra eredi, che erano fomite di conflitti fra le famiglie e di conseguenti litigi, ma oggi non possono avere più luogo, perchè per il principio enunciato per il quale ogni condividente riceve i beni della sua quota, come li lasciò il *de cujus*, tutti i pesi reali dei quali sono stati gra[illegible] durante l'indivisione dovranno considerarsi come nulli, perchè coloro che ve li costituirono, sono reputati non aver mai avuto sui medesimi alcun diritto di proprietà.

Il principio è sancito dall'articolo 1034 codice civile, ove è detto: « Ciascun coerede è riputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti per incanti fra i coeredi, e si ritiene che non abbia mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari ».

Da esso sorgono parecchie conseguenze: le aggiudicazioni seguite agli incanti tra condividenti della proprietà di immobili indivisi sono esenti da trascrizione, essendo questa stabilita per i soli atti traslativi di proprietà; il padre può procedere alla divisione dei beni, che fossero comuni al figlio minore con altri, senza omologazione del tribunale (articolo 234 codice civile); parimenti non è richiesto per esse l'atto pubblico o privato a pena di nullità, ma possono farsi anche senza scritto, ammettendosi per la prova di esse la confessione delle parti ed il giuramento ed anche la prova per testimoni quando non si eccedano le cinquecento lire, o vi sia un principio di prova per iscritto.

Che cosa ne sarà delle alienazioni e delle ipoteche consentite dal condomino durante la comunione senza il consenso degli altri comunisti?

È facile, conoscendo i principî posti, risolvere la questione.

Il comunista è il pieno possessore di una quota ideale, che, nonostante si individualizzi solo all'epoca della effettiva divisione, pure egli può venderla o cederla, ma egli con ciò non venderà che i diritti futuri sulla di lui quota, non potendo vendere o cedere diritti maggiori di quelli che egli stesso ha.

Per conseguenza, se egli aliena la sua quota ideale, il compratore non avrà acquistato che quella che al venditore spetterà dopo la divisione.

Diverso è il caso, in cui il comunista aliena una parte certa della comunione, perchè allora le alienazioni e le ipoteche saranno condizionali ed incerte, limitate cioè alla quota che verrà a spettare nella divisione al loro autore, onde se la cosa alienata o ipotecata non rientrerà in questa quota, l'alienazione già fatta si risolverà, imperocchè, come si è detto, ciascuno dei condomini retrotrae il diritto proprio all'epoca del cominciamento della comunione, ed egli ha il

(1) Cass. Torino, 25 luglio 1898, *Recchi* c. *Isola* (*Temi genov.*, 1898, 612).

diritto di far dichiarare nullo dal magistrato qualsiasi peso o ipoteca, che egli trovi sulla sua quota e che non rimonti a quell'epoca.

E se l'alienazione o l'ipoteca rientreranno in parte nella quota del venditore ed in parte in quella di un altro comunista, resterà valida per la prima parte, si annullerà per la seconda.

Da ciò si desume la conseguenza, che gli altri comunisti, i quali vedono vendere o alienare una parte della cosa comune, non hanno alcun interesse a ricorrere al magistrato per spiegare un'azione di rivendica o di nullità; essi potranno invece o richiamare alla comunione i beni per averne l'uso ed il godimento in comune con l'acquirente fino all'esito della divisione ed all'assegnazione delle quote o far procedere immediatamente alla divisione; allora la nullità si avvererà *ipso jure*.

L'unico loro interesse è quello di costituire in mala fede gli acquirenti, per impedire che possano prescrivere. Riguardo all'amministrazione, all'uso ed al godimento della cosa comune il codice tutela i loro diritti agli articoli 675 e seguenti.

Per converso i cessionarî possono provocare essi il giudizio di divisione, esercitando il diritto del loro cedente o debitore; specialmente poi quando vogliono espropriare la quota del debitore, possono domandare, che non si proceda alla divisione sia amichevole sia giudiziaria senza il loro intervento, ed hanno il diritto di impugnarla ai sensi degli articoli 680 codice civile e 882 codice di procedura civile, se nonostante la loro domanda non siano stati citati; possono intervenire nel giudizio di divisione pendente; consumata la divisione, se non hanno domandato di intervenire o non siano intervenuti in quella pendente, non possono impugnarla che per le stesse ragioni del loro cessionario o debitore (articoli 680 e 1324 codice civile) ed in proprio nome con l'azione di frode.

Un altro principio importante in materia di comunione e che si ricollega in molta parte a quelli già enunciati, è che il creditore di un comunista non può far subastare un immobile appartenente alla comunione per soddisfare il suo credito, perchè fintanto che non interviene la divisione, la parte indivisa di proprietà del debitore è incerta e la certezza si ottiene dopo la divisione; ond'è che il creditore ha l'obbligo di far dividere la proprietà indivisa per poi procedere su quella quota che spetterà al di lui debitore (v. articolo 2077 codice civile).

Infine osserviamo che le modalità della divisione sono rimesse al volere delle parti, e nel loro dissenso saranno seguite le forme di legge.

La massa delle cose è unica nell'interesse dei condividenti o dei loro cessionarî o creditori, e però se ne formano tante quote quante sono le parti.

I condividenti hanno poi ipoteca legale da prender grado dal giorno della iscrizione per i rifacimenti ed i conguagli sui beni della comunione.

Per tutt'altre questioni proprie della divisione vedi alla voce **Successioni: Azioni giudiziarie.**

GIUSEPPE CATINELLA SCHIFANI.

Vedi **Alienatio**; **Alienazione**; **Alluvione**; **Condominio**; **Danno**; **Data, Data certa.**

COMUNIONE DEI BENI FRA CONIUGI.

SOMMARIO.

CAPO I. — Generalità e storia.

1. Regimi patrimoniali. — 2. Origine storica della comunione di beni e sua specie. — 3. La comunione quale regime legale — 4. Codici anteriori al vigente — 5. Lavori preparatori del codice italiano. — 6. Considerazioni sull'istituto della comunione. — 7. Definizione. — 8. Coesistenza della comunione cogli altri regimi; non modifica la capacità personale. — 9. Indole giuridica: è una società universale; non ha personalità giuridica; luogo ove esiste; parte di ciascun coniuge. — 10 Differenza della comunione colla società che può esser costituita fra coniugi. — 11. Aspetto sotto il quale la comunione viene studiata.

1. Il regime patrimoniale fra coniugi può essere di tre specie. Può il patrimonio della moglie divenire per la proprietà o per il solo godimento patrimonio del marito, e questi esercitare sullo stesso, con o senza limitazioni, rispettivamente i diritti di proprietario o di usufruttuario; possono i coniugi conservare la libera disposizione del patrimonio che possedevano anteriormente al matrimonio e di quello che venissero a conseguire durante il matrimonio stesso; possono i coniugi unire in tutto od in parte il loro patrimonio in modo che essi siano comproprietarî *pro indiviso* della intiera sostanza comune La prima specie è il regime dotale, la seconda il regime della separazione dei beni, la terza il regime della comunione dei beni.

2. I primi due regimi erano regolati dal diritto romano, ma il terzo al diritto romano era sconosciuto (1), come era sconosciuto al diritto celtico (2): l'origine della comunione

(1) I frammenti del Digesto che vengono citati per prova che la comunione dei beni era in uso presso i romani, sia pure per eccezione, non provano tale assunto. Le leggi 13, § 6, Dig. *De alim. vel cib. leg.* (34, 1) e la l. 33, § 24, Dig. *De don. i. v. et u.* (24, 1) parlano di società contratte fra coniugi, e la società, per diritto romano, poteva esser contratta fra coniugi, come fra estranei. La l. 31, § 3, Dig. *De don. i. v. et u.* (24, 1) parla di una comunione originata dal fatto, che, essendo stata rimessa allo scopo di donare una parte del prezzo della cosa venduta, questa restava comune fra i coniugi, perchè uno acquistava la proprietà per quanto aveva pagato, l'altro riteneva la parte che non era stata pagata per il divieto della donazione fra coniugi.

(2) Cesare, *De bello gallico*, VI, 19, scrive: *Viri quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis aestimatione facta communicant. Hujus omnis pecuniae conjunctim ratio habetur, fructusque servantur. Uter eorum vita supererit, ad eum pars utriusque, cum fructibus superiorum temporum pervenit.* Il Pardessus (*Mémoire sur l'origine du droit coutumier*. negli *Atti dell'Istituto*, x, 666, e *Loi salique*, pag. 674 e 675) in base a questo passo fa risalire ai Galli la origine della comunione dei beni, ma l'usanza celtica, della quale Cesare parla, non è che un lucro aleatorio di sopravvivenza, ben diverso dalla comunione dei beni, la quale non accumula i frutti, come avviene nello istituto del diritto celtico, ma li devolve nelle spese ordinarie della famiglia ed alla costituzione coi risparmi di un capitale comune fra coniugi. Vedi Troplong, *Contrat de mariage*, Introd., pag. 98 e seg.

dei beni la si trova nel diritto germanico (1), per il quale i coniugi od i loro eredi dividevano fra di loro allo sciogliersi del matrimonio i lucri fatti nel tempo della convivenza. Di là si svolse progressivamente l'istituto sotto le tre forme di comunione degli acquisti, comunione dei mobili e comunione di tutti i beni.

Per la prima di queste tre forme ciascun coniuge conservava inalterati i diritti sui beni che egli aveva prima di contrarre matrimonio e su quelli che egli in seguito fosse venuto ad acquistare per successione o donazione; si consideravano in quella vece comuni ad entrambi i coniugi, e fra loro si dividevano, allo sciogliersi del matrimonio, i frutti di questi beni, come pure le cose acquistate dall'uno o dall'altro dei coniugi, durante il matrimonio, colla propria industria. Ma, siccome al momento di fare la divisione della massa comune, riesciva nel maggior numero dei casi difficile di determinare quali mobili fossero di proprietà dei coniugi anteriormente al matrimonio, o fossero stati acquistati posteriormente a causa di successione o donazione; così insieme alla comunione degli acquisti si costituì la comunione dei mobili, tanto esistenti prima, quanto acquistati durante l'unione matrimoniale, in modo che ognuno dei coniugi conservava di proprio solamente gli immobili che gli appartenevano al momento del matrimonio, e che acquistava in seguito per successione o donazione. Fino a che gli immobili non uscivano dalle mani dei loro proprietarî se non in casi eccezionali, la comunione dei mobili non dava luogo ad inconvenienti; ma quando in seguito allo sviluppo dei commerci si cominciò ad alienare gli immobili per avere capitali da impiegare nei commerci stessi, il coniuge che aveva alienato i proprî immobili si trovava in posizione svantaggiosa di fronte al coniuge che li aveva conservati; questi acquistava diritto al capitale ritratto dalla alienazione senza aver nulla contribuito del proprio; per ovviare ad un tale inconveniente si resero comuni anche gli immobili e così si originò la comunione di tutti i beni.

3. La comunione dei beni, sotto l'una e l'altra delle tre forme descritte nel numero precedente, si fondò dapprima di volta in volta sul contratto; ma, divulgandosene l'uso, la comunione divenne qua e là col volgere del tempo il regime legale dei beni fra coniugi. E così avvenne che la comunione dei mobili si fece di diritto comune nei paesi francesi retti dalle consuetudini; la comunione di tutti i beni nei paesi scandinavi, nelle provincie occidentali e settentrionali della Germania, in Ispagna e nel Portogallo; la comunione degli acquisti era molto usitata in Francia nei paesi retti dal diritto scritto. In Italia, ove più che negli altri paesi era sentita l'influenza del diritto romano, l'istituto non potè attecchire che in Sicilia ed in Istria, dove fu accolta la comunione di tutti i beni, ed in Sardegna, ove fu accolta la comunione degli acquisti (2); a Venezia in via di eccezione si trova la comunione di tutti i beni allorquando la moglie possedeva maggiore sostanza di quella che per legge poteva portare in dote.

Dapprincipio l'istituto non fu una vera comunione di beni fra marito e moglie, ma solo il diritto spettante ad entrambi di percepire una determinata porzione della sostanza famigliare allo sciogliersi del matrimonio; solo posteriormente si abbandonò questo concetto, per sostituirvi quello di una comproprietà dichiarata comune dalla legge o dal patto, applicandovi i principî del dominio *pro indiviso* del diritto romano.

4. I redattori del codice Napoleone si trovarono di fronte a due sistemi vigenti in Francia: nei paesi di diritto consuetudinario la comunione di beni era di diritto comune; nei paesi di diritto scritto vigeva il sistema dotale corretto dalla comunione degli acquisti. Il progetto presentato dalla Commissione incaricata dal primo console della compilazione di un codice, faceva della comunione dei mobili il regime di diritto comune e ne sviluppava largamente le norme; sopprimevasi il sistema dotale ritenendo i beni costituiti in dote soltanto come esclusi dalla comunione. Al Consiglio di Stato vi fu discussione, perchè non a tutti coloro che vi sedevano piaceva la comunione ammessa dalla consuetudine. Béranger proponeva che fosse ammessa di diritto comune la comunione di tutti i beni, ma la oppugnò Tronchet che fece valere le abitudini ed i sentimenti dalla popolazione (3). Maleville fece una proposta in senso opposto, propose di accogliere come regime di diritto comune la comunione degli acquisti (4); ma anche questa proposta fu oppugnata da Tronchet che fece valere le difficoltà pratiche di determinare quali mobili fossero acquisiti della comunione, e quali particolari agli sposi. Fra le opposte tendenze fu accolto un mezzo termine: della comunione dei mobili si fece il regime di diritto comune, salvo agli sposi, se il credono, derogare a questo regime stipulando la comunione di tutti i beni, o la comunione degli acquisti, od anche escludendo la comunione maritandosi col regime dotale o col regime della separazione dei beni: la legge altro non faceva che stabilire una presunzione di volontà degli sposi, presunzione che cadeva di fronte a prova contraria risultante dal contratto matrimoniale.

Il codice civile austriaco della comunione dei beni, come comunione degli acquisti, dei mobili e di tutti i beni, fece un regime puramente convenzionale (5) per il quale dettò alcune norme (6). Nel ducato di Lucca dove, alla restaurazione, come è notorio, rimase in vigore il codice Napoleone, il decreto borbonico del 5 maggio 1818 non abolì l'istituto giuridico della comunione dei beni, ma all'art. 1° dispose: « È derogato all'art. 1393 del codice civile, ed in avve-

---

(1) Vedi *Lex Visigothorum*, IV, 2, 16; *Lex ripuariorum* XXXVII, 2; *Lex Saxonum*, IX, *de acquisitis Capitularia regum Francorum*, IV, 9; Laurent, *Principes de droit civil*, XXI, n. 147; Pertile, *Storia del dir. it.*, vol. III, § 112 (Torino, Unione 1894) Montesquieu, *Esprit des lois*, VII, 15; Troplong, *Du contrat de mariage* (Paris 1850), Introd., pag. 99 e seg. vogliono riportare l'origine della comunione al diritto francese, ma gli argomenti che fanno valere, se danno una sufficiente ragione del perchè nel diritto francese la comunione dei beni ottenne sviluppo, non danno sufficiente ragione relativamente all'origine della stessa.

(2) Fu giudicato che un matrimonio avvenuto in Bonora il 7 aprile 1796 senza stipulazione di patti nuziali, non era regolato quanto agli acquisti e miglioramenti dalla legge *Quintus Mucius*, 5, Dig., *De donat. i. v. et uxor.*, ma dalle R. Prammatiche del 1633, che imperarono in Sardegna fino al codice Feliciano, e che in mancanza di patto contrario inducevano la comunione fra coniugi degli utili e degli acquisti nel matrimonio detto *alla Sardesca* (App. Cagliari, 25 maggio 1893, *Marras* c. *Cherchi Piu: Giur. Sarda*, 1893, 31).

(3) Seduta del Consiglio di Stato del 13 vendemmiale, a. XII, n. 5; Locré, *Légis. civ. et crim.*, tit. IV, pag. 353.

(4) Seduta stessa; Locré, loco cit.

(5) §§ 1217, 1233.

(6) §§ 1217, 1218, 1233 al 1235.

nire il matrimonio s'intenderà contratto sotto il regime dotale, o sia senza comunione » (1). Nella compilazione del codice per il regno delle Due Sicilie vi fu chi propose di abolire all'intutto il sistema della comunione dei beni. Ma prevalsero le ragioni di coloro i quali sostenevano che, sebbene la comunione non fosse stata in uso nel regno al di qua del faro prima della legge francese, tuttavia riusciva utile, a chi se ne voleva servire, che la comunione doveva ritenersi come lodevole istituzione, essendo conveniente l'unità di interessi fra coniugi; e però la comunione veniva conservata in seconda linea come regime puramente convenzionale (2) sotto qualunque forma. Il codice parmense sulla comunione dei beni non diceva altro se non che « la legge non induce comunione di beni fra coniugi » (3), dal che si deduce che il regime della comunione era ammesso come regime puramente convenzionale sotto qualunque forma. Il codice feliciano per i coniugi che non fossero ambedue, od anche uno solo nobile, ammetteva la sola comunione dei frutti dei beni e dei beni tutti che colla loro industria i coniugi avessero acquistati durante il matrimonio, come il regime che in mancanza di patto doveva essere ritenuto esistente (4), ed in un complesso di disposizioni disciplinava l'istituto (5). Il codice albertino tenne fermo il sistema del codice feliciano non ammettendo che la sola comunione degli acquisti (6), non però come regime di diritto comune, ma come regime puramente convenzionale (7). I lavori preparatorî del codice albertino rendono ragione di tale sistema: ecco quanto si legge nei motivi dei codici per gli Stati Sardi (8): « Il sistema dotale era il solo che per gli usi costanti e per le abitudini degli abitanti negli Stati di terraferma di S. M. dovesse pigliare aspetto di sistema generale a cui cioè convenisse alla legge di estendere la sua previdenza e coordinare i suoi precetti, in guisa da formarne un complesso di provvedimenti. Lungi pertanto dall'infievolire quest'uso la Commissione stimò utile di rassodarlo, non disgiunta in ciò da quei pensieri per cui nelle antiche provincie francesi, che si reggevano un tempo col diritto scritto, si desidera anche oggidì che il sistema dotale prevalga a quello della comunione dei beni tra coniugi... Ciò non tolse però che, per lasciare aperto l'adito anche ai buoni effetti che in certe particolari circostanze possono sorgere dalla comunione espressamente pattuita, si sieno prefisse nel progetto alcune regole concernenti questa speciale combinazione di interessi fra coniugi. La Commissione tuttavia non ha creduto di dover ammettere la comunione universale autorizzata dal codice per la quale non militava una positiva considerazione di utilità sperimentata dalla pratica del nostro paese, e che anzi nelle condizioni proprie di essa si riconobbe come non scevra di gravi inconvenienti. Il pensiero di non indurre confusione o pericolo di soprusi nella totalità delle sostanze dei coniugi ha quindi consigliato di restringere l'oggetto della comunione agli acquisti fatti dai coniugi durante la comunione ed al godimento dei beni sì immobili che mobili presenti, o futuri dei coniugi. Nel rimanente le regole accolte vanno nella massima parte di accordo con quelle segnate nel codice francese ». Ed in corrispondenza a tali concetti il codice albertino negli articoli 1573 al 1587 disciplina la comunione degli utili.

Il codice estense non ha parola relativamente alla comunione, ma disponendo (9) che « sono protette dalla legge le convenzioni fra i coniugi che loro piaccia di stipulare, purchè non dissentano dai buoni principî e siano conformi alla seguenti regole », non vi può essere dubbio che la comunione sotto qualunque forma era dal codice estense ammessa come regime convenzionale.

5. Nel progetto Pisanelli, salve poche modificazioni, la maggior parte delle quali dovute alla necessità di coordinare le disposizioni del codice colla restante legislazione, vennero riprodotte le disposizioni del codice albertino, ed il sistema adottato così trovasi giustificato nella Relazione ministeriale (10):

« Ma accanto al medesimo (il regime dotale) una idea nuova sorge e va sviluppandosi in varie provincie della Francia, un nuovo diritto si costituisce non dal legislatore, ma dalle tendenze, dalla volontà del popolo. Lo spirito di associazione, quantunque sviato poscia dal retto sentiero, agitò prepotentemente le masse, associazioni di Comuni, di borghesi, di maestranze, di servi della gleba. Tra queste associazioni nacque e prosperò la comunione dei beni fra i coniugi, che diventò il diritto consuetudinario di quelle provincie.

« I compilatori del codice francese, chiamati a scegliere fra questa istituzione loro propria ed il regime dotale importatovi dalla romana conquista, inclinarono per la prima. Quindi il progetto primitivamente formolato sopprimeva il regime dotale, ritenendo i beni costituiti in dote come soltanto esclusi dalla comunione, e vietando ogni patto che li rendesse inalienabili. Ma la forza delle abitudini, che niuno può vincere di un colpo, fece nascere nelle provincie di diritto così vivi reclami, che fu necessario transigere; il codice francese mantenne il sistema consuetudinario come di diritto comune, autorizzò il regime dotale modificandolo profondamente.

« Quando per la conquista napoleonica la legislazione francese spiegò il suo impero in Italia, il sistema della comunione non vi pose radice. Già fu osservato che nei contratti di matrimonio veniva generalmente esclusa, in guisa che se talvolta la comunione produsse i suoi effetti, ciò avvenne o perchè non eravi stato contratto di matrimonio, o per inavvertenza dei contraenti ».

Dopo avere accennato ai sistemi vigenti in Italia continua:

« Ma sotto l'impero degli accennati codici sembra non essere mai avvenuto il caso in cui dagli sposi fosse stipulata una comunione od una società dei loro beni, o, se tal caso avvenne, fu così raro che costituì un caso isolato e senza importanza pel legislatore.

« Lasciando però in disparte le considerazioni che potrebbero far accogliere quel sistema che meglio risponde

(1) Vedi Cassaz. Firenze, 1° febbraio 1886, *Massoni* c. *Massoni* (*Temi Ven.*, 1886, 138).

(2) Art. 1395 cod. delle Due Sicilie.

(3) Art. 1319 cod. parmense.

(4) Art. 174 e 175 cod. di Carlo Felice. Cfr. App. Cagliari, 16 dicembre 1895, *Lamberti* c. *Pes* (*Giur. Sarda*, 1896, 6).

(5) Art. 176 al 182 cod. stesso.

(6) Art. 1573 cod. albertino.

(7) Cass. Torino, 8 febbraio 1881, *Donsi* c. *Visconti* (*Giurispr.*, Torino, 1881, 286).

(8) Tip. della *Gazzetta dei Tribunali*, Genova 1853, vol. I, pag. LIV e LV.

(9) Art. 1401 cod. estense.

(10) Cod. civ. del Gianzana, Unione tip.-editr. — Rel., n. 167.

all'intima società fra coniugi, all'interesse collettivo della famiglia, nel progetto non viene ammesso di diritto il regime della comunione perchè contrario alle nostre costumanze.

« La legge non stabilisce la comunione di beni fra coniugi, ma ne permette la stipulazione, e non già per la comunione completa dei beni, ma soltanto per quella degli utili.

« Non possono quindi venire compresi nella comunione nè l'attivo e passivo dei coniugi al tempo del contratto, nè quello che fosse loro devoluto per successione o donazione durante il matrimonio, ma il solo godimento dei beni cadrà nella comunione. Il suo effetto sarà di rendere comuni e divisibili gli acquisti fatti dai coniugi unitamente o separatamente, quando sieno derivati dall'industria comune o dai risparmi fatti sui frutti dei beni posti in comunione.

« L'accennata limitazione poggia su un principio di ordine morale. Già si è avvertito che il regime francese della comunione è estraneo alle costumanze italiane. Se nondimeno in qualche caso è stipulato, ciò avviene non nell'interesse reciproco dei coniugi, ma soltanto a vantaggio di uno di essi. Sarà un giuoco col quale una delle parti avrà tutto da guadagnare, nulla da perdere; e l'altra tutto da perdere e nulla da guadagnare. Il contratto di matrimonio si cambia in una anticipata successione. Se per ragione di età uno degli sposi vuol gratificare l'altro, ciò può fare con una donazione espressa, ma non deve essere lasciata palliare la donazione sotto forma di un contratto commutativo, che può recare grave danno alla prole del precedente matrimonio.

« Riguardo all'amministrazione della comunione, allo scioglimento ed alla ricostruzione di essa, al diritto di rinunciarvi nella moglie e suoi eredi, furono riprodotte le norme stabilite dal codice francese, con le modificazioni apportate dai codici delle Due Sicilie e Sardo ».

6. Che nelle condizioni della società moderna la comunione di tutti i beni e la comunione dei mobili costituiscano una ingiustizia, non vi può esser dubbio (1); in siffatte comunioni uno dei coniugi acquista diritto alla metà di tutti i beni, od alla metà dei mobili dell'altro coniuge, senza una causa che giustifichi tale acquisto, perchè il matrimonio, che ha la sua causa esclusivamente in ciò che havvi di personale nei coniugi, non può senza ingiustizia essere elevato a causa di spogliazione patrimoniale di un coniuge a favore dell'altro. Nelle società nelle quali vi è una ripartizione presso a poco eguale della ricchezza fra i componenti le società stesse, in tempo nel quale la ricchezza mobiliare ha poca importanza, gli effetti di tale ingiustizia non saranno apprezzabili, ma nelle società, come le società civili moderne, nelle quali è rimarchevole la disuguaglianza dei patrimoni, nelle quali la ricchezza mobiliare forma una parte rilevante dei patrimoni, l'ingiustizia è tanto sentita che là dove tali comunioni costituiscono il regime legale le parti nel contratto matrimoniale cercano di porvi riparo; come lo attesta il Laurent (2) nella stessa Francia, ove la comunione dei mobili era nelle abitudini di una parte rilevante della nazione, questo regime non è più il regime normale di coloro che stipulano un contratto nuziale. Ma quella ingiustizia che havvi nei regimi della comunione di tutti i beni e della comunione dei mobili, non havvi nella comunione degli acquisti, anzi questo regime si presenta come il solo conforme a giustizia, tanto che in Francia, sempre a detta del Laurent (3), questo regime è divenuto il normale di coloro che stipulano un contratto nuziale. Ed infatti nelle famiglie, sieno esse ricche o povere, ciò che viene acquistato dai coniugi durante il matrimonio, e che non viene loro devoluto o a titolo gratuito per successione o donazione o per benefici di fortuna, è sempre dovuto all'opera dei due coniugi: anche in quelle famiglie nelle quali la moglie non ha alcun bene proprio produttore di frutti e nulla direttamente guadagna, i risparmi fatti sui proventi e guadagni del marito sono in gran parte dovuti ad essa, che colla parsimonia, col lavoro nel dirigere la famiglia, con sacrifici da essa fatti rende possibile su quanto il marito acquista quei risparmi che valgono a costituire ed accrescere il patrimonio famigliare (4). Col regime della separazione dei beni, in mancanza di contratto, la donna viene del tutto privata del frutto dell'opera propria; essa deve lavorare esclusivamente per arricchire il patrimonio del marito, al quale appartiene tutto ciò che si trova nella casa maritale, e starsene paga di quella derisoria porzione che sulla sostanza del marito le viene concessa dalle leggi relative alle successioni testamentarie, e quasi sempre dalle leggi relative alle successioni legittime; porzione che, massime per le piccole fortune, non è nemmeno sufficiente al suo sostentamento. E la moglie è costretta a lasciare gli eredi del marito procedere alla sua spogliazione, è costretta a lasciare gli eredi del marito prendere quanto effettivamente da essa è stato acquistato, ed anche tutto ciò che di mobili essa ha apportato al marito senza regolare contratto di dote e che non può provar essere suoi; se la moglie vuole salvarsi dalle conseguenze della ingiustizia, è costretta a operare contro diritto; a sottrarre poco a poco dal patrimonio famigliare ciò che a lei per giustizia dovrebbe spettare, o a far sparire dalla eredità del marito cose all'eredità stessa appartenenti. Nella pratica, là dove la separazione dei beni è il regime normale, sono questi i mezzi coi quali la moglie cerca di evitare una ingiusta spogliazione giuridica, coonestando, innanzi alla sua coscienza, l'azione antigiuridica che commette colla giustizia del suo operato. La spogliazione è in parte attenuata nei suoi effetti quando havvi prole: il diritto di usufrutto legale competente alla vedova sui beni dei figli minori, il diritto agli alimenti che le compete verso i figli, possono impedire che la vedova cada in povertà; ma altri inconvenienti nascono, e non di lieve momento, là dove per le leggi sulle successioni alla moglie sulla eredità del marito, essendovi figli, non compete che un diritto di usufrutto. Perchè la madre, che se non ha beni propri, è privata, se ci sono figli e se il marito non le ha lasciato alcunchè in testamento, di qualunque bene in piena proprietà, è priva di un mezzo potente per esercitare una autorità morale su quelli dei figli che si dimostrino riottosi, discoli, che non sono per indole propria inclinati ad avere verso di lei quei riguardi, ad usarle quel rispetto che a lei sarebbe dovuto, a grave scapito della pubblica moralità. A questi inconvenienti non è rimedio sufficiente

(1) Ricci, *Dir. civ.*, VII, 83.

(2) *Principes*, ecc., XXI, n. 192.

(3) Loco cit.

(4) Si suole giustificare la comunione dei beni fra coniugi col principio aprioristico che il matrimonio importando la comunione dei corpi e degli affetti deve importare anche quella degli interessi; ma, come ben nota il Ricci, VII, 82, la conseguenza non è giustificata dalla premessa. Ciò che rende giusta la comunione degli acquisti si è che se non direttamente, indirettamente gli stessi sono procurati anche dalla moglie.

autorizzare la comunione degli acquisti come regime convenzionale. Il contratto di matrimonio viene fatto in via generale da coloro che appartengono alle classi elevate della società; sono queste le classi che possono sostenere le spese necessarie per devenire al contratto, sono queste le classi che si trovano nella possibilità reale di prevedere gli effetti giuridici che si originano dal devenire o non devenire al contratto. Ma nelle classi inferiori, che formano la grande maggioranza delle popolazioni, di contratto di matrimonio non è il caso di discorrerne; la moglie, quando ha alcunchè di mobile, consegna *brevi manu* le cose sue al marito, senza che da alcun atto consti della avvenuta consegna. In queste classi la conoscenza delle leggi civili è una presunzione scritta nell'art. 1, tit. prel., codice civile, come è una presunzione della legge la libertà di contrattare; ma sono presunzioni ben lontane dal rappresentare lo stato reale delle cose! In persone che è molto se sanno leggere e scrivere; in una ragazza a cui non par vero di andare a marito; nei genitori di essa che non vedono il momento di collocarla, disposti a far di tutto per togliere le difficoltà che vi possono essere alla celebrazione del matrimonio, ad omettere tutto ciò che le potrebbe aumentare, pretendere che vi sia tanta conoscenza delle leggi civili, tanta freddezza, tanta libertà di azione da calcolare le conseguenze che in un avvenire, che tutti sperano lontano, saranno per generarsi dal devenire o non devenire ad un contratto, da inserire nel contratto una piuttosto che altra stipulazione, sarà un desiderio del legislatore, ma un desiderio che molto difficilmente nel mondo reale potrà essere appagato. Le conseguenze non possono essere nella realtà calcolate, se non quando, sbolliti gli entusiasmi, lo stato vero delle cose viene tranquillamente considerato, quando le conseguenze stesse si fanno sentire, ed allora non si è più in tempo di provvedere, e la donna è costretta a soggiacere alle conseguenze che dalla mancata stipulazione della comunione di acquisti si originano. In una legislazione nella quale il legislatore più che alle classi ricche avesse considerazione alle classi tutte delle quali si compone la società per la quale la legislazione deve valere, in una legislazione nella quale più che da principî aprioristici si prendessero le mosse dalla realtà, la comunione di beni non dovrebbe mancare dal figurare come regime normale da ritenersi esistente in mancanza di contratto, salvo alle parti, che volessero derogare a quanto la legge presume essere stato da loro tacitamente voluto, lo stipulare la separazione dei beni od il regime dotale.

Queste considerazioni non ebbero la prevalenza nella formazione del codice civile italiano, prevalsero invece le considerazioni esposte dal Ministro nella sua Relazione: dal codice civile italiano fu ritenuta come regime normale la separazione dei beni, e della comunione si fece un regime puramente convenzionale, un regime che non esiste che quando dalle parti fu espressamente stipulato, e le disposizioni relative a tal regime furono collocate al capo IV del tit. V relativo al contratto di matrimonio, art. 1433 al 1446, articoli dei quali ci si deve appunto occupare sotto questa voce (1).

Per lo studio che si va ad intraprendere ben poco soccorso presta la giurisprudenza patria e poche sono le decisioni emesse dai tribunali italiani in tema di comunione. Nemmeno la letteratura è ricca sull'argomento. Se si eccettua la trattazione che si trova fatta dal Bianchi (2), i civilisti italiani sorvolano sull'argomento; lo stesso Paoli (3) dedica alla comunione dei beni poche pagine, nelle quali si limita ad una ristretta esegesi sulle disposizioni del codice. La fonte più copiosa alla quale ricorrere si è la dottrina e la giurisprudenza francesi, fonte della quale però è d'uopo usare con molta circospezione per lo studio del diritto italiano, attesa la diversità che esiste fra le disposizioni date dal codice francese e quelle date dal codice italiano in materia di comunione di beni. Come fonti che possono servire a completare la teorica della comunione di acquisti è d'uopo tener nel massimo conto il codice spagnuolo ed il codice tedesco, due codici recenti, i quali alla comunione di acquisti dedicano speciali e dettagliate disposizioni; anche per queste fonti però è d'uopo tenere in conto le diversità esistenti colle disposizioni del codice italiano.

7. La legge non dà la definizione della comunione dei beni: per formolarla altro mezzo non vi è dunque che quello di osservare il complesso delle disposizioni della legge, e togliere dalle disposizioni stesse quei caratteri che possono servire a definire l'istituto.

Si dice che vi è *comunione* quando una cosa od un complesso di cose appartiene a più persone, ed è distinto dalle altre cose o complesso di cose che appartengono alle persone stesse; si dice che vi è comunione quando havvi un rapporto di più persone con una stessa cosa o con uno stesso complesso di cose, pel quale rapporto alle persone compete sulla cosa o sul complesso di cose un diritto patrimoniale della stessa specie.

Pluralità di persone, unicità di cosa o di complesso di cose, diritto competente a più persone su tali cose o su tale complesso di cose, uguaglianza della specie del diritto che alle varie persone compete; sono gli attributi connotati dal nome *comunione*. Ciò però non basta: si dice che vi è co-

(1) Nelle legislazioni straniere, a proposito del regime matrimoniale legale si osserva la massima varietà. Per esempio, il codice argentino considera, salvo patti contrari, come regime legale la comunione dei mobili e delle cose fungibili (art. 1224). Per il codice portoghese in mancanza di contratto havvi la comunione generale di tutti i beni presenti e futuri (art. 1108), salvo le eccezioni ammesse dalla legge (art. 1109 e seg.), eccezioni che in qualche caso portano a ritenere esistente soltanto la comunione degli acquisti (art. 1098), comunione che può anche essere convenuta, che senza espressa convenzione non si ha per esclusa nel caso di matrimonio col regime della separazione dei beni. In Inghilterra per diritto comune vi era una fusione completa delle personalità giuridico-patrimoniali dei coniugi; il diritto comune, però, era stato modificato dalla giurisprudenza delle Corti di equità che ammettevano poter la moglie avere un *separate estate*. Il *married woomen's property act*, stat. 33 e 34 Vict. c. 93 designava cose che si dovevano considerare come appartenenti al *separate estate* della moglie, ma solo col *married woomen's property act*, Stat. 45 e 46 Vict. c. 75 fu regolato in modo definitivo il regime patrimoniale fra coniugi accogliendo il sistema della separazione dei beni. Il codice spagnuolo in mancanza di contratto considera come regime patrimoniale fra coniugi la comunione degli acquisti (art. 1313, cap.). Il codice tedesco (§ 1363) accetta come regime legale l'usufrutto e l'amministrazione da parte del marito dei beni della moglie; ammette il regime della comunione nelle sue tre specie, come regime puramente convenzionale (confr. § 1437 e segg.). Da questa esposizione risulta che non havvi regime il quale non abbia avuto le simpatie di qualche legislatore!

(2) *Contratto di matrimonio*, Napoli 1892.

(3) *La dote, i beni parafernali e la comunione dei beni*, Genova 1877; *Del matrimonio rispetto ai beni*, Torino 1880.

munione quando il diritto della stessa specie che compete a più persone sulla stessa cosa o sullo stesso complesso di cose, compete loro *pro indiviso;* se alle varie persone il diritto competesse *pro diviso,* vi potrebbe essere unione materiale delle varie parti della cosa o del complesso di cose, non mai comunione. A questo punto *comunione di beni* è un ente patrimoniale appartenente *pro indiviso* a più persone.

Per l'art. 1435 cod. civ. non possono essere compresi nella comunione nè l'attivo e passivo presente dei coniugi, nè quello che venisse loro devoluto per successione o donazione durante la comunione, ma il godimento dei beni sì mobili che immobili presenti o futuri dei coniugi cade nella comunione; per l'art. 1436 l'effetto della comunione è di rendere comuni e divisibili gli acquisti fatti dai coniugi; per l'art. 1437 cod. civ. i beni mobili che non risultano dalla descrizione dall'articolo stesso voluta pei mobili in proprietà particolare di coniugi, sono considerati come acquisti della comunione; per l'art. 1438 il marito può alienare ed ipotecare a titolo oneroso i beni la cui proprietà cade nella comunione. Da questo complesso di disposizioni risulta che il diritto che compete alle diverse persone sulle cose o sul complesso di cose nel quale vi è il diritto indiviso, è un diritto di proprietà; sicchè la comunione è un ente patrimoniale appartenente *pro indiviso* in proprietà a più persone.

Per gli art. 1435 e 1436 cadono nella comunione il godimento dei beni dei coniugi, i profitti delle industrie dai coniugi stessi esercitate, gli acquisti fatti dai coniugi durante la comunione. L'ente patrimoniale è dunque un ente costituito dagli utili.

Della comunione dei beni il legislatore si occupa nel titolo relativo al contratto di matrimonio, nel titolo cioè relativo al contratto col quale si regolano i rapporti patrimoniali fra coniugi e considera lo stesso come un regime matrimoniale dei beni fra coniugi; tanto è ciò vero che nel titolo V del libro III, dedicato il capo I alle disposizioni generali, dedicato un capo alla dote ed altro ai beni parafernali, ne dedica uno anche alla comunione dei beni, come uno di quei tre regimi che, come si è veduto in principio di questa voce, sono possibili fra coniugi. La comunione dei beni è dunque un ente patrimoniale costituito dagli utili appartenenti *pro indiviso* in proprietà a due persone unite fra loro in matrimonio e costituente regime matrimoniale dei beni fra coniugi.

8. Regime matrimoniale però che coesiste col regime della separazione dei beni (1) Che ciò sia vero risulta dall'articolo 1435 cod. civ. Per questo disposto di legge l'attivo e passivo presente dei coniugi e quello che venisse loro devoluto per successione o donazione durante la comunione non possono essere compresi nella comunione stessa; dunque, all'infuori di ciò che havvi in comune fra i coniugi, ognuno di questi ha un patrimonio particolare che non cade in comunione (2); la personalità giuridico-patrimoniale dei coniugi non viene assorbita del tutto dall'ente, per determinati oggetti tale personalità non riceve alcuna modifica dal regime della comunione; il regime della separazione dei beni coesiste col regime della comunione. Ma, oltrechè coesistere col regime della separazione dei beni, il regime della comunione può coesistere col regime dotale; infatti una volta che dalla comunione è escluso l'attivo e passivo presente dei coniugi fra i due regimi non c'è alcuna incompatibilità; il regime del'a comunione restringerà da un lato i diritti che competerebbero al marito se vi fosse solo costituzione di dote, li allargherà dall'altro autorizzando il marito a fare dei beni della moglie costituenti la dote ciò che gli è permesso di fare sulle cose dotali. Il codice francese faceva chiaramente intendere che poteva essere stipulata la dote anche nel caso in cui gli sposi si maritassero col regime della comunione (3); il legislatore italiano in modo espresso (4) stabilì che la comunione può essere pattuita quantunque si sia costituita in dote. Nel caso si sia costituita in dote vi saranno coesistenti tre regimi: il regime della separazione dei beni, per le cose che non sono dotali e che non cadono nella comunione, il regime dotale, per le cose portate al marito in dote, il regime della comunione per le cose che, non essendo dotali e non appartenendo in particolare ai coniugi, cadono nella comunione.

E siccome è proprio dei regimi matrimoniali di far sorger degli effetti puramente patrimoniali, non già di influire sulla capacità personale di uno o di altro dei coniugi, così coesista il regime della comunione soltanto col regime della separazione dei beni, o coesista anche col regime dotale, lo stesso non esercita alcuna influenza sulla capacità personale della moglie o del marito, la sua influenza non è relativa che ai beni che della comunione fanno parte.

9. Nell'art. 1498 cod. francese era disposto: « Quando i coniugi stipulano che non vi sarà fra essi che una comunione di acquisti, si riterrà che abbiano escluso dalla comunione i debiti di ciascuno di essi attuali o futuri ed il rispettivo mobiliare presente e futuro. In questo caso e dopo che ciascuno dei coniugi avrà prelevato ciò che ha conferito con la debita giustificazione, la divisione si limita agli acquisti fatti dai coniugi unitamente o separatamente durante il matrimonio, e provenienti tanto dalla industria comune, quanto dai risparmî sopra i frutti o redditi dei beni dei coniugi ». Il codice feliciano non ammetteva, come si è veduto (5), altra comunione di beni fra coniugi che quella degli acquisti, e nell'art. 175 disponeva: « Siffatta comunione però non comprende quanto alla proprietà i beni stabili, mobili o semoventi che li contraenti avevano o possedevano prima del matrimonio, e nemmeno quelli che dopo o pendente il medesimo loro pervenissero per testamento o *ab intestato*, donazione tra vivi od a causa di morte, o per qualsiasi altro titolo, i quali rimarranno di proprietà dei medesimi rispettivamente; spettano bensì alla comunione anche i frutti di tali beni, e li beni tutti che con la loro industria acquistano durante il matrimonio o unione coniugale ». Nel codice albertino le disposizioni relative a ciò che faceva ed a ciò che non faceva parte della comunione, furono inserite in due articoli. Nell'art. 1875, disponendo che « non possono essere compresi nella comunione nè l'attivo e passivo presenti dei coniugi, nè quello che venisse loro devoluto

(1) Per il codice portoghese art. 1125 se nel regime della separazione dei beni non è espressamente esclusa la comunione degli acquisti la stessa esiste di diritto.

(2) Il codice spagnuolo, art. 1396, fa la enumerazione dei beni che nel regime della comunione costituiscono il patrimonio particolare di ciascun coniuge.

(3) Codice francese, art. 1540: « La dote sotto questo regime (il dotale) come sotto quello del capo VI (della comunione) consiste di quei beni, ecc. ».

(4) Art. 1483, prima parte, cod. civ.

(5) Vedi retro, n. 4.

per successione, legato o donazione durante la comunione, il godimento dei beni sì mobili che immobili presenti e futuri cadrà nella comunione », veniva sostanzialmente a riprodurre l'art. 175 del codice feliciano sino alle parole *anche i frutti di tali beni.* Nell'art. 1576, disponendo che « effetto di questa comunione si è di rendere comuni e divisibili gli acquisti fatti dai coniugi unitamente o separatamente durante la comunione, tanto se l'acquisto sia derivato dall'industria comune, quanto se sia derivato da risparmi fatti sui frutti e sulle entrate dei coniugi », copiava il capoverso dell'art. 1498 cod. francese, ma alle parole: *in questo caso e dopo che ciascuno dei coniugi, avrà prelevato ciò che ha conferito con le debite giustificazioni, la divisione si limita...* surrogava le altre: *l'effetto di questa comunione è di rendere comuni e divisibili....* Con questa variante la disposizione che si leggeva nel codice francese veniva snaturata; quella norma che dal codice francese veniva data per regolare i rapporti fra le parti per il caso di divisione, diveniva nel codice albertino *effetto* della comunione. Non vi ha chi non vegga l'inesattezza della espressione dal codice albertino adoperata. Il rendere comuni e divisibili gli acquisti fatti dai coniugi in comunione di beni non può essere che lo *scopo* ultimo che le parti si prefiggono nel convenire la comunione, scopo che le parti intendono raggiungere mediante la messa in comune del godimento dei loro beni e di ciò che possono ottenere dall'esercizio della industria, e che raggiungeranno o no secondo le contingenze che si saranno per verificare nella gestione della azienda famigliare, e che solo a comunione sciolta si potrà conoscere se sarà o no raggiunto; l'effetto immediato della comunione dei beni non può essere che quello del sorgere di un ente di proprietà *pro indiviso* dei conjugi formato da una parte del patrimonio dei coniugi stessi. Quello che il codice albertino chiama *effetto* non è che lo *scopo*. Il legislatore italiano agli articoli 1435 e 1436 riprodusse gli art. 1575 e 1576 del codice albertino, sicchè anche per la legislazione italiana vanno ripetute le critiche, e va adottata l'interpretazione che deve essere data per la disposizione del codice albertino; anche per la legislazione italiana il rendere comuni e divisibili gli acquisti non è che lo *scopo* che le parti intendono raggiungere col prestare il loro consenso al contratto di comunione dei beni.

Nella comunione dunque i coniugi mettono in comune il godimento dei loro beni e quanto ritraggono dalla loro industria per rendere comuni e divisibili fra loro i guadagni che da tale unione in comune saranno per ritirare. E siccome il contratto, col quale due persone convengono di mettere qualche cosa in comune per dividere il guadagno che ne potrà derivare, è un contratto di società (1), così la comunione di beni fra coniugi è sostanzialmente una società civile (2). E come società è considerata dalla legge, la quale all'articolo 1434 del codice civile dispone che, in mancanza di patti speciali, sono applicabili alla comunione dei beni le disposizioni contenute nel titolo delle società (3), ferma però l'osservanza di quelle disposizioni speciali che dalla legge sono date per la comunione e che sono contenute negli articoli 1435 al 1446 del codice. Ora da queste disposizioni di legge risulta che quella società, che è la comunione dei beni è retta dalle regole date dal legislatore per la comunione stessa e dalle stipulazioni delle parti; in mancanza di tali regole e stipulazioni è retta dalle regole proprie alla società (4), regole che costituiscono fonti di diritto semplicemente sussidiarie, e sulle quali però hanno la precedenza quelle speciali alla comunione e quelle risultanti dal patto.

Il codice riconosce due specie di società, le società universali e le società particolari, e due sottospecie di società universali, le società di tutti i beni presenti e le società universali dei guadagni (5). Siccome nella comunione i coniugi non pongono in comune tutti i loro beni mobili ed immobili che attualmente possiedono, così la comunione non può essere inclusa fra le società universali di tutti i beni presenti delle quali si occupa l'art. 1701 del cod. civ. Nella comunione dei beni in quella vece i coniugi pongono in comune il godimento dei loro beni e quanto potranno ritrarre dalla loro industria. Questa messa in comune è a titolo universale; se a ciò non bastasse la storia del diritto, che tramandò la comunione come comunione universale, universale viene chiamata la comunione dall'art. 1433 cod. civ. La comunione dei beni è dunque una società universale dei guadagni (6).

Poichè la comunione dei beni è una società civile e poichè non vi ha disposizione di legge la quale attribuisca a detta società la personalità giuridica, ne faccia cioè un ente avente personalità propria distinta da quelle dei coniugi, ne viene che la comunione non ha personalità giuridica (7); sono le stesse persone che la compongono, che vi figurano tanto nelle relazioni fra loro, quanto nelle relazioni coi terzi. Da questo però non ne viene che il patrimonio della comunione sia confuso col patrimonio dei coniugi. A persuadersi della verità di tale principio bastano le disposizioni degli articoli 1438 e 1444 codice civile, disposizioni che non potrebbero esistere nella legge se il patrimonio della comunione ed il patrimonio dei coniugi non fossero tanto nei rapporti delle parti fra loro, quanto nei rapporti delle parti coi terzi patrimoni distinti.

Se alcunchè esiste, esiste in qualche luogo, e però la comunione deve avere un luogo nel quale esiste. Questo luogo non può essere che quello del domicilio del marito, qualunque sia il luogo ove l'uno o l'altro dei coniugi si trovi. Infatti la comunione dei beni è una dipendenza dei rapporti personali fra coniugi; il luogo ove la stessa si trova non può essere che il luogo di domicilio della unione coniugale, e tale domicilio è quello del marito (8).

Nel capo relativo alla comunione nulla la legge dispone relativamente alla parte che ad ogni singolo coniuge spetta nella comunione. Per l'art. 1717 codice civile, se il contratto di società non determina la parte di ciascun socio nei guadagni e nelle perdite, tale parte è in proporzione di quanto ciascuno ha conferito per il fondo sociale, e riguardo a colui che non ha conferito che la propria industria, la sua parte nei guadagni e nelle perdite è regolata come la parte di colui che ha conferito la somma o porzione minore. La Cassazione di Palermo (9) ha giudicato che, in mancanza di deter-

(1) Art. 1697 cod. civ.

(2) Il codice spagnuolo la chiama società (confr. art. 1392); medesimamente il cod. argentino (confr. art. 1261).

(3) Art. 1395 codice spagnuolo, art. 1262 codice argentino.

(4) Bianchi, *Corso del cod. civile*, n. 367, Torino, Unione tip.-editrice, 1887.

(5) Art. 1699, 1700 cod. civ.

(6) Vedi Borsari, *Cod. civ.*, § 3457; Ricci, *Dir. civ.*, VII, 82.

(7) Ricci, *Dir. civ.*, loco cit.

(8) Confr. art. 18, prima parte, cod. civ.

(9) 22 settembre 1892, *Fragol* c. *Fichera* (*Circ. giuridico*, 1893, 217).

minazione delle parti le quote d'interessi dei due coniugi nella comunione è in proporzione di quanto ciascuno ha conferito. Di qui ne verrebbe che, se uno dei coniugi nulla materialmente avesse conferito, tutti gli acquisti apparterrebbero all'altro coniuge. Ma l'Appello di Torino (1) risponde che ciò non è esatto: anche se uno dei coniugi nulla ha conferito, egli ha diritto alla comunione. E questa è la soluzione esatta. Nella comunione dei beni ciascun coniuge non pone cosa particolare, gli acquisti che egli fa; pone la sua potenzialità ad acquistar cose, e questa potenzialità è, se non materialmente, giuridicamente eguale per ciascuno dei coniugi; il conferimento materiale di cose non è che una conseguenza dell'aver posto, come parte sociale, la propria potenzialità all'acquisto. Se la potenzialità ad acquistare cose è per i due coniugi giuridicamente eguale, la loro parte sociale è eguale, e però eguale è la loro quota di interessenza nella comunione (2). Che questo sia vero lo dimostra il testo dell'art. 1440, prima parte, codice civile; se il legislatore prevede il caso in cui le parti pattuiscano una partecipazione disuguale agli utili, vuol dire che egli, in via normale, considera i due coniugi partecipanti agli utili della comunione in parti eguali.

10. Non bisogna confondere la comunione dei beni con la società universale che i coniugi avessero stipulato fra loro, sia pure colla forma del contratto matrimoniale, ed in occasione del matrimonio. La Cassazione di Torino (3) ha ritenuto che, come per la legge vigente e per il codice civile albertino così anche per la legislazione anteriore non era ammessa la comunione universale dei beni tra coniugi; vietata la stipulazione di una comunione di beni non poteva avere effetto una pretesa comunione di fatto tra coniugi e però sciolto il matrimonio può bensì il coniuge superstite riprendere i capitali ed i beni che risultassero di esclusiva sua spettanza, ma non ha alcuna ragione sugli acquisti pretesi fatti in comune durante il matrimonio, se la comunione non risulta da atto pubblico a norma della legge anteriore. Questo principio è troppo assoluto. Sicuramente, se i coniugi null'altro hanno voluto stabilire che la comunione dei beni quale regime matrimoniale, in tanto la comunione esisterà e produrrà i suoi effetti in quanto vi siano le condizioni dalla legge volute perchè la comunione esista; ma se la volontà dei coniugi non fu quella di stabilire una comunione, ma una società universale di tutti i beni o dei guadagni od anche una società particolare, dal momento che anche fra coniugi può intervenire un contratto di società, il loro operato sarà valido ed efficace, e tanto nei rapporti fra loro quanto nei rapporti coi terzi si produrranno gli effetti tutti che dalla società derivano; gli effetti che non si produrranno saranno quelli propri alla comunione dei beni. Anzi, qualora fosse dubbio se i coniugi abbiano voluto stabilire una società qualunque o la comunione dei beni, e quanto da loro fu stabilito sarebbe valido se si trattasse di società, e nullo se si trattasse di comunione dei beni, l'atto fra loro intervenuto deve essere interpretato nel senso di contratto di società, dal momento che i contratti devono essere intesi nel senso per cui possono avere qualche effetto, piuttosto che in quello per cui non ne potrebbero avere alcuno (4).

11. La comunione dei beni può essere studiata sotto due punti di vista. Può essere studiato l'ente comunione in sè stesso, nella sua costituzione, nella sua organizzazione, nel suo movimento interno, nella sua azione in confronto dei terzi, nel suo scioglimento; può invece essere studiata la comunione come regime matrimoniale, ed in questo caso non solo fa parte dello studio ciò che concerne l'ente comunione, ma anche tutto ciò che concerne l'azione di ciascuno dei coniugi maritati nel regime della comunione, anche per effetti che non sono relativi alla comunione. È da questo secondo punto di vista che in questa voce la comunione dei beni sarà studiata.

Capo II. — Costituzione.

12. Atto col quale la comunione si costituisce; natura di quest'atto; principi generali sui suoi requisiti essenziali. — 13. Requisiti essenziali derivanti da che l'atto ha lo scopo di creare l'ente patrimoniale comune composto degli utili. — 14. Requisiti essenziali derivanti da che la comunione è una società universale. — 15. Requisiti essenziali derivanti da che è un contratto matrimoniale. — 16. Patti speciali — Disposizioni proibitive della legge relativamente alle clausole che possono essere convenute. — 17. Atti fra coniugi — A quale sono applicabili i principi espressi. — 18. Effetti della mancanza dei requisiti essenziali e della inosservanza delle disposizioni proibitive. — 19. Patti permessi. - 20 La comunione non sorge che colla celebrazione del matrimonio. Atti compiuti nell'intervallo fra la stipulazione del contratto e la celebrazione del matrimonio. Luogo in cui la comunione sorge. Effetti dell'annullamento del contratto o del matrimonio. — 21. Immutabilità del contratto.

12. Nella storia del diritto, come si è veduto al capo I, la comunione dei beni apparisce o come regime che la legge, in mancanza di contratto matrimoniale, presume essere stato stabilito dai coniugi, o come regime che non può essere costituito che mediante contratto; come si è veduto al n. 6 il legislatore italiano si attenne a questo secondo sistema, ciò che si argomenta dall'art. 1133 posto in relazione con tutte le altre disposizioni del titolo V del libro III del codice: il regime della comunione non esiste se i coniugi mediante contratto non hanno dichiarato di volersi maritare col regime stesso. Non vi è bisogno che le parti dichiarino in termini solenni che esse intendono maritarsi col regime della comunione, anche quando manchi una speciale dichiarazione che esse intendono maritarsi col regime della comunione, ma dal complesso delle clausole racchiuse nel contratto apparisce essere stata loro volontà maritarsi con tal regime, si dovrà ritenere che esse hanno convenuto la comunione (5), perchè il contratto che interviene fra due persone che intendono maritarsi non si sottrae alla regola generale dell'art. 1131 cod. civ., che nei contratti si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti anzichè stare al senso letterale delle parole. Il punto decisivo da esaminarsi onde ammettere od escludere la costituzione della comunione è quello rela-

(1) 11 marzo 1872, *Gaida* c. *Lagna-Fiëtta* (*Legge*, 1872, 1620).

(2) Ciò infatti trovasi disposto dal cod. portoghese art. 1123, dal cod. argentino art. 1315, dal cod. spagnuolo art. 1392, del cod. tedesco § 1476.

(3) 28 febbraio 1887, *Borese* c. *Denicolai* (*Giurispr.*, Torino, 1887, 285).

(4) Art. 1132 cod. civ.

(5) Bianchi, op. cit., 366. — Vedi Laurent, *Principes*, XXIII, 125 e seg.; Cass. belga, 8 luglio 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 1, 16); Cass. francese, 16 dic. 1840 (Dalloz, *Rép.*, voce *Contrat de mariage*, n 2564), 1 gennaio 1853 (Dalloz, *Rec.*, 1853, 1, 242). — Confr Corte di Parigi, 3 gennaio 1852 (Dalloz, *Rec.*, 1852, 2, 247); Corte di Bruxelles, 10 luglio 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 1, 18).

tivo alla determinazione di ciò che le parti hanno voluto disporre relativamente ai loro acquisti; qualunque siano state le espressioni usate dalle parti, se esse hanno voluto rendere comuni i loro acquisti si ha la comunione dei beni, se apparisce che le parti hanno voluto che ad ognuna di esse rimanessero gli acquisti che sarebbe per fare, la comunione rimane esclusa.

Se la convenzione relativa alla comunione dei beni ha lo scopo di stabilire fra coniugi un regime matrimoniale speciale, se la convenzione relativa al regime matrimoniale è contratto matrimoniale, necessariamente il contratto col quale si conviene la comunione dei beni è un contratto matrimoniale. In corrispondenza a questi principî, il legislatore non solo si occupa della convenzione relativa alla comunione dei beni nel titolo relativo al contratto di matrimonio, chè questo sarebbe stato sufficiente a dimostrare il suo pensiero, ma nel capoverso dell'art. 1433 cod. civ. espressamente dispone che la convenzione deve esser fatta nel contratto di matrimonio.

Dei requisiti essenziali del contratto col quale le parti convengono di maritarsi col regime della comunione dei beni, alcuni derivano dall'avere il contratto lo scopo di creare un ente patrimoniale costituito dagli utili ed appartenente *pro indiviso* in proprietà a due persone, altri dall'essere la comunione dei beni una società universale, altri infine dall'essere un contratto matrimoniale.

13. Come si è veduto più sopra (1), la comunione è un ente patrimoniale costituito dagli utili appartenenti *pro indiviso* in proprietà a più persone. Di qui ne viene che requisiti essenziali del contratto di comunione dei beni sono che solo gli utili sieno resi comuni, che questi utili appartengono in proprietà a coloro ai quali la comunione spetta, che questa proprietà spetti loro, durante la comunione, *pro indiviso*. Quando le singole disposizioni del contratto sieno tali da far sì che manchi uno di questi requisiti, il contratto potrà esser altro contratto, mai quello di comunione dei beni, dal momento che all'atto manca uno di quegli attributi in presenza dei quali l'atto stesso prende il nome di *contratto di comunione dei beni*. Sarebbe dunque contrario all'essenza della comunione il patto col quale fosse stabilito che ad uno dei coniugi non appartiene la comproprietà degli acquisti, anche se al coniuge stesso fosse attribuito un diritto creditorio determinato in una cifra assoluta o commisurata a quanto la comunione sarà per ammontare.

Per il codice francese (2) gli sposi possono stipulare che uno dei coniugi, od i suoi eredi, non potranno pretendere che una data somma per qualunque diritto di comunione, e tal clausola si risolve in un contratto eventuale che obbliga l'altro coniuge od i suoi eredi a pagare la somma convenuta, sia che la comunione riesca utile o dannosa, sufficiente od insufficiente a soddisfare la detta somma: questo patto è conosciuto nel diritto francese col nome di *forfait de la communauté*. Per giudicare della validità o nullità di questo patto il Bianchi (3) prende a criterio l'art. 1440, per il quale, come si è veduto, non si può stipulare che uno dei coniugi abbia nel passivo della comunione una porzione maggiore di quella che ha nell'attivo, e decide che il patto stesso è valido o nullo a seconda che l'art. 1440 cod. civ. riesca o no violato. E siccome non si può decidere se colla attribuzione al coniuge della somma convenuta, egli sarà per avere nell'attivo della comunione una quota maggiore di quella che ha nel passivo, se non allo scioglimento della comunione, quando si procede alla liquidazione della stessa, così egli ritiene che sulla validità o nullità del patto non si possa giudicare prima o durante la comunione, ma solo allo scioglimento della stessa. La determinazione della validità o nullità di un patto non può esser fatta a base delle particolari contingenze che si saranno per verificare nella esecuzione del contratto nel quale il patto fu inserito: un patto è valido o nullo al momento in cui viene convenuto; se è valido in questo momento, non può divenir nullo posteriormente; se è nullo al momento in cui è convenuto, non può divenir valido in seguito. Gli acquisti ed i debiti della comunione sono contingenze posteriori al contratto col quale la comunione viene stipulata, che non possono influire sulla validità o nullità dei patti che nella comunione sono inclusi. Basti l'enunciazione di questi principî per accorgersi a prima vista dell'errore nel quale è caduto il Bianchi col decidere che alla liquidazione della comunione sarà determinato se il patto è valido od è nullo. Ma l'errore del Bianchi è ancora più profondo: l'errore sta nell'aver ricorso all'art. 1440 per giudicare della validità o nullità del patto, invece di riportarsi a ciò che è di essenza della comunione, e vedere se il patto è o no contrario all'essenza della comunione stessa. Chè, se egli si fosse a ciò riportato, si sarebbe persuaso che il patto è nullo fin dal momento nel quale è stato convenuto. Infatti, effetto di un tale patto si è di disinteressare completamente il coniuge a cui favore fu stipulato nelle attività e passività della comunione, di privare il coniuge della proprietà della quota dell'ente, proprietà che gli spetterebbe se il patto non fosse stato convenuto, di far sì che non ci sia più comunione ma un diritto creditorio di uno dei coniugi verso l'altro. È da questo punto di vista che chiara apparisce la nullità del patto in esame. In Francia, ove una espressa disposizione di legge lo permette non è il caso di ridire sulla sua validità, ma in Italia dove nessuna espressa disposizione di legge esiste sul proposito, deve essere riconosciuta la sua nullità, perchè contrario alla essenza della comunione.

Se è di essenza della comunione dei beni che l'ente patrimoniale sia composto degli utili, contrario alla essenza della comunione sarà quel qualunque patto col quale le parti stabiliscano cadere nella comunione cosa diversa dagli utili: infatti se gli sposi pattuissero che cadrà nella comunione il loro attivo e passivo presente o futuro od i loro mobili, il contratto non sarebbe più un contratto di comunione degli acquisti ma contratto di comunione di mobili o di tutti i beni. La nullità del patto col quale gli sposi rendessero comune alcunchè di diverso dagli acquisti è espressamente stabilita dalla legge: non è permesso agli sposi di contrarre altra comunione universale che quella degli acquisti (4), la quale disposizione proibitiva porta per conseguenza l'altra (5) medesimamente proibitiva; non possono essere compresi nella comunione nè l'attivo nè il passivo attuali, nè quelli che venissero devoluti ai coniugi per successione o donazione durante la comunione. Anche se uno dei coniugi facesse all'altro nel contratto matrimoniale la donazione di una quota parte di una cosa o di un complesso

(1) Vedi retro, n. 7.
(2) Art 1522.
(3) Op. cit., n 407.

(4) Art. 1433, prima parte, cod. civ.
(5) Art. 1435 cod. civ.

di cose, anche se uno dei coniugi si addossasse una quota parte dei debiti dell'altro coniuge, la cosa donata, il debito assunto non potrebbe cadere nella comunione, dovrebbe rimanere particolare al coniuge a cui beneficio l'atto è stato compiuto, e se fosse stipulato che dovesse cadere nella comunione vi sarebbe la nullità del patto.

Se è di essenza della comunione che la proprietà dell'ente appartenga ai coniugi *pro indiviso*, contrario alla essenza della comunione sarebbe quel qualunque patto col quale fosse disposta la divisione degli acquisti e dei debiti della comunione tostochè l'acquisto avvenne ed il debito è sorto: comunione e divisione sono termini contraddittori, se viene fatta quest'ultima, non esiste più la prima. Questo principio però non può essere spinto alle sue ultime conseguenze, e considerare, per esempio, contrario alla essenza della comunione quel patto col quale si desse diritto all'uno od all'altro dei coniugi di prelevare alcun che dalla comunione per far fronte alle sue spese personali; se nello stesso regime dotale, ad onta che il marito abbia diritto di riscuotere i frutti e gli interessi della dote, può convenirsi che la moglie riceva annualmente, sopra semplice sua quietanza, una parte delle rendite dotali per le sue minute spese e pei bisogni della sua persona (1), a tanto maggior ragione ciò deve essere permesso nel regime della comunione ove sugli acquisti non havvi la proprietà esclusiva del marito, ma la comproprietà dei coniugi; questo più che una divisione della cosa di proprietà della comunione è un regolamento convenzionale relativamente al modo di provvedere alle spese della famiglia.

14. Si è veduto (2) che la comunione dei beni è di sua essenza una società universale: contrario alla essenza della comunione è quel qualunque patto col quale venisse distrutta l'universalità che alla comunione è propria. Di qui ne deriva che contrario alla essenza della comunione è il patto col quale la comunione venisse ristretta a determinati acquisti (3), come, per esempio, ai soli acquisti mobili od ai soli acquisti immobili (4), ad una parte degli acquisti tutti; il patto col quale fosse stabilito che i frutti e le rendite dei coniugi non entreranno nella comunione (5): tutti questi patti toglierebbero alla comunione il suo carattere di universalità, carattere che è di essenza della stessa.

15. Altri requisiti essenziali deve avere il contratto, in dipendenza del principio che il contratto col quale viene stabilita la comunione dei beni è un contratto matrimoniale.

Di essenza del contratto matrimoniale è che lo stesso intervenga fra persone che devono unirsi in matrimonio fra loro, e che le parti devengano al contratto in considerazione del matrimonio che saranno per celebrare. Di qui ne viene che di essenza del contratto col quale è convenuta la comunione dei beni si è che lo stesso intervenga fra persone che si devono unire in matrimonio e sia fatto in considerazione del matrimonio che sarà celebrato. Sicchè, se un uomo ed una donna convenissero di mettere in comune gli acquisti che fossero per fare, ma questa convenzione non intervenisse in considerazione del matrimonio che sarà per essere celebrato fra loro, non vi sarebbe la comunione dei beni, ed il successivo matrimonio che venisse celebrato non varrebbe a cangiare l'indole del contratto: il contratto, che non è al suo inizio comunione di beni, non può divenire tale per eventi successivi; anche a matrimonio avvenuto resterebbe, se del caso, una società universale dei guadagni ordinaria, che dalle norme proprie a tale contratto dovrebbe esser retta.

Non solo è di essenza del contratto di matrimonio che lo stesso intervenga fra persone che devono unirsi in matrimonio, e che le parti devengano al contratto in considerazione del matrimonio che saranno per celebrare, ma è di essenza del contratto matrimoniale anche che collo stesso le parti abbiano lo scopo di regolare la società coniugale relativamente ai beni (6). Se dunque col devenire al contratto avessero un intendimento diverso da quello di regolare la società coniugale relativamente ai beni, di contratto di comunione di beni non sarebbe il caso di discorrere.

Il contratto matrimoniale deve essere stipulato per atto pubblico (7), le mutazioni che nel contratto matrimoniale occorressero prima del matrimonio devono farsi egualmente per atto pubblico (8) e nessuna mutazione o controdichiarazione è valida quando sia fatta senza la presenza ed il simultaneo concorso di tutte le persone che sono state parti nel contratto di matrimonio (9). Dal momento che il contratto col quale viene stipulata la comunione dei beni è un contratto matrimoniale, evidentemente queste disposizioni tornano allo stesso applicabili. Dell'art. 1384, 1ª parte, cod. civ., ci si occuperà quando verrà discorso dei rapporti coi terzi.

Il minore capace di contrarre matrimonio, è pure capace di prestare il consenso per tutte le stipulazioni e donazioni che possono farsi nel contratto, le quali sono valide se egli è stato assistito dalle persone il cui consenso è necessario per la validità del matrimonio (10), e per la validità delle stipulazioni fatte nel contratto di matrimonio di colui contro il quale è stata pronunciata sentenza od anche solo promosso giudizio di inabilitazione, è necessaria l'assistenza del curatore che fu per tal fine nominato (11). Dal momento che il contratto col quale viene stipulata la comunione dei beni è un contratto matrimoniale, anche questi principi ricevono applicazione.

Per una più diffusa trattazione di questa materia ci si rimette alla voce **Contratto di matrimonio**.

16. A termini dell'art. 1434 cod. civ., gli sposi possono stabilire patti speciali per la comunione dei beni, dal momento che si tratta di regolare loro interessi pecuniari. Questa libertà però non è illimitata, perchè la legge al capo

(1) Art. 1399, cap. III, cod. civ.

(2) Retro, n. 9.

(3) Troplong, op. cit., n. 1877; Bianchi, op. cit., n. 394. — Contra: Ricci, op. cit., VII, 83. Per il cod. tedesco il principio che si è veduto valere nel diritto italiano vale solo per il marito (§ 1526, capov. 1°); per ciò che concerne la moglie la stessa può riservare a sè alcuni beni escludendoli dalla comunione nel contratto di matrimonio ed è di diritto bene riservato della donna quello che acquista per successione o donazione nelle quali sia stato disposto dover essere il bene riservato, e quei beni che acquista in virtù di un diritto facente parte dei suoi beni riservati, o come indennità per la distinzione, derivazione o sottrazione di un oggetto facente parte dei beni riservati od a mezzo di un atto giuridico che si rapporta ai beni riservati.

(4) Contra: Laurent, op. cit., XXIII, 195.

(5) Contra: Laurent, op. cit., XXIII, 129; Cass. belga, 6 febbraio 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 424).

(6) Confr. art. 1378 cod. civ.

(7) Art. 1382 cod. civ.

(8) Art. 1383, prima parte, cod. civ.

(9) Art. 1383, capov., cod. civ.

(10) Art. 1386 cod. civ.

(11) Art. 1387 cod. civ.

relativo alla comunione fa alcuni divieti, ed altri divieti dalla legge essendo fatti per il contratto di matrimonio, ricevono applicazione anche al contratto di comunione di beni, che non si è avuto occasione di far notare, è un contratto matrimoniale.

Per l'art. 1433, capov., cod. civ., non può stabilirsi che la comunione abbia principio in un tempo diverso da quello della celebrazione del matrimonio (1). Questa proibizione concerne esclusivamente il termine dal quale la comunione deve cominciare, non già la condizione sospensiva che le parti avessero creduto di inserire nel contratto, dal momento che la condizione verificatasi retrotraendo i suoi effetti al giorno in cui fu contratta l'obbligazione (2), la condizione stessa non importa che la comunione non abbia cominciamento in tempo diverso della celebrazione del matrimonio, importa l'esistenza della comunione fin dal giorno del matrimonio, e però la sua apposizione nel contratto non trova alcun ostacolo nella legge. Il Bianchi (3) ritiene contrario all'art. 1433, capov., cod. civ., il far dipendere la comunione degli acquisti dalla sopravvivenza dell'uno o dell'altro dei coniugi. Ma non vi è ragione alcuna per trattare questo caso con principî diversi da quelli coi quali vengono trattate tutte le altre condizioni; la comunione esisterà o non esisterà a seconda che sopravviverà o no il coniuge, ed esisterà o non esisterà fin dal momento del matrimonio, l'articolo 1433, capov., cod. civ. non rimane violato dalla apposizione nel contratto di condizione siffatta.

Se fosse permesso stipulare che uno dei coniugi dovesse contribuire nel passivo della comunione una quota maggiore di quella che ha nell'attivo; se il patto fosse stabilito a favore del marito, questi facendo degli acquisti senza pagarne il prezzo verrebbe a locupletarsi a danno della moglie, perchè avrebbe diritto a una quota superiore dei beni acquistati, sopportando il carico del prezzo per una quota minore; se fosse stabilito a favore della moglie, il marito che volesse favorirla avrebbe il mezzo facilissimo di fare degli acquisti a debito, arricchendola della differenza fra la quota dell'attivo che le competerebbe e la quota del passivo che fosse a suo carico (4), ed in tal modo verrebbe elusa la legge relativa alla proibizione della donazione fra coniugi. Ad ovviare a siffatti inconvenienti l'art. 1440, capov., cod. civ., dispone che non può stipularsi che uno dei coniugi debba contribuire nel passivo una quota maggiore di quella che fosse per avere nell'attivo della comunione. L'art. 1521, capov. del codice francese stabilisce la nullità anche del patto inverso, del patto, cioè, col quale uno dei coniugi abbia nell'attivo una quota maggiore di quella che ha nel passivo, ma evidentemente questa disposizione è inutile, perchè quando uno dei coniugi ha nell'attivo una quota maggiore di quella che ha nel passivo, l'altro coniuge ha nel passivo una quota maggiore di quella che ha nell'attivo; per dirla in altri termini, siccome la posizione dei due coniugi ai riguardi dell'attivo e del passivo è correlativa, basta enunciar il caso in cui uno dei coniugi abbia nel passivo una quota maggiore di quella che ha nell'attivo, perchè sia implicitamente compreso il caso in cui uno dei coniugi ha nell'attivo una quota maggiore di quella che ha nel passivo.

L'art. 1441 del codice civile relativo alle cause di scioglimento della comunione è redatto in forma proibitiva: « la comunione non si può sciogliere che per ecc. » Di qui ne viene che le parti non possono pattuire casi di scioglimento diversi da quelli dalla legge previsti (5). Di conseguenza le parti non potrebbero stabilire un termine fisso pel quale la comunione dovesse durare, diverso dal verificarsi degli eventi che per legge fanno luogo allo scioglimento della comunione. Ma ben potrebbero apporre al contratto la condizione risolutiva, perchè una volta, che questa verificandosi retrotrarrebbe i suoi effetti al giorno del contratto (6), la comunione esisterebbe o non esisterebbe fin da quel giorno, non verrebbe punto a sciogliersi in un caso diverso da quelli che per legge producono lo scioglimento.

Per l'art. 1379 cod. civ. gli sposi non possono derogare nel contratto di matrimonio nè ai diritti che appartengono al capo della famiglia, nè a quelli che vengono dalla legge attribuiti all'uno od all'altro coniuge, nè alle disposizioni proibitive contenute nel codice civile. Nessun dubbio che questa disposizione sia applicabile anche al contratto col quale si stipula la comunione. Se le parti non possono derogare alla disposizione proibitiva del codice, se la donazione dei beni futuri è proibita dal codice civile (7), se ciò che la comunione avrà al momento in cui verrà sciolta è indiscutibilmente un bene futuro, la conseguenza si è che le parti non possono farsi donazione di quanto avrà la comunione al momento del suo scioglimento, nè possono fare tale donazione ad altre persone. Di qui ne viene che è nullo il patto col quale i coniugi convengano che tutti o parte degli acquisti della comunione saranno per spettare ai figli nascituri dal loro matrimonio (8), chè questo patto non sarebbe che una donazione a pro' dei nascituri dei beni futuri della comunione. Per diritto francese (9) è lecito ai coniugi di stipulare che la totalità della comunione apparterrà al coniuge superstite, o soltanto ad uno di essi; e questa stipulazione non si ritiene come una liberalità soggetta alle regole della donazione. Questa disposizione nel codice albertino fu modificata: l'art. 1580 nel codice albertino diceva che « il patto col quale si stabilisce che i coniugi parteciperanno in parti disuguali negli utili, ovvero che il sopravvivente preleverà su di essi una porzione, non è riguardato come una liberalità soggetta alle regole della donazione », e l'art. 1440 codice italiano si attiene alla redazione del codice albertino. Di fronte all'art. 1525 del codice francese, naturalmente i commentatori di quel diritto ammettono la validità del patto col quale la comunione viene attribuita ad uno solo dei coniugi (10), ma la validità del patto viene anche ammessa per diritto italiano (11), e della esattezza di ciò è lecito dubitare. Anzitutto vi è l'art. 1719 co-

(1) Art. 1393 cod. spagnuolo; art. 1261 cod. argentino. Per il cod. tedesco (§ 1432), per il quale è permesso divenire al contratto matrimoniale anche durante il matrimonio, può stipularsi che la comunione avrà principio in quel termine dopo il matrimonio che le parti credano di stabilire.

(2) Art. 1170 cod. civ.

(3) Op. cit., n. 405.

(4) Pothier, *Communion*, n. 449; Troplong, op. cit., n. 2147; Laurent, op. cit., XXIII, 364; Bianchi, op. cit., n. 400.

(5) Bianchi, op. cit., n, 427; art. 1594 cod. spagnuolo.

(6) Art. 1170 cod. civ.

(7) Art. 1064 cod. civ.

(8) Tessier, op. cit., n. 417; Ricci, op. cit., V, 90; Laurent, op. cit., XXIII, 201; Corte di Bordeaux, 18 agosto 1864 e 13 agosto 1865 (*Dalloz*, 1866, 2, 217). — Contra: Bianchi, op. cit., 406; Troplong, op. cit., n. 1860; Borsari, *Cod. civ.*, n. 3469.

(9) Art. 1525 cod. francese.

(10) Vedi Laurent, op. cit., XXIII, 200.

(11) Bianchi, op. cit., 405. — Fu giudicato esser contratto aleatorio, una specie di tontina, l'atto di due coniugi di mettere in

dice civile, il quale vieta in materia di società il patto che attribuisce tutti i guadagni ad uno dei soci; col patto in disamina, tutti i guadagni verrebbero attribuiti ad uno dei coniugi. In secondo luogo c'è la variante di redazione del codice francese e dei codici civili albertino e italiano. I legislatori albertino ed italiano, i quali si trovavano di fronte all'art. 1525 del codice francese, se avessero voluto riprodurne il concetto non avevano a far altro che copiarlo; in quella vece riproducono il concetto del codice francese circa la non soggezione della stipulazione alle regole della donazione, ma per la sua non soggezione a tali regole contempla solo i casi di ineguaglianza nella ripartizione degli utili e di pattuito prelevamento. Se non sono soggetti alle regole della donazione i patti di ineguaglianza nella ripartizione degli utili e di prelevamento, è legittimo l'argomentare che vi è soggetto il patto che attribuisce tutti gli utili ad uno dei coniugi. Se tal patto è soggetto alle regole della donazione, se gli utili sono cose future, se la donazione di cosa futura è nulla, la sola interessenza che si può fare si è quella della nullità del patto in base agli articoli 1064 e 1719 cod. civ.

Per l'art. 1380 cod. civ. gli sposi nel contratto di matrimonio non possono fare alcuna rinuncia che tenda a mutare l'ordine legale delle successioni. Anche questa disposizione di legge va applicata al contratto di comunione, che, come si è ripetutamente veduto, è un contratto matrimoniale. Sicchè sarebbe nullo il patto col quale uno dei coniugi si dichiarasse tacitato colla quota che riceverà dei beni della comunione dei diritti a lui competenti sulla successione dell'altro coniuge; il patto col quale venisse dato ad uno dei coniugi il diritto di prelevare alcunchè dalla comunione a tacitazione dei suoi diritti successori, anche se tale diritto venisse dato come semplice facoltà di scelta fra il prelevamento ed il far valere i diritti successori; in tal caso il coniuge superstite non potrebbe pretendere, in confronto degli eredi del coniuge defunto, di fare il prelevamento.

Per l'art. 1381 cod. civ. non è permesso agli sposi di stipulare in modo generico che il loro matrimonio sarà regolato da consuetudini locali o da leggi alle quali non siano legalmente sottoposti; essendo il contratto di comunione dei beni un contratto matrimoniale anche questo disposto di legge riceve applicazione, e nullo sarebbe il patto. La proibizione ha riguardo al richiamo generico delle leggi e delle consuetudini, ma nessun ostacolo troverebbero singoli patti, anche se gli stessi si considerassero come normalmente convenuti da leggi o consuetudini alle quali le parti non sono legalmente sottoposte, quando i patti stessi non fossero fra quelli che il codice civile vieta di stipulare. Sicchè nullo sarebbe il patto, col quale, per esempio le parti non legalmente sottoposte alla legge francese, stipulassero che il loro matrimonio sarà regolato dalla disposizione del codice francese relativamente alla comunione, ma non sarebbe nullo il patto col quale venisse stipulato potere il marito locare i beni della moglie per un novennio, facoltà che al marito spetta a termini dell'art. 1429 del codice francese.

17. Quando si è di fronte ad un contratto il quale non si trova in regola colle disposizioni imperative e proibitive della legge relativamente alla comunione dei beni, per decidere se sia o no il caso di far applicazione dei principî relativi alla comunione dei beni, è d'uopo indagare quale contratto è stato voluto dalle parti. Se, indipendentemente dal nome più o meno esatto che fu dalle parti adoperato per denotare la convenzione fra loro conclusa, risulta che le stesse non intesero fare un contratto di comunione dei beni, nel significato che questo nome ha nella legge, ma un altro contratto, non sarà il caso di discorrere della applicazione dei principî relativi alla comunione dei beni, ma dei principî relativi al contratto che esse intesero concludere (1), perchè anche fra persone che si devono unire in matrimonio può intervenire qualsivoglia atto giuridico che da nessuna disposizione di legge non sia proibito, ed anzi, come si è fatto notare più su (2), se le clausole del contratto sono tali da ammettere il senso che le parti abbiano voluto stipulare una comunione dei beni non in regola colle disposizioni della legge, ed il senso che le parti abbiano voluto stipulare altro contratto lecito, l'atto fra esse intervenuto deve essere interpretato in questo secondo senso.

I principî relativi alla comunione non possono essere applicati se non quando questo è il contratto che le parti hanno voluto porre in essere, sicchè peccherebbe per difetto di motivazione la decisione del magistrato che, chiamato a giudicare sulla applicabilità o meno dei principî relativi alla comunione dei beni ad un atto intervenuto fra le parti, omettesse di istituire una tale indagine preliminare.

18. Quando le parti vollero stipulare la comunione dei beni, e l'atto fra esse intervenuto manca di quei requisiti essenziali dei quali al n. 14 si è fatto parola, o le disposizioni dell'atto sono contrarie a ciò che è di essenza del contratto di comunione dei beni, sia che ciò abbia riferimento in ispecie al contratto di comunione dei beni, od in genere al contratto matrimoniale, il contratto è giuridicamente inesistente. Di qui ne viene che, se le parti hanno convenuto di mettere in comunione tutti i loro beni, il contratto non potrà essere ritenuto valido riducendolo alla comunione dei soli acquisti, ma è intieramente nullo: le parti hanno voluto il contratto di comunione di tutti i beni, e questo contratto non è quello della comunione degli acquisti, il solo dalla legge permesso. Il principio, che il contratto è giuridicamente inesistente quando manchi dei requisiti essenziali dei quali si è fatto parola al n. 14, soffre eccezione quando si tratta di semplice incapacità delle parti ad acconsentirlo o di inosservanza delle forme abilitative necessarie per gli incapaci: in questo caso, in forza dei principî generali relativi agli atti degli incapaci, il contratto non è giuridicamente inesistente ma soltanto nullo. Se il contratto

comune le rispettive sostanze per lasciarle al superstite di loro (App. Venezia, 26 nov. 1874, *Salzari* c. *Tezza: Legge*, 1875, 1, 34). Questa decisione è esatta, ma la stessa non si riferisce alla comunione dei beni, bensì ad una comunione speciale che i coniugi avevan stabilita fra loro.

(1) Fu giudicato che il § 1233 cod. civ. austriaco, in forza del quale per la comunione dei beni fra coniugi richiedevasi una convenzione espressa e rivestita di forme particolari, si riferisce soltanto a quella comunione che vogliasi stabilire nel contratto stesso di matrimonio, ed abbia a comprendere l'intera sostanza dei coniugi, od almeno tutta la sostanza attuale o tutta la sostanza futura soltanto, non può quindi ritenersi applicabile ad una società particolare di guadagni che ai coniugi piacesse di stabilire fra loro durante il matrimonio e rispetto alla quale rimane pertanto illimitata quella piena libertà che il detto codice austriaco accorda ai contraenti, di poter stabilire le loro convenzioni sia in modo espresso, senza vincolo di forma, sia anche in modo tacito (Cass. Torino, 29 marzo 1882, *Albonico* c. *Garea Del Forno: Mon. Trib.*, 1882, 480).

(2) Vedi retro, n. 10.

è giuridicamente inesistente o viene annullato per incapacità delle parti, il contratto stesso non produce alcuno degli effetti della comunione, ed i rapporti fra le parti per gli atti compiuti andranno regolati a base dei principî generali di diritto.

Ma quando l'atto ha ciò che costituisce l'essenza del contratto di comunione dei beni, e non ha disposizioni contrarie a ciò che costituisce l'essenza stessa, ma solo contiene patti contrari alla legge, allora non évvi la nullità dell'intiero contratto, ma il contratto stesso va ridotto nei limiti leciti, dal momento che, per i principî generali di diritto gli atti viziati per eccesso di termine o di oggetto non sono atti nulli, ma solo riducibili a limiti permessi (1). In presenza di alcuni patti per operare la riduzione del contratto nei limiti permessi evidentemente non havvi altro mezzo che l'annullamento del patto. Così, se le parti stabilissero che la comunione debba aver principio in un tempo diverso dalla celebrazione del matrimonio, se stabilissero una causa di scioglimento della comunione diversa da quelle enumerate dalla legge, la derogazione ai diritti che appartengono al capo della famiglia od a quelli che vengono attribuiti all'uno od all'altro coniuge od alle disposizioni proibitive del codice, se facessero delle convenzioni o rinuncie tendenti a mutare l'ordine legale delle successioni, se stipulassero in modo generico che il matrimonio sarà regolato da consuetudini locali o da leggi alle quali non sono legalmente sottoposte, è evidente che, per ridurre il contratto nei limiti permessi, è d'uopo annullare il patto. Circa al modo di ridurre il contratto nei limiti permessi, può sorgere dubbio quando le parti stipularono che uno dei coniugi debba contribuire nel passivo una parte maggiore di quella che fosse per avere nell'attivo della comunione. In questo caso Duranton (2) ritiene che non vi è la nullità dell'intiero patto, ma basta stabilire l'equilibrio fra la compartecipazione al passivo ed all'attivo. Ma su quale base dovrà essere stabilito l'equilibrio? prendendo a base l'attivo od il passivo? Un esempio chiarirà meglio il concetto. Si supponga che nel contratto sia stabilito che uno dei coniugi contribuisca nel passivo per due terzi ed avrà nell'attivo un terzo; per stabilire l'equilibrio si prenderà per base i due terzi del passivo per attribuire al coniuge due terzi dell'attivo, od il terzo dell'attivo per attribuire ad esso un terzo del passivo? La scelta fra le due soluzioni non potrebbe essere che arbitraria. Ond'è che giuridica si presenta l'opinione di coloro (3) i quali ritengono doversi annullare l'intiero patto, e però doversi l'attivo ed il passivo dividere in parti eguali fra i coniugi.

19. Dei patti permessi la legge non si occupa che del patto di partecipazione in parti disuguali negli utili, e di quel patto che i francesi chiamano *preciput conventionel* (4), e che il legislatore italiano chiama di prelevamento (5); e di questi patti se ne occupa nell'art. 1440, prima parte, al solo fine di dichiarare che non sono riguardati come liberalità soggette alle regole delle donazioni nè per la sostanza, nè per la forma. Dicendo che non è una liberalità soggetta alle regole delle donazioni per quanto concerne la forma evidentemente non ha voluto escluderla dalla forma dell'atto pubblico: dovendo quei patti essere inseriti nel contratto di matrimonio, il quale deve avvenire per atto pubblico, quei patti non possono esser convenuti che in atto pubblico. Non ha voluto escluderla dalla accettazione, sia perchè le donazioni fra sposi nel contratto di matrimonio non hanno bisogno di accettazione, sia perchè, una volta che dai coniugi è accettata una comunione convenuta con quei patti, havvi l'accettazione anche del patto. Le forme delle donazioni, alle quali non sono soggetti tali patti, sono quelle stabilite dall'art. 1070 relativamente alle donazioni di cose mobili. La donazione ordinaria di cose mobili non è valida che per quelle specificate con indicazione del loro valore nell'atto stesso di donazione, ovvero in una nota a parte sottoscritta dal donante, dal notaio e dal donatario o da chi accetta per esso se interviene all'atto (6); attesa l'esistenza di tale principio e l'impossibilità di descrivere le cose mobili per le quali il prelevamento fosse convenuto, poteva nascer dubbio se il patto fosse o no valido; ad evitare le dispute che sul proposito potevano nascere era diretta la disposizione del codice albertino (7) ed è diretta la corrispondente disposizione dell'art. 1140 del codice civile italiano. È questa la forma alla quale quei patti non sono sottoposti.

Ma, oltre che per la forma, quei patti non sono soggetti alle regole delle donazioni nemmeno per la sostanza, dal momento che la comunione dei beni è una società, e nella società i patti di partecipazione ineguale agli utili e di prelevamento non sono liberalità, sono corrispettivi che uno dei soci pattuisca a proprio favore per quanto egli pone in società e che l'altro socio liberamente accetta di corrispondergli. Dal momento che i patti in disamina non sono soggetti alle regole delle donazioni per la sostanza, non può torsi effetto ai patti stessi in base al principio che la donazione della cosa futura è nulla e che è nulla la donazione se è stata fatta sotto la condizione di soddisfare altri debiti o pesi fuori di quelli che esistevano al tempo della donazione, e specificatamente designati nella medesima (8). Ne viene anche che questi patti non possono revocarsi per causa d'ingratitudine o per sopravvenienza di figli, che non vanno soggetti a riduzione se al tempo della morte del coniuge a cui danno sono volti si riconoscano eccedenti la porzione di beni di cui egli può disporre per testamento. Se il coniuge a cui profitto i patti furono convenuti debba imputare i beneficii stessi sulla parte che gli spetta nella eredità dell'altro coniuge è materia che entra nel campo del diritto successorio, non già in quello della comunione dei beni.

20. Perchè vi sia comunione di beni non basta che sia stato stipulato il contratto, è d'uopo anche che sia stato celebrato il matrimonio: è proprio dei contratti matrimoniali di non cominciare a spiegare i loro effetti che al momento in cui il matrimonio è stato celebrato. Il codice francese (9) ha una eccezione a questo principio, perchè di-

(1) Un tal principio generale di diritto si forma a base degli art. 493, 821, 1091, 1516, 1571, 1783, 1900 cod. civ. Vedi Piola, *Elementi di logica giuridica*, n. 69; Roma, Loescher, 1889.

(2) *Cours de droit civil*, xv, 206.

(3) Pothier, *Comm.*, 449; Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage* (Paris 1869), II, 325; Troplong, 2150; Laurent, XXIII, 365; Bianchi, 402.

(4) *Prededuzione, antiparte convenzionale.* Il codice albertino (art. 1580) diceva *precipuo.*

(5) Era meglio adoperare altra espressione per evitare l'anfibologia risultante dalla parola *prelevamento* adoperata nel citato capo relativo alla comunione, nell'art. 1440 in un senso, e negli articoli 1445 e 1446 in un senso diverso.

(6) Cit. art. 1070 cod. civ.

(7) Art. 1580.

(8) Art. 1064, 1067 cod. civ.

(9) Art. 1404.

spone: « Non cadono in comunione gli immobili pervenuti dai coniugi avanti la celebrazione del matrimonio, o che loro pervengano durante il matrimonio a titolo di successione. Nonostante, se dopo stipulato il contratto di matrimonio col patto della comunione, e prima della sua celebrazione, uno degli sposi avrà in questo intervallo acquistato un immobile, esso cadrà nella comunione, purchè l'acquisto non sia stato fatto in esecuzione di qualche clausola matrimoniale, nel qual caso sarà regolato a termini della convenzione ». Questa disposizione è una conseguenza del principio posto nell'articolo 1396 di quel codice, per il quale i cangiamenti del contratto matrimoniale fatti prima del matrimonio devono essere comprovati da un atto del notaro stesso nella forma del contratto di matrimonio. Infatti nella comunione legale, nella cui rubrica si trova collocato l'articolo 1404 del codice francese, cade il mobiliare degli sposi; se fosse permesso ad uno degli sposi nell'intervallo fra la stipulazione del contratto e la celebrazione del matrimonio convertire i suoi mobili in immobili, e così sottrarre tali beni alla comunione, verrebbe ad essere modificato il contratto matrimoniale senza l'osservanza delle forme stabilite dalla legge. Ed appunto perchè l'art. 1404 del codice francese è una conseguenza dell'art. 1396, che in Francia è ritenuto essere l'art. 1404 inapplicabile alla comunione degli acquisti (1), perchè in questa comunione la conversione della sostanza mobiliare in sostanza immobiliare intervenuta nell'intervallo fra la stipulazione del contratto e la celebrazione del matrimonio, non porta alcun cangiamento al contratto matrimoniale dal momento che mobili od immobili i beni cadono nella comunione solo per il loro godimento. Se questo è ritenuto in Francia, a tanto maggior ragione si dovrà ritenere in Italia, non avendo il codice italiano una disposizione corrispondente all'art. 1404 del francese: in Italia prima della celebrazione del matrimonio il contratto matrimoniale non ha alcun effetto. Di qui ne viene che, se le parti hanno cominciato a dare esecuzione al contratto prima della celebrazione del matrimonio, i rapporti che si originano tanto fra loro quanto coi terzi non vanno determinati a base delle regole relative alla comunione dei beni, ma a base delle regole relative alle società di fatto.

Dal momento che la comunione non sorge che all'atto della celebrazione del matrimonio, che la comunione esiste nel domicilio coniugale (2), che il domicilio coniugale è il domicilio del marito, è evidente che, qualunque sia il luogo ove il contratto matrimoniale è stato firmato ed il matrimonio celebrato, la comunione si considera sorta nel luogo ove il marito è domiciliato.

Se la comunione in tanto può sussistere in quanto il matrimonio sia stato celebrato, venendo annullato il matrimonio, la comunione è come se non fosse mai esistita ed i rapporti fra le parti andranno regolati non già coi principî relativi alla comunione, ma coi principî relativi alle società di fatto. Per l'art. 116 codice civile il matrimonio dichiarato nullo qualora sia stato contratto in buona fede produce gli effetti civili tanto riguardo ai coniugi quanto riguardo ai figli, e se uno solo dei coniugi è in buona fede gli effetti civili si producono solo a suo riguardo ed a riguardo dei figli. Da questa disposizione di legge non si può argomentare che essendo la comunione dei beni un effetto civile del matrimonio la stessa continui non ostante l'annullamento del matrimonio; se a termini dell'art. 1441 del codice civile la comunione si scioglie colla separazione personale definitiva, separazione che lascia sussistente il matrimonio, a tanto maggior ragione non può continuare ad esistere nel caso di annullamento, annullamento in seguito al quale i coniugi sono considerati come se fossero stati sempre fra loro estranei. Ciò che da questo disposto di legge risulta si è soltanto che, nel caso di buona fede, nell'intervallo corso fra la celebrazione del matrimonio ed il suo annullamento, la comunione è considerata come se fosse legalmente sussistente: e però per quanto in questo intervallo avvenne si producono gli effetti tutti che alla comunione sono proprî. Le conseguenze giuridiche che nel caso di annullamento di matrimonio si producono fra la società ed i terzi saranno studiate quando ci si occuperà dei rapporti coi terzi.

21. Le convenzioni matrimoniali di qualunque specie non possono cangiarsi durante il matrimonio (3). Di qui ne deriva che il contratto di comunione dei beni, quale è stato stabilito nel momento in cui fu celebrato e colle modificazioni che vi fossero state apportate prima della celebrazione del matrimonio, nella forma voluta dalla legge (4), non può ricevere durante il matrimonio cangiamenti sia nel suo complesso, sia nei singoli patti nello stesso convenuti.

Capo III. — **Effetti.**

§ 1. — *Distribuzione del patrimonio dei coniugi.*

22. Aziende esistenti nel regime della comunione. — **23.** Azienda della comunione; attività dell'azienda stessa; principî generali — **24.** Godimento dei beni dei coniugi; godimento in natura. — **25.** Continuazione: godimento del valore dei beni dei coniugi. — **26.** Prodotto dell'industria dei coniugi. — **27.** Acquisti. *Quid juris* sui reimpieghi? Crediti della comunione. — **28.** Attività delle aziende particolari dei coniugi. — **29.** Passività della comunione in dipendenza del diritto di godimento dei beni dei coniugi. — **30.** Passività dipendenti dalla stessa comunione. — **31.** Passività particolare dei coniugi. — **32.** Prova dell'appartenenza delle attività e passività.

22. Stabilisce l'art. 1435 codice civile che non possono essere compresi nella comunione nè l'attivo e passivo presenti dei coniugi, nè quello che venisse loro devoluto per successione o donazione durante la comunione; l'art. 14, capov., cod. di comm., prevedendo il caso in cui la moglie in comunione di beni eserciti il commercio, dimostra che il legislatore ritiene possibile che la moglie in comunione di beni abbia una azienda commerciale da essa personalmente esercitata; l'art. 1435 codice civile stabilisce anche che il godimento dei beni sia mobili come immobili presenti e futuri cade nella comunione; l'art. 1436 stabilisce che effetto della comunione quello si è di rendere comuni o divisibili gli acquisti fatti dai coniugi unitamente o separatamente durante la comunione, sieno essi derivati dall'industria comune o dai risparmî fatti sui frutti o sulle entrate dei coniugi, detratti però sempre i debiti della comunione. Da questo complesso di disposizioni legislative appare evidente che quando è convenuta la comunione dei beni fra coniugi il patrimonio di questi si distribuisce in tre aziende; una azienda del marito, una azienda della moglie, ed una azienda

(1) Vedi Laurent, op. cit., XXIII, 137; Corte di Bordeaux, 24 agosto 1869 (Dalloz, *Rec.*, 1870, 2, 22).

(2) Vedi retro, n. 9.

(3) Art. 1385 cod. civ.

(4) Vedi retro, n. 15.

comune al marito ed alla moglie (1), ognuna con attività e passività proprie. In questo capo si tratta di determinare in qual modo avviene la distribuzione del patrimonio dei coniugi nelle tre aziende.

23. Il codice francese, nelle sezioni I e II della parte I, capo II, tit. V, libro terzo, determina quali sono le attività e le passività della comunione legale, e quelle disposizioni combinate coll'art. 1498, che determina quali attività e passività non facciano parte della comunione degli acquisti, danno il mezzo di determinare quali attività e passività entrano in quest'ultima e quali restano particolari ai coniugi. I codici austriaco, delle Due Sicilie, feliciano ed albertino non avevano la dettagliata disposizione del codice francese, ed il codice italiano li imitò (2). Sicchè nel diritto italiano la teorica dell'attività e passività della comunione e di ognuno dei coniugi deve essere costruita a base di disposizioni frammentarie e dei principî generali.

La disposizione fondamentale, dalla quale si deve partire per devenire alla determinazione di ciò che entra nelle tre aziende, è quella contenuta nell'art. 1435 codice civile, che cioè non possono essere compresi nella comunione nè l'attivo e passivo presenti dei coniugi, nè quello che venisse loro devoluto per successione o donazione durante il matrimonio, ma il godimento dei beni sì mobili che immobili, presenti e futuri dei coniugi cade nella comunione; la disposizione dell'art. 1436, che, come già si disse (3), non è diretta che alla determinazione dello scopo ultimo della comunione, non può servire che come mezzo per interpretare l'art. 1435, per meglio fissare cosa il legislatore abbia voluto con quella disposizione.

Ciò che cade nella comunione è il godimento dei beni presenti e futuri dei coniugi. I beni dei coniugi sono o cose materiali o la loro attività personale; il godimento di ambedue questi beni cade nella comunione (4).

24. L'usufrutto è il diritto di godere delle cose di cui altri ha la proprietà (5); usufrutto e godimento delle cose altrui sono termini equivalenti. Ne viene da ciò che la comunione abbia l'usufrutto dei beni dei coniugi? Lo nega il Bianchi (6), il quale nel diritto competente alla comunione riconosce un diritto *sui generis*, eguale a quello che spetta al marito sulle cose dotali. Senonchè un attento esame dei testi del codice dimostra che siffatto principio non può essere accettato. Per l'art. 1399 codice civile il solo marito ha l'amministrazione della dote durante il matrimonio; egli solo ha diritto di agire contro i debitori e detentori della medesima, di riscuotere i frutti e gli interessi e di esigere la restituzione dei capitali; al titolo dell'usufrutto l'art. 1408 del codice civile si rimette solo per la determinazione dell'obbligazione del marito riguardo ai beni dotali. Di fronte a queste disposizioni è ovvio l'inferire che il diritto, che spetta al marito sulle cose dotali, non è un diritto di usufrutto, ma un diritto *sui generis*. Per quanto concerne la comunione in quella vece non esiste alcuna dettagliata descrizione dei diritti che competono alla stessa sui beni dei coniugi, e null'altro è detto se non che la comunione ha il godimento dei detti beni: differenza di espressioni, differenza di concetti; e poichè, come si è fatto or ora notare, usufrutto e godimento sono termini equivalenti, è un vero e proprio usufrutto dei beni dei coniugi che dalla legge alla comunione è riconosciuto (7).

Se attività della comunione è l'usufrutto dei beni dei coniugi, è attività della comunione ogni frutto naturale e civile che può essere prodotto dai beni dei coniugi (8), dal momento della celebrazione del matrimonio (9) al momento in cui la comunione resta sciolta. Se non diventano attività della comunione che i frutti percepiti dalla celebrazione del matrimonio, non entrano nella comunione i frutti percepiti prima del matrimonio, perchè questi frutti colla percezione o colla scadenza sono divenuti capitali (10); che se il coniuge avesse riscosso i frutti in anticipazione, egli deve dar conto alla comunione degli stessi (11). Per l'art. 1416 codice civile sciogliendosi il matrimonio i frutti della dote consistenti tanto in immobili quanto in danaro o nel diritto di usufrutto si dividono fra il coniuge superstite e gli eredi del premorto in proporzione della durata del matrimonio nell'ultimo anno, computato l'anno dal giorno corrispondente a quello del matrimonio. La ragione di questa disposizione di legge si è che consistendo la dote in quei beni che la moglie, od altri per essa, apporta espressamente a questo titolo al marito per sostenere i pesi del matrimonio (12), se il ma-

(1) Per il codice tedesco non vi sono che due aziende dal momento che quelle della comunione e del marito si trovano riunite (§ 1526) salvo agli effetti della divisione. Anche il Bianchi (op. cit., 372) riconosce che la comunione costituisce una azienda speciale e distinta dalla azienda particolare dei coniugi; però al n. 425, seguendo il Borsari, viene ad opposta sentenza, ammettendo che i beni della comunione, durante la stessa, si confondono con quelli del marito; opinione inammissibile data la natura di società che ha l'ente comunione e la qualità che il marito ha di amministratore dei beni della comunione. Ma di ciò più avanti.

(2) Il codice portoghese, art. 1109 e 1110, ha una dettagliata enumerazione di ciò che non fa parte della comunione. Il codice spagnuolo ha una apposita sezione, la seconda, relativa ai beni che restano propri a ciascuno degli sposi. Anche il codice tedesco, § 1526, distingue, come si è veduto, i beni in beni della comunione e beni riservati enunciando quali sono.

(3) Vedi retro, n. 9.

(4) Confr. art. 1435 combinato con l'art. 1436 cod. civ. Il codice tedesco, § 1520, ai beni particolari degli sposi che cadono nella comunione per gli utili che sugli stessi possono derivare chiama bene dotalizio (*eingebrachtes gut*).

(5) Art. 477 cod. civ.

(6) Op. cit., n. 372.

(7) Troplong, op. cit., II, 1900, ritiene che il godimento dei beni spetta al coniuge proprietario degli stessi, e che alla comunione non compete se non ciò che sopravanza dalle rendite. Questo infatti sembrerebbe il senso dell'art. 1436 cod. civ., e se questa fosse la disposizione fondamentale per stabilire i diritti ed i doveri dei coniugi, l'opinione del Troplong sarebbe da accogliersi. Ma la disposizione fondamentale non è già quella dell'art. 1436, è, come si è fatto notare al n. 23, quella dell'articolo 1435; e l'art. 1435 dichiara in termini espliciti che alla comunione appartiene il godimento dei beni dei coniugi. Il godimento dunque è sottratto alla proprietà particolare dei coniugi; è comune (Bianchi, op. cit., 412). Il codice spagnuolo (art. 1401) non parla di godimento appartenente alla comunione, parla di acquisti dei coniugi che divengono comuni: di godimento parla in quella vece il codice tedesco, § 1525.

(8) Art. 479 cod. civ., art. 1401, n. 3, cod. spagnuolo.

(9) Ricci, op. cit. VII, 83. Confr. art. 1401, n. 3, cod. spagnuolo.

(10) Laurent, op. cit. XXIII, 130; Rodière et Pont, op. cit. III, nn. 1235, 1237.

(11) Bianchi, op. cit., 371. La Cassazione francese (27 maggio 1889: *Jour. du Pal.*, 1890, 1609) ha deciso però che i canoni di affitto percetti anticipatamente prima del matrimonio non appartengono alla comunione, anche se la riscossione abbia avuto luogo in un solo pagamento per tempo anteriore e posteriore al matrimonio.

(12) Art. 1388 cod. civ.

rito potesse far sua una porzione dei frutti realizzati in anticipazione vi sarebbe da parte del marito un arricchimento senza causa, percepirebbe la porzione dei frutti senza dover sostenere quei pesi al sostenimento dei quali quella porzione di frutti era destinata; se la moglie dovesse far sua la porzione dei frutti realizzata posticipatamente, il marito dovrebbe sostenere del proprio quei pesi del matrimonio che per espressa convenzione intervenuta fra le parti dovevano esser sostenuti coi frutti della dote. Se tale è la ragione della legge, l'applicabilità dell'art. 1416 è limitata al regime dotale, e non può essere estesa alla comunione dei beni (1). La comunione non ha lo scopo di dare al marito i mezzi per sostenere i pesi del matrimonio, ma di rendere comuni e divisibili gli acquisti fatti dai coniugi durante la stessa; non vi è dunque ragione per derogare ai principî generali che relativamente alla attribuzione dei frutti a chi ha la proprietà ed a chi ha il godimento della cosa produttrice del frutto sono stati accolti dalla legge. Gli articoli 480 e 481 dunque in materia di godimento spettante alla comunione ricevono completa applicazione (2); ed i frutti naturali, che al cominciare della comunione non sono ancora separati dalla cosa che li produce, appartengono alla comunione, quelli che non sono ancora separati quando la comunione finisce appartengono al coniuge proprietario, senza compenso nell'uno e nell'altro caso del lavoro e delle sementi (3), ma senza pregiudizio della porzione dei frutti che potesse spettare al mezzaiuolo che vi sia al tempo in cui cominciò o finì la comunione (4); i frutti civili si ritengono acquistati giorno per giorno ed appartengono alla comunione in proporzione della durata della stessa (5), anche se si tratta di frutti il diritto ai quali si acquista al cominciare del tempo pel quale la rata deve essere soddisfatta, dal momento che di fronte al disposto generale ed assoluto dell'articolo 481 non sono possibili restrizioni. Le annualità delle rendite perpetue sono acquisti della comunione (6), come sono acquisti della comunione i canoni dovuti per i beni dei coniugi (7). Se ad uno dei coniugi appartiene un diritto vitalizio, entrano nella comunione le pensioni che si maturano di giorno in giorno durante la comunione, e la comunione deve restituire il di più che avesse anticipatamente riscosso (8). Ma non appartiene alla comunione ciò che viene riscosso ad epoche determinate, come rate di capitali (9).

Se ad uno dei coniugi appartiene un bosco, entra nella attività della comunione il taglio del bosco ceduo (10), e quelle piante che si ritraggono da un bosco di alto fusto disposte in tagli regolari (11), gli alberi sparsi per la campagna che per consuetudine sono destinati ad essere periodicamente tagliati (12), gli alberi fruttiferi che periscono e quelli che sono svelti o spezzati per accidente (13).

Se ad uno dei coniugi appartiene un greggie entra nella comunione ciò che è prodotto di questo greggie e quegli aumenti nei capi del greggie stesso che allo scioglimento della comunione si sarà per riscontrare (14).

Se ad uno dei coniugi compete un usufrutto cade nella comunione ciò che dall'usufrutto viene ricavato (15), e però cade nella comunione quanto viene ricavato dall'usufrutto legale sui beni dei figli che al genitore compete in forza della patria potestà (16). Se però il padre è escluso dall'usufrutto legale per una causa a lui personale, quanto dall'usufrutto legale viene percepito dalla madre non entra nella comunione se non pel godimento, chè altrimenti il genitore non sarebbe escluso dall'usufrutto legale ma solo da parte dell'usufrutto stesso.

Entra nella attività della comunione anche il prodotto delle miniere, delle cave e delle torbiere che sono aperte od in esercizio al momento in cui comincia la comunione (17). Per il capoverso secondo dell'art. 494 codice civile, l'usufruttuario non ha diritto alle miniere, cave e torbiere non ancora aperte, nè al tesoro che si scoprisse durante l'usufrutto. Per quanto concerne le miniere che venissero aperte durante la comunione, il secondo capoverso dell'art. 494 non riceve applicazione, la comunione ha il godimento delle stesse: dal momento che la comunione ha il godimento dei beni dei coniugi, che le miniere, anche aperte durante la comunione, sono beni del coniuge, la comunione deve avere il godimento delle stesse. Per quanto concerne il tesoro trovato in una cosa del coniuge, lo stesso non è un frutto dei beni del coniuge, non può dunque appartenere alla comunione in forza del diritto di godimento che appartiene alla stessa (18). In altro luogo sarà esaminato se il tesoro debba entrare nella comunione per altro titolo.

Una successione può essere stata devoluta alla moglie stante l'indegnità del marito. In questo caso il godimento della successione entra nelle attività della comunione: l'articolo 728 limita gli effetti della esclusione dell'indegno alla privazione dall'usufrutto e dalla amministrazione dei beni ai quali, stante la indegnità, succedono i suoi figli; essendo

(1) Bianchi, op. cit., n. 428. La soluzione data nel testo rende inutile l'esaminare il caso, in cui la comunione coesiste col sistema dotale per stabilire la competenza dei frutti nell'ultimo anno del matrimonio; ai frutti della dote saranno applicabili i principi relativi a tali frutti, ai frutti dei beni estradotali, i principî relativi al riparto dei frutti nei casi di comunione.

(2) Bianchi, op. cit., 371.

(3) Contra: Bianchi, op. cit., 372. In diritto francese ciò è ritenuto (Vedi, fra gli altri, Troplong, op. cit., II, n. 1869; Laurent, op. cit., XXI, 248, e XXIII, 131; Corte di Bordeaux, 2 febbraio 1873: Dalloz, *Rec.*, 1873, 2, 162), perchè dall'art. 1437 di quel codice, per il quale ogniqualvolta uno dei coniugi ha ritratto un particolare vantaggio dai beni della comunione egli è tenuto a compensarlo, si argomenta una deroga all'art. 585, capov., cod. stesso pel quale non si fa luogo a compenso dei lavori e delle sementi nei rapporti fra usufruttuario e proprietario Nel diritto italiano non esiste una disposizione simile a quella dell'art. 1437 del codice francese, sicchè nel diritto italiano non esiste una disposizione dalla quale si possa argomentare una deroga al disposto dell'art. 480: nel diritto italiano è d'uopo applicare l'art. 480 in tutta la sua estensione.

(4) Art 480 cod civ.

(5) Art. 481 cod. civ.

(6) Bianchi, op. cit, 377. Art. 1401, n. 3, cod. spagnuolo.

(7) Bianchi, op. cit,, 378.

(8) Art. 482 cod. civ.

(9) Art. 1402 cod. spagnuolo.

(10) Art. 485 cod. civ.

(11) Art. 486 cod. civ.

(12) Art. 487 cod. civ.

(13) Art. 490 cod. civ.

(14) Confr. art. 313, capov, cod. civ. Art. 1405 cod. spagnuolo.

(15) Per l'art. 1403, prima parte, del cod. spagnuolo il diritto di usufrutto o di godimento appartenente ad uno degli sposi fa parte dei beni proprii dello sposo, ma i frutti, rendita od interessi percepiti durante il matrimonio appartengono alla comunione.

(16) Art. 1403, capov., cod. spagnuolo.

(17) Art. 494, primo capov., cod. civ.

(18) Pothier, *Comm.*, 323. V. Rodière et Pont, op. cit., II, nn. 1245, 1246; Laurent, op. cit., XXIII, 141.

l'art. 728 una disposizione penale non può essere esteso alla esclusione dalla comunione di acquisti del godimento dei beni facienti parte della successione.

Ad uno dei coniugi può essere stato lasciato o donato alcunchè colla condizione che la comunione non abbia il godimento di ciò che a favore del coniuge fu disposto. Il decidere se questa condizione sia o no valida (1) dipende dal decidere se sia valida la condizione colla quale si vincola le disposizioni dei frutti della cosa lasciata o donata, ma tale esame eccede i limiti della presente voce.

25. Per l'art. 483 codice civile, se l'usufrutto comprende cose delle quali non si possa far uso senza consumarle, come danaro, grano, liquori, l'usufruttuario ha diritto di servirsene coll'obbligo di pagarne il valore al termine dell'usufrutto, secondo la stima che ne fosse stata fatta al cominciamento di esso, ed ove tale stima non sia stata fatta, egli avrà la scelta o di restituire la cosa in eguale quantità e qualità, o di pagare il prezzo corrente al tempo della cessazione dell'usufrutto. Per l'art. 484 codice civile, se l'usufrutto comprende cose che senza consumarsi ad un tratto si deteriorano a poco a poco coll'uso, come la biancheria e la mobilia, l'usufruttuario ha diritto di servirsene per l'uso e consumo a cui sono destinate, e non è obbligato a restituirle al cessare dell'usufrutto se non nello stato in cui si trovano, coll'obbligo però di tenere indenne il proprietario se per dolo o colpa esse furono deteriorate. Per l'art. 1715, prima parte, codice civile, che è nel titolo delle società, invece, le cose il cui solo godimento è stato posto in società, se consistono in corpi certi e determinati che non si consumano coll'uso, rimangono a rischio e pericolo del socio che ne è proprietario; per il capoverso 1° dell'articolo stesso se le cose stesse si consumano coll'uso, se conservandole si deteriorano, se fossero state destinate ad essere vendute, o se furono poste in società sopra stima risultante da un inventario, esse rimangono a rischio e pericolo della società; pel capoverso secondo dell'articolo stesso se la cosa è stata stimata il socio non può ripetere che l'importare della stima. L'art. 1715 codice civile è inteso, in via generale, nel senso che la società non acquisti il dominio delle cose delle quali si occupa la prima parte dell'articolo, ma lo acquisti invece delle cose menzionate nel primo capoverso (2).

Sono chiare le differenze fra gli art. 483 e 484 da una parte e l'art. 1715 dall'altra. Per gli art. 483 e 484 il godimento per valore, cioè il tramutamento della nuda proprietà delle cose nella nuda proprietà di un credito verso l'usufruttuario, non vi è che per le cose delle quali non si possa far uso senza consumarle di un tratto; per quelle che si consumano a poco a poco coll'uso, e per tutte le altre, non è ammesso il godimento che in natura; per l'art. 1715 il godimento in natura non è ammesso che per le cose che non si consumano coll'uso, che non si deteriorano conservandole, che non sono state destinate ad essere vendute, che non furono poste in società sopra stima risultante da un inventario; per tutte le altre cose, sieno esse mobili od immobili, non è ammesso che il godimento per valore, cioè la messa in società produce il tramutamento della nuda proprietà competente al socio nella nuda proprietà di un credito verso la società.

Al godimento spettante alla comunione sono applicabili gli art. 483 e 484 od è applicabile in quella vece l'articolo 1715 codice civile? La risposta è data dall'art. 1434: in mancanza di patti speciali intervenuti fra coniugi, alla comunione sono applicabili le disposizioni contenute nel titolo delle società; e siccome al titolo delle società havvi l'art. 1715 il quale modifica i principî che relativamente al godimento sono dati dagli art. 483 e 484, così l'art. 1715, e non gli art. 483 e 484, deve essere applicato (3).

Entrano dunque nel godimento della comunione per il loro valore, la proprietà, cioè, passa nella comunione, salvo alla comunione rispondere verso il coniuge proprietario del valore:

1° Le cose che si consumano coll'uso (4). Però entra nella comunione per il godimento del valore tanto il danaro, grani, liquori (5), quanto le cose che senza consumarsi di un tratto, si deteriorano a poco a poco coll'uso, come la biancheria, la mobilia (6); la legge non fa distinzione, e però le distinzioni non possono essere fatte dall'interprete. Non bisogna però confondere le cose consumabili colle cose fungibili, l'articolo 1715 codice civile parla solo delle prime, sicchè le cose fungibili che non sono anche consumabili, non cadono nella comunione che pel godimento in natura (7). Un corpo certo e determinato che non si consuma coll'uso può tramutarsi durante la comunione in una cosa che si consuma coll'uso; un credito può durante la comunione venire riscosso, una cosa venduta: in questi casi la cosa nella quale il corpo certo si trova tramutato entra nella comunione pel godimento per valore. Diversamente sarebbe, se il corpo certo e determinato che non si consuma coll'uso venisse tramutato in altra cosa avente gli stessi caratteri; in questo caso la cosa colla quale il corpo certo fu surrogato sarebbe goduta dalla comunione in natura. E così, se una cosa di proprietà particolare di uno dei coniugi venisse venduta a credito, la comunione non acquisterebbe la proprietà del credito; sarà solo alla riscossione del credito che la comunione acquisterà la proprietà della cosa pagata, se questa sarà cosa che si consuma coll'uso. Medesimamente nel caso che venisse venduta cosa di proprietà di uno dei coniugi, ed il prezzo venisse delegato ad un terzo, la proprietà del prezzo non verrebbe mai acquistata dalla comunione. È indifferente, per l'attribuzione della proprietà delle cose consumabili alla comunione, che le cose stesse sieno ritenute da uno o da altro dei coniugi; essendo la comunione a titolo universale il godimento di tutte le cose cade nella comunione indipendentemente dalle particolari contingenze che si possono av-

(1) Il cod. portoghese art. 1109 n. 2 in modo espresso riconosce la validità di questa condizione.

(2) Vedi Ricci, op. cit., IX, 29.

(3) In diritto francese si discute sul proposito. — Vedi fra gli altri, Rodière et Pont, II, op. cit., n. 1277; Laurent, op. cit., XXIII, 148 e seg.; Trib. della Senna, 25 novembre 1840 (Dalloz, *Rép.*, voce *Enregistrement*, n. 366); Corte di Parigi, 11 maggio 1837 (Dalloz, *Rép.*, voce *Contrat de mariage*, n. 2700); Cass. francese, 14 novembre 1855 (Dalloz, *Recueil*, 1855, n. 461); ma è d'uopo rilevare che nel diritto francese non vi è nel titolo della comunione alcuna disposizione, che, come quella dell'articolo 1434 cod. civile rimetta, in mancanza di disposizioni speciali alla comunione, a quanto è dalle leggi stabilito per le società.

(4) Per il cod. tedesco, 1540 allorchè, le cose consumabili che abbiano fatto parte dei beni dotalizi non esistono più, si presume in favore dello sposo a cui i beni dotalizi appartengono che esse siano state impiegate a profitto dei beni della comunione, e che questi si siano arricchiti del valore di quelle cose.

(5) Laurent, op. cit., XXIII, 148; Bianchi, op. cit., 381.

(6) Cass. belga, 18 giugno 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 1, 319). — Contra: Laurent, op. cit., XXIII, 142.

(7) Vedi Laurent, op. cit., XXIII, 145; Bianchi, op. cit., 382.

verare relativamente alla loro detenzione. E però sono proprietà della comunione tanto le cose consumabili detenute dal marito, quanto quelle detenute dalla moglie.

2° Le cose che conservandole si deteriorano. La deteriorazione che può subire una cosa può essere una deteriorazione materiale, può essere una deteriorazione del valore, la cosa cioè può diminuire di quel valore che aveva antecedentemente. Siccome la legge non fa distinzione, così è d'uopo interpretare la stessa nel senso che tanto l'una quanto l'altra deteriorazione entrino nel disposto legislativo. La deteriorazione può essere certa, può essere solo possibile. La ragione, per la quale le cose che conservandole si deteriorano entrano nella società per il godimento del valore, si è che la legge ha voluto dare alla società il mezzo di evitare quel danno che potrebbe avvenire se la società non potesse a tempo privarsi delle cose stesse, e realizzare il loro valore prima della diminuzione di questo. Questa ragione della legge dimostra che la sua disposizione deve applicarsi in ambedue i casi; se quando il deterioramento è soltanto possibile non potesse la società privarsi della cosa, la società sarebbe costretta ad assistere impassibile al succedersi degli eventi, senza poter prevenire i danni che dagli eventi stessi le possano derivare. Una decisione della Corte di Gand (1) riconobbe alla comunione il diritto di disporre di alcune obbligazioni ferroviarie al portatore di spettanza della moglie, e tale decisione è censurata dal Laurent (2) e dal Bianchi (3), perchè confonde le cose consumabili, la proprietà delle quali passa nella comunione, colle cose fungibili, la proprietà delle quali non passa punto. Riportata la decisione alla distinzione fra le cose consumabili e le fungibili, le censure che si muovono alla decisione stessa sono esatte. Non è però lo stesso riportata la decisione al principio che la comunione ha il godimento del valore delle cose che conservandole si deteriorano. Uno dei caratteri dei titoli negoziabili è la possibilità che per la variazione delle condizioni del mercato, per la diminuzione del credito dell'ente che ha emesso il titolo, il titolo stesso soffra un deterioramento, che può giungere fino al punto da avere annientato il valore nominale del titolo. Attesa la possibilità di tale deterioramento il titolo negoziabile entra nella categoria delle cose che conservandole si deteriorano, e però nella categoria delle cose che entrano nel godimento della comunione pel loro valore; la comunione acquista la proprietà delle stesse, salvo a rispondere del valore verso il coniuge proprietario.

Dal momento che la comunione è a titolo universale, come conseguenza degli esposti principî si ha che i coniugi in comunione di beni non hanno in proprio cose consumabili o cose che conservandole si deteriorano: se uno dei coniugi detenesse di tali cose, la detenzione sarebbe illegale e la comunione potrebbe sempre pretendere che le cose stesse sieno conferite, onde essere godute dalla comunione pel valore, salva la rispondenza della comunione pel valore stesso al momento del suo scioglimento.

L'art. 1715 fa menzione di due altre categorie di cose che divengono proprietà della società: le cose state destinate ad essere vendute, e quelle che vengono messe in società sopra stima risultante da inventario. In questa parte l'art. 1715 non può essere applicato in materia di comunione. Fino a che si tratta di passaggio di proprietà alla comunione causato dalla necessità del godimento, il principio che nella comunione non può essere compreso l'attivo particolare dei coniugi non fa ostacolo acchè il passaggio avvenga; se la comunione ha il diritto di godimento, ha diritto ai mezzi coi quali il godimento può avvenire, ha il diritto di consumare le cose destinate al consumo, ha il diritto di impedire il danno che può derivare dalla deteriorazione delle cose; ha pure il diritto di disporre delle cose che si consumano o si deteriorano, ha la proprietà delle stesse. Se non si può dire col Bianchi (4) che il passaggio nella comunione della proprietà della cosa consumabile è una eccezione, si deve però riconoscere che tale passaggio è una assoluta necessità del godimento. Ma quando si tratta di passaggio di proprietà che non avviene per assoluta necessità del godimento, e che non può avvenire che per consenso del coniuge proprietario, come si verifica nella destinazione alla vendita e nella collocazione in comune sopra stima, il principio che nella comunione non entra l'attivo dei coniugi verrebbe violato se di queste cose facesse passaggio alla comunione la proprietà; l'attivo dei coniugi entrerebbe nella comunione, se non altro pel diritto di disporre dello stesso (5), ciò che è dalla legge proibito.

Siccome per l'art. 1734 codice civile le disposizioni contenute nel titolo delle società sono applicabili in materia di comunione in mancanza di patti speciali, così può nascere dubbio se alle parti sia permesso derogare al disposto dell'art. 1715 codice civile. Se le parti potessero stipulare che al termine della comunione il coniuge proprietario non avrà altro diritto che quello di riavere le cose sue nello stato in cui si trovano a quel momento, quella parte dell'attivo dei coniugi rappresentata dalla differenza fra il valore che la cosa aveva al cominciamento della comunione, ed il valore che ha al momento in cui la comunione si scioglie, cadrebbe nella comunione. Ma siccome nella comunione l'attivo dei coniugi non può cadere, così la deroga all'articolo 1715 sarebbe un patto contrario alla legge.

26. Se entra nella comunione il godimento dei beni dei coniugi, entra nella stessa anche l'attività personale dei coniugi, essendo anche questa un bene capace di dare prodotti, anzi molte volte, come saggiamente notano il Laurent (6) ed il Bianchi (7), il solo bene che al momento in cui la comunione comincia i coniugi possiedono. Solchè per l'attività personale il godimento della comunione non avviene in modo diretto, come pelle cose materiali, ma in modo indiretto; ciò che entra nella comunione non è già la stessa attività personale, ma ciò che mercè la attività personale dei coniugi è stato conseguito; la società universale dei guadagni comprende tutto ciò che *le parti saranno per acquistare* con la loro industria (8), l'effetto della comunione è di render comuni e divisibili gli *acquisti derivati* dalla industria comune (9); è l'acquisto fatto colla attività personale che entra nella società universale dei guadagni, non già l'attività stessa. Infatti, se fosse altrimenti e la comunione avesse il godimento della stessa attività perso-

(1) 30 aprile 1870, *Pasicrisie*, 1870, 2, 399.
(2) Op. cit., XXIII, 145.
(3) Op. cit., 382.
(4) Op. cit., n. 382.
(5) In diritto francese è contrastato nella dottrina, se la stima faccia passare la proprietà nella comunione. In diritto italiano, il Bianchi, op. cit., 381, ritiene che la stima non faccia passare la proprietà nella comunione.
(6) Op. cit., XXIII, 224.
(7) Op. cit, 373.
(8) Art. 1702 cod. civ., art. 1401, n. 2, codice spagnuolo
(9) Art. 1436 cod. civ.

nale dei coniugi, i coniugi si troverebbero ad aver locata la propria opera senza limiti nè di tempo, nè di effetti, sarebbe la schiavitù di ognuno dei coniugi verso la comunione, l'articolo 1628 codice civile sarebbe violato. Dacchè la comunione non acquista diritto che a ciò che è prodotto dalla industria ne viene che ciascuno dei coniugi non ha l'obbligazione giuridica di lavorare a profitto della comunione, ha la sola obbligazione di conservare ciò che lavorando è stato da lui conseguito.

Stando alla parola della legge, sembrerebbe che la comunione non approfittasse degli acquisti fatti dai coniugi mercè il proprio lavoro se non quando questo lavoro consista in una industria esercitata in comune fra i due coniugi; ma non è questo che il legislatore ha voluto dire. Il frutto del lavoro entra nella attività della comunione quantunque sia uno solo il coniuge che ha lavorato (1), entra nella attività della comunione qualunque sia il genere del lavoro che ebbe luogo, sia esso industriale, commerciale, agricolo, letterario (2); quando il lavoro è compiuto durante la comunione, il suo prodotto entra sempre nelle attività della stessa (3). Ma se il lavoro è compiuto prima che la comunione abbia principio, anche se il profitto viene realizzato durante la stessa, il profitto non entra nelle attività della comunione (4); per converso vi entra quando il lavoro è stato compiuto durante la comunione, sebbene il profitto venga conseguito dopo lo scioglimento della stessa. Nei casi di lavoro continuativo con compenso complessivo, per esempio, nel caso di appalto, può avvenire che una parte del lavoro venga compiuto prima della comunione o dopo questa ed una parte durante la stessa. La Cassazione francese (5) ha giudicato che in questi casi i lavori sono tutti solidali, formano un tutto indivisibile, e che il profitto intiero entra nella comunione. Il Laurent (6) giustamente censura siffatta decisione; se entra nella comunione soltanto il profitto del lavoro del coniuge che ebbe luogo durante la comunione, nel caso di lavoro continuativo con compenso complessivo, sarà da fare una divisione del profitto in proporzione del lavoro eseguito prima o dopo la comunione e quello eseguito durante la stessa, e solo quest'ultimo entrerà nelle attività della comunione.

Gli enti patrimoniali dei coniugi possono aver aumentato di valore esclusivamente per l'aumento generale del valore di quegli oggetti; in questo caso il maggior valore non entra nella comunione perchè non è un prodotto dell'industria (7). In quella vece il lavoro dei coniugi può avere ottenuto come risultato un accrescimento del valore capitale dei beni dell'uno o dell'altro di essi coniugi. Si domanda se in questo caso il maggior valore sia un acquisto della comunione, od appartenga per diritto di accessione al coniuge proprietario del bene il valore del quale è stato aumentato. Il Bianchi (8) fa una distinzione fra il maggior valore raggiunto durante la comunione degli acquisti da una ditta commerciale, da una impresa industriale od altra consimile, maggior valore raggiunto in seguito al lavoro dei coniugi, ed il maggior valore acquistato dagli altri beni dell'uno o dell'altro dei coniugi a causa di miglioramenti, come piantagioni, costruzioni, ecc.; pel primo caso ritiene che il maggior valore entra nelle attività della comunione (9), lo nega nel secondo. Non vi è ragione di fare distinzione fra caso e caso: o si vogliono applicare i principî della accessione per i quali ciò che si unisce ad una cosa appartiene al proprietario della stessa, ed allora è d'uopo ammettere che nell'uno e nell'altro caso nulla entra nelle attività della comunione; o si vuole ammettere il principio che vale per la società universale dei guadagni, che nella attività delle società entra tutto ciò che i soci saranno per acquistare colla loro industria, ed allora è d'uopo ammettere che in tutti i casi il maggior valore entra nell'attivo della comunione. Ed è quest'ultimo principio che è d'uopo adottare (10). Quando si è in tema di società universale dei guadagni, sono i principî relativi a tale istituto che devono essere invocati per determinare i diritti della società e dei soci; l'invocazione dei principî relativi alla accessione è un fuor di luogo. Che il lavoro dei coniugi si applichi ad aumentare il valore capitale di una cosa o si applichi ad ottenere cosa che abbia una individualità materiale propria, ciò che si realizza è sempre profitto del lavoro, e come profitto del lavoro deve entrare nelle attività della comunione. Ma l'aumento del valore deve essere opera del lavoro; e però, trattandosi di accessione naturale che accresce il valore della cosa, l'aumento del valore non spetta alla comunione ma al coniuge proprietario della cosa il cui valore è stato dall'accessione aumentato (11).

L'acquisto può aver le sue cause in un lavoro turpe di uno o di altro dei coniugi o di ambedue. È immorale che uno dei coniugi abbia ad arricchirsi in seguito alle azioni turpi dell'altro, ma è anche immorale che uno dei coniugi, il quale ha acquistato alcunchè in seguito alla sua turpitudine, abbia sull'acquisto in tal modo fatto diritti maggiori di quelli che avrebbe se l'acquisto derivasse da causa onesta. Qui dunque si ha conflitto di principî di moralità, ciocchè importa che i principî di morale non possano essere invocati per troncare la controversia. Ed eliminati i principî di morale non resta che il principio giuridico che il prodotto del lavoro dei coniugi entra nella comunione; sia pur turpe questo lavoro quando lo stesso produce al coniuge un profitto, l'acquisto cade in comunione; in questo caso si lascia da parte l'indagine sulla causa dell'acquisto, si guarda alla sola materialità (12).

---

(1) Art. 1401, n. 2, codice spagnuolo.

(2) Laurent, op. cit., XXIII, 132; Bianchi, op. cit., 373.

(3) Laurent, op. cit, XXIII, 135.

(4) Laurent, op. cit., XXIII, 133; Ricci, op. cit., VII, 83. — Contra: Cassaz. francese, 7 nov. 1827 (Dalloz, *Rép.*, voce *Contrat de mariage*, n. 2592).

(5) 29 gennaio 1872 (Dalloz, *Rec.*, 1872, 1, 449).

(6) Op. cit., XXIII, 135.

(7) Rodière et Pont, op cit., II, 1253; Corte di Bordeaux, 19 febbraio 1856 (*Journal du Palais*, 1856, 2, 307)

(8) Op. cit., 375 e 380.

(9) Della stessa opinione del Bianchi su questo punto sono: Troplong, op. cit., 1876; Corte di Bordeaux, 29 aprile 1840 (*Sirey*, 1841, 2, 142): Corte di Parigi, 8 aprile 1869 (*Journal du Palais*, 1869, 958). — Contra, nella giurisprudenza, Corte di Bordeaux, 17 febbraio 1886 (*Journal du Palais*, 1886, 1106).

(10) Per il codice spagnuolo, art 1404, le spese utili fatte a mezzo degli avanzi della comunione sui beni propri dall'uno o dall'altro coniuge, o per industrie del marito o della moglie, sono acquisti: medesimamente è delle costruzioni elevate durante il matrimonio sull'immobile proprio dell'uno o dell'altro coniuge tenendo conto del valore del fondo a favore dello sposo proprietario.

(11) Bianchi, op. cit., 380.

(12) È ciò che viene fatto dal cod. spagnuolo, il quale all'art. 1406 dispone essere acquisti della comunione in via generale i guadagni derivanti da una causa che dispensa dalla restituzione e ciò senza pregiudizio, se del caso, delle disposizioni del codice penale.

Il lavoro dei coniugi può essere diretto a rintracciare un tesoro, ed essere coronato da successo: in questo caso il tesoro è prodotto dal lavoro del coninge e però entra nella comunione. Di qui ne viene che il tesoro, il quale non può entrare nella comunione in seguito al diritto di godimento spettante alla comunione sui beni dei coniugi (1), può invece entrare come prodotto del lavoro (2). Ma se il tesoro non fu trovato in seguito al lavoro del coniuge diretto al rintracciamento, ma solo per caso fortuito, lo stesso non entra nella comunione che per il godimento.

Si domanda se la vincita al giuoco, ed i premi di una lotteria entrano nella comunione (3). Il Bianchi (4) ritiene che è una questione di fatto più che di diritto; se il coniuge pone in comunione l'acquisto, l'acquisto stesso a base dell'art. 1437 sarà una attività della comunione, se non lo pone sarà una attività propria. Non si può decidere se una parte è o no obbligata a qualche cosa in forza di un contratto, rimettendosi alla stessa per decidere se le obbligazioni dal contratto provenienti devono o no essere adempiute. Il contratto di comunione dei beni è un contratto come qualunque altro, che è legge per le parti; l'adempimento delle obbligazioni dal contratto provenienti non può dipendere dalla volontà di colui che si è obbligato; o quanto si consegue in seguito al giuoco appartiene alla comunione, ed allora il coniuge è obbligato a conferirlo, o non appartiene, ed allora non è punto obbligato al conferimento. Nel giuoco e nelle lotterie quanto viene vinto non è che l'equivalente della posta; la differenza che può verificarsi fra quanto viene giuocato e quanto viene vinto non è che l'equivalente della probabilità di perdita del capitale giuocato, o degli interessi. Sicchè male sono invocati i principî relativi all'acquisto da parte della comunione del prodotto del lavoro dei coniugi per decidere se la vincita deve essere o no conferita; i principii invocabili sono quelli relativi al tramutamento di una cosa in un'altra; se la cosa giuocata fa parte del patrimonio particolare dei coniugi la vincita non cade in comunione che pel godimento, se fa parte del patrimonio della comunione la vincita è acquisto dalla comunione, e quel coniuge che materialmente la detiene deve conferirla (5).

La donazione rimuneratoria è sempre donazione, giammai compenso, prezzo di ciò che colla donazione viene rimunerato. Atteso questo carattere, quanto viene acquistato mercè la donazione rimuneratoria non entra nella comunione che per il godimento (6). Questo principio dà il mezzo di risolvere la questione che viene fatta dagli autori francesi ed italiani (7) circa l'appartenenza di ciò che viene corrisposto dallo Stato ad una persona come ricompensa straordinaria per servigi prestati. Se la ricompensa straordinaria ha i caratteri di un pagamento, per dirla in altri termini, se colui che ha reso il servigio aveva un diritto da esperire contro lo Stato per ottenere la ricompensa, e lo Stato aveva, se non altro, l'obbligazione naturale di ricompensare, non vi può essere dubbio che l'acquisto è un prodotto del lavoro, ed a base dei principî relativi ai prodotti del lavoro dovrà essere decisa la questione. Ma se il diritto non vi era nemmeno a titolo di obbligazione naturale, la ricompensa non è che una donazione rimuneratoria, e come donazione non entra nella comunione.

La Corte di Chambéry (8) ha giudicato che la consegna di una somma fatta da un padrone ad una persona di servizio coniugata, ove non abbia avuto origine da un debito di salario non cade nella comunione; ma, se dalle circostanze risulta che la somma non sia stata consegnata per semplice simpatia ma per compensare i buoni servigi prestati, la somma cade nella comunione. Questa decisione è conforme ai principî: nel primo caso si ha la donazione se non altro rimuneratoria, e però la cosa donata non cade nella comunione, nel secondo caso v'è il vero e proprio compenso del lavoro, ed a tale compenso la comunione ha diritto.

27. A questo punto lasciato da parte il godimento in natura dei beni dei coniugi, si hanno, come attività appartenenti alla comunione: la proprietà delle cose consumabili e di quelle che conservandole si deteriorano, dell'uno e dell'altro coniuge; quei prodotti dei beni dei coniugi che la comunione acquista in virtù del diritto di godimento che le compete; i prodotti della industria dei coniugi; e tali cose appartengono alla comunione siano le stesse, come già si è veduto (9), detenute dall'uno o dall'altro coniuge. Tali cose possono essere consumate, e di questo caso al presente non ci si deve occupare; possono essere conservate come furono ricevute dalla comunione, e nemmeno di tal caso è da occuparsi a questo luogo; possono essere dall'uno o dall'altro coniuge od insieme da ambedue impiegate ad acquistare alcunchè in nome proprio od in nome della comunione. Per tal caso l'articolo 1436 dispone che appartengono alla comunione gli acquisti fatti dai coniugi unitamente o separatamente durante la comunione (10). La ragione di ciò si è che per effetto della convenuta comunione dei beni havvi un collegamento reale fra le cose acquistate ad ognuno dei coniugi, collegamento reale che implica come necessaria e legittima conseguenza l'acquisto da parte della comunione delle cose acquistate da ambedue o da uno solo dei coniugi: *in societate omnium bonorum omnes res quae coentium sunt continuo communicantur*, dice Paolo (11), e Gaio continua: *quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire* (12). Questo però non è un nuovo acquisto che viene fatto dalla comunione, sono le cose che già appartenevano alla comunione che si trasformano nell'acquisto fatto, ond'è che, se l'acquisto avviene durante la comunione ma per cause pree-

(1) Vedi retro, n. 24.

(2) Troplong, op. cit., n. 1871; Bianchi, op. cit., 374.

(3) In diritto francese le opinioni sono divise: ritiene l'affermativa fra gli atti; il Troplong, op. cit., n 1869; ritengono il contrario: Rodière et Pont, op. cit, 1246-1249; Laurent, op cit., XXIII, 134 Per il codice spagnuolo le vincite al giuoco sono acquisti della comunione, art. 1406.

(4) Op. cit., n. 374.

(5) Ricci, op. cit. VII, 84, ritiene che spetta alla comunione il godimento dei beni provenienti dal giuoco.

(6) Il codice argentino, art. 1274, fa distinzione fra donazione rimuneratoria che viene fatta per servizi, per ottenere il compenso dei quali non avvi azione in giudizio; e quella fatta per servizi pei quali havvi azione; la prima non cade nella comunione, vi cade la seconda. Ma ciò che viene dato in compenso di servizi pei quali havvi azione in giudizio non è donazione rimuneratoria, è compenso, e però la soluzione del codice argentino vale anche pel diritto italiano.

(7) Vedi Laurent, op. cit., XXIII, 133; Bianchi, op. cit., 373; Corte di Colmar, 20 dicembre 1832 (Dalloz, *Rép.*, voce *Contrat de mariage*, n. 2592).

(8) 25 agosto 1879 (*Journal du Palais*, 1880, 301).

(9) Vedi retro, n. 25.

(10) Art. 1401, n. 1, codice spagnuolo.

(11) L. 1, § 1, Dig: *Pro socio*, 17, 2.

(12) L. 2, Dig., eod.

sistenti alla stessa, l'acquisto non è della comunione ma del coniuge (1). Ne viene anche che, se l'acquisto non è che l'equivalente di un corpo certo e determinato che sia uscito dal patrimonio del coniuge, l'acquisto prende il luogo della cosa che è uscita dal patrimonio, e come questo era particolare del coniuge, così particolare resta l'acquisto (2), salvo che questa non sia una cosa che si consuma coll'uso o che conservandola si deteriora, chè in tal caso, per il diritto di godimento spettante alla comunione, la cosa stessa passa in proprietà della comunione, salvo a questa risponderne del valore.

Questi principî danno il mezzo di decidere la questione relativa alla appartenenza dei reimpieghi. Il Ricci (3) ritiene che l'acquisto fatto con danaro di uno dei coniugi appartiene al coniuge al quale spetta il denaro. Questa decisione, supponendo che nel regime della comunione il coniuge possa avere danaro proprio, ciocchè in via ordinaria non è, non è punto esatta: il danaro è cosa consumabile, le cose consumabili per il diritto di godimento spettante alla comunione passano in proprietà della comunione, la quale non deve rispondere che del valore; l'acquisto dunque non è fatto con cosa di spettanza del coniuge ma con cosa di spettanza della comunione; solo in quei casi eccezionali nei quali alla comunione non spetta alcun diritto su danaro dei coniugi il principio posto dal Ricci può ricevere applicazione. Il reimpiego non appartiene al coniuge se non quando un corpo certo e determinato, senza soluzione di continuità, viene reimpiegato in altro corpo certo e determinato; ma quando o una cosa che si consuma coll'uso o che conservandola si deteriora viene reimpiegata, od un corpo certo e determinato viene reimpiegato in cosa che si consuma coll'uso e che conservandola si deteriora, l'acquisto appartiene alla comunione, non già al coniuge. Ed appartiene alla comunione e non al coniuge il reimpiego anche quando un corpo certo e determinato viene in definitivo reimpiegato in altro corpo certo e determinato, se nelle successive operazioni fra l'alienazione del corpo certo e l'acquisto di altro corpo certo vi sia un momento in cui il primo corpo certo si trova rappresentato da cosa che si consuma coll'uso o che conservandola si deteriora: siccome, tostochè il corpo certo alienato è rappresentato da questa cosa, la comunione acquista di pien diritto la proprietà della stessa, la disposizione successiva di quest'ultima non può far perdere alla comunione quel diritto che dalla stessa è stato acquistato (4). Di qui ne viene che ove, per esempio, sia venduto un fondo della moglie, se il prezzo viene reimpiegato nell'acquisto di altro fondo, senza che il danaro rimanga anche per pochi momenti nelle mani del marito o della moglie, il fondo acquistato è di proprietà della moglie, ma se il compratore sborsi il prezzo alla moglie, la quale successivamente lo reimpiega nell'acquisto di altro fondo, il fondo acquistato è acquisto della comunione non già della moglie, la quale non è che creditrice della somma verso la comunione.

Dal momento che l'azienda della comunione e l'azienda di ciascuno dei coniugi sono separate, la prima può trovarsi creditrice dell'una o dell'altra delle rimanenti per pagamenti fatti a profitto di una o di altra di esse, per indennizzi da uno dei coniugi dovuti alla comunione: tali crediti sono attività della comunione.

28. Come si è veduto nei numeri precedenti, non tutte le attività dei coniugi entrano nella comunione: ora è da determinare quali sieno le attività che cadono nella azienda particolare di ciascun coniuge.

Se alla comunione spetta il godimento dei beni presenti e futuri dei coniugi, godimento che per alcuni beni avviene in natura e per altri in valore, dell'azienda particolare di ciascun coniuge formerà parte la nuda proprietà dei beni goduti in natura (5), un diritto creditorio con scadenza allo scioglimento della comunione per il valore dei beni la proprietà dei quali, in forza del diritto di godimento, è passata alla comunione. Nel discorrere delle attività della comunione si è veduto che vi sono certi acquisti, quelli provenienti dall'usufrutto legale spettante alla madre per l'esclusione del padre per causa a lui personale, che non appartengono alla comunione che pel godimento, e la nuda proprietà dei quali però spetta all'azienda particolare della moglie. Ve ne sono altri che spettano al coniuge in nuda proprietà se il titolo per il quale sono entrati nel patrimonio è tale da far sì che l'acquisto sia proprio del coniuge a cui favore avviene. Così, per esempio, sarebbe di un indennizzo pagato in conto capitale per un fatto dannoso commesso a pregiudizio del coniuge. Diversamente sarebbe se l'indennizzo venisse pagato a conto di rendita, per esempio, per non avere potuto il coniuge lavorare; in questo caso, l'indennizzo rappresenta il profitto dell'industria del coniuge che vi sarebbe stato, se il delitto o quasi delitto non fosse avvenuto, e come questo sarebbe stato della comunione, così è della comunione l'indennizzo. Vi sono altri acquisti che restano esclusivamente propri del coniuge sia per la proprietà che pel godimento: tali sarebbero quegli indennizzi che venissero pagati ad un coniuge per reato a suo danno commesso con partecipazione dell'altro coniuge. E così se, per esempio, in un procedimento penale per adulterio il coniuge colpevole ed il suo correo furono condannati in solido al pagamento di una somma verso il coniuge querelante, e la somma venisse pagata dal correo del coniuge, il coniuge correo non potrebbe pretendere che la somma pagata cadesse nella comunione nemmeno pel godimento (6), dal momento che nessuno può essere inteso in giudizio quando alleghi la propria turpitudine.

Si è veduto che alla comunione non spetta il godimento della attività personale dei coniugi, non spettano che i prodotti dell'industria: il coniuge ha diritto di esercitare l'industria da sè. Ma, se a ciò egli ha diritto, ha diritto ai mezzi necessari per l'attuazione del suo diritto; ond'è che non cade nella comunione nè per la proprietà nè per il godimento ciò che è necessario al coniuge per esercitare la propria industria. Questo principio ha una importanza molto

(1) Troplong, op. cit., 1878.
(2) Art. 1396, n. 3 e 4, cod. spagnuolo, § 1524 cod. tedesco.
(3) Op. cit., VII, 86.
(4) Vedi Laurent, op. cit., XXIII, 148, 153 e seg.; Corte di Douai, 2 aprile 1846, e Rennes, 12 dicembre 1846 (Dalloz, *Rec.*, 1847, 2, 198 e 199); Cass. francese, 21 marzo 1849 (Dalloz, *Rec.*, 1849, 1, 65), e 16 novembre 1859 (Dalloz, *Rec.*, 1859, 1, 490); Corte di Boniges, 29 aprile 1853 (Dalloz, *Rec.*, 1855, 2, 319); Corte di Bruxelles, 19 maggio 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 240), e 26 giugno 1874 (*Pasicrisie*, 1875, 2, 62); Corte di Angers, 28 gennaio 1870 (Dalloz, *Rec.*, 1871, 2, 189).
(5) Art. 1396, n. 1, cod. spagnuolo. Confr. Cassaz Palermo, 19 ottobre 1897, *De Grandi* c. *Lima* (*Foro It.*, 1897, 1097).
(6) Laurent, XXI, 236; Cass. francese, 5 febbraio 1873 (Dalloz, *Rec.*, 1873, 1, 209).

relativa tutte le volte che è il marito che esercita l'industria; ma quando è la moglie che la esercita, e più che tutto quando la moglie a comunione di beni esercita il commercio, il principio è molto importante. Perchè in forza del principio stesso, tutto ciò che si riferisce all'esercizio del commercio in strumenti del lavoro, merci, crediti, e, se del caso, anche immobili, sì per la proprietà che per il godimento fa parte dell'azienda particolare della moglie, non già dell'azienda comune; la comunione fino a che lo stabilimento commerciale non è liquidato, su quelle cose non ha diritto; ha solo diritto a percepire i frutti dell'azienda commerciale secondo le norme che furono determinate alla voce **Frutti**, alla quale si rimanda.

Oltre a ciò entra nell'attività particolare dei coniugi anche il diritto alla comunione, considerata questo come un ente patrimoniale spettante di proprietà ai coniugi. Infatti, essendo la comunione un ente patrimoniale, la stessa deve appartenere a qualcuno; e questo qualcuno non possono essere che coloro che sulla stessa hanno diritto.

29. L'articolo 1436 del codice civile parla di debiti della comunione; da questa disposizione di legge si desume che la comunione ha delle passività, delle quali è giunto il momento di far parola.

Le passività della comunione sono di due ordini: il primo ordine è costituito dalle passività dipendenti dal godimento che alla comunione spetta sui beni particolari dei coniugi: il secondo ordine è costituito dalle passività dipendenti dalla stessa comunione.

Discorrendo delle attività della comunione si è veduto che il diritto di godimento dei beni dei coniugi che alla comunione compete, è un vero e proprio usufrutto: di qui ne viene che, come la comunione ha sui beni dei coniugi i diritti dell'usufruttuario, ne ha anche gli oneri. E però la comunione è tenuta a sopportare le riparazioni ordinarie dei beni dei coniugi che occorressero dopo che la comunione ha avuto principio, ed anche le straordinarie che furono cagionate dall'inseguimento delle ordinarie (1), e, sempre durante la comunione, i carichi annuali delle cose godute, come sono i tributi, i canoni e gli altri pesi che secondo la consuetudine gravano i frutti (2). L'usufruttuario non è tenuto a sopportare le spese straordinarie e le ricostruzioni (3); il nudo proprietario è in facoltà egli di eseguire tali riparazioni e ricostruzioni se l'usufruttuario non lo faccia (4). Ciò è possibile nel caso di usufrutto, perchè usufruttuario e nudo proprietario hanno un patrimonio libero, del quale ognuno di loro può fare quello che crede. Ma nel caso di comunione dei beni la posizione dei coniugi verso la comunione è diversa da quella del nudo proprietario verso l'usufruttuario ordinario. I coniugi non hanno alcun bene non soggetto al godimento della comunione. La proprietà delle cose colle quali normalmente possono essere eseguite le riparazioni straordinarie e le ricostruzioni, come è il danaro, è, in seguito al diritto di godimento dei beni dei coniugi spettante alla comunione, di proprietà della comunione stessa. Di conseguenza è d'uopo ammettere o che la comunione abbia il diritto di lasciare perire le cose spettanti all'uno od all'altro dei coniugi, per la mancanza delle riparazioni straordinarie, senza che il coniuge abbia mezzi per impedire il perimento; o che il coniuge proprietario abbia il diritto di costringere la comunione a fare tali spese, salvo il diritto della comunione a rivalsa del valore delle opere fatte in quanto la loro utilità sussista ancora al tempo in cui la comunione cessa. È quest'ultima la soluzione da adottarsi (5); le disposizioni del codice relativamente all'usufrutto in tanto si possono applicare al godimento della comunione, in quanto lo comporti l'indole dei rapporti che in seguito alla comunione si originano; ed i rapporti che in seguito alla comunione si originano sono tali da rendere inapplicabili i principî relativi alle riparazioni straordinarie date dalla legge per l'usufrutto. Del resto per l'articolo 1723, n. 3, codice civile, ciascun socio non ha diritto di obbligare il consocio a contribuire con esso alle spese necessarie alla conservazione delle cose della società? e se necessariamente per la stessa natura del rapporto giuridico che sorge in seguito alla comunione dei beni nessuno dei soci ha mezzi per contribuire alle spese necessarie per la conservazione delle cose della società, chi, se non la società, può essere obbligato alle spese? I contratti obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità ne derivano (6): il non addossare alla comunione le spese delle riparazioni straordinarie dei beni dei coniugi non sarebbe certamente equo, altererebbe l'eguaglianza che in seguito al contratto di comunione deve regnare fra i coniugi contraenti. Perchè non addossando alla comunione la spesa delle riparazioni straordinarie il marito che, come meglio si vedrà a suo luogo, cumula la qualità di gestore dell'azienda propria colla qualità di gestore dell'azienda della comunione, sarebbe arbitro di impiegare le cose della comunione nelle riparazioni straordinarie dei beni suoi, con nessun altro obbligo che quello di rappresentare allo scioglimento della comunione ciò che da lui fu speso; e sarebbe anche arbitro rifiutando alla moglie i mezzi per le riparazioni straordinarie dei beni di questa, di lasciar perire i beni stessi; l'eguaglianza fra coniugi sarebbe alterata a tutto danno della moglie!

I principî che valgono per le riparazioni straordinarie devono valere anche per il pagamento dei carichi imposti alla proprietà durante la comunione, dei quali parla l'articolo 507 codice civile (7): per addossare alla comunione tali carichi valgono quelle stesse considerazioni di equità che valgono per addossare alla comunione le riparazioni straordinarie, salva rivalsa alla fine della comunione. Per le ricostruzioni però è d'uopo venire a soluzione diversa: la ricostruzione non è spesa necessaria, è reimpiego di capitale, e però deve essere lasciata al discernimento di colui che deve impiegare la cosa della comunione il vedere se sia o no il caso di impiegare i capitali della comunione nella ricostruzione

(1) Art 501 cod. civ.; art. 1408, n. 3, cod. spagnuolo; § 1529 capov. combinato col § 1384 cod. tedesco. Laurent, op. cit., XXIII, 157; Bianchi, op. cit., 386.

(2) Art. 506 cod. civ. art. 1408, n. 2, cod. spagnuolo; § 1529 capov.; combinato col § 1385 cod. tedesco.

(3) Art. 502 e 505 cod. civ.

(4) Articoli citati.

(5) Contra: Bianchi, op. cit., 386. Anche il cod. spagnuolo, art. 1408 n. 3, è contrario alla soluzione data nel testo: per lo stesso le grosse riparazioni non sono a carico della comunione.

(6) Art. 1124 cod. civ.

(7) Il cod. tedesco, § 1529, capov., combinato col § 1385, n. 1, è contrario alla soluzione data nel testo: per lo stesso non gravano la comunione i carichi straordinari che si considerano come affettuanti il capitale dei beni dotalizi.

delle cose dei coniugi. Di qui ne viene che uno dei coniugi non può costringere la comunione ad eseguire le ricostruzioni sui beni al coniuge stesso spettanti, la comunione è libera di fare ciò che crede più utile ai propri interessi.

Passività della comunione in seguito al diritto di godimento che le spetta sono anche le spese delle liti riguardanti il godimento e le condanne a cui le liti stesse potessero dar luogo (1). Per l'articolo 510 del codice civile nel caso di usufrutto se le liti riguardano tanto la proprietà quanto il godimento, vi sono tenuti l'usufruttuario ed il nudo proprietario in proporzione del rispettivo interesse. Questo principio non torna applicabile in materia di comunione. Se il fatto del litigare costituisce da parte del coniuge o della comunione o di ambedue un delitto civile, cioè si tratta di lite temeraria per la quale il litigante è stato condannato al risarcimento dei danni, l'articolo 510, capov., cod. civ., trova applicazione, perchè, come sarà a suo luogo dimostrato, il debito per delitto grava esclusivamente l'azienda che del delitto deve rispondere. Ma, se non si tratta di lite temeraria, per le spese della lite anche concernente la nuda proprietà torna applicabile il principio posto per la riparazione straordinaria militando le stesse ragioni: se il marito che cumula la qualità di amministratore dell'azienda propria e dell'azienda della comunione ha mezzi per sostenere la lite che egli fa, mezzi non ne avrebbe la moglie: l'eguaglianza che deve regnare fra coniugi vuole che anche questa passività sia a carico della comunione, salvo rivalsa da parte del coniuge alla fine della comunione di quella quota che secondo il riparto stabilito dall'art. 510, capov., cod. civ., deve stare a suo carico.

Alla comunione spetta il godimento dei beni sì mobili che immobili, presenti e futuri dei coniugi: alla comunione dunque spetta l'usufrutto dei due patrimonî dei coniugi. E siccome per l'articolo 509, 1ª parte, cod. civ., l'usufruttuario di un patrimonio deve per intiero sopperire al pagamento di tutte le annualità sì perpetue come vitalizie, e degli interessi dei debiti e legati di cui il patrimonio è gravato, così queste passività saranno passività della comunione (2). Ma saranno passività della comunione solo quando il debito delle annualità abbia avuto origine prima della comunione, o prima che la comunione abbia acquistato il godimento della cosa alla quale il debito si riferisce; se il debito abbia avuto origine dopo, dal momento che colla comunione il coniuge ha alienato il godimento dei suoi beni, non può sorgere un debito per causa che più non sussiste (3). Se però il debito contratto dal coniuge lo fu per una di quelle cause per le quali l'usufruttuario ha l'obbligo di corrispondere l'interesse al nudo proprietario, la comunione è tenuta agli interessi stessi fino alla concorrenza dell'interesse legale.

Il Bianchi (4) ritiene che non sia passività della comunione il pagamento di quelle pensioni alimentari alle quali uno dei coniugi fosse per legge tenuto. Questa opinione non può essere accolta. Gli alimenti dovuti per legge sono una annualità che grava il patrimonio di colui che li deve prestare: atteso questo loro carattere a termini della prima parte dell'art. 509 codice civile devono far carico a chi usufruisce del patrimonio che dagli stessi è gravato (5). E non è a far distinzione fra obbligazione alimentare sorta prima ed obbligazione alimentare sorta dopo cominciata la comunione, perchè la causa della obbligazione legale degli alimenti sta nelle qualità personali di colui che la deve prestare in relazione alle qualità personali di un terzo, e tale rapporto preesiste alla comunione anche se non spiega i suoi effetti che durante la stessa. Le annualità che gravano la comunione sono quelle che scadono durante la stessa (6): l'obbligo del pagamento delle annualità è correlativo al godimento del patrimonio, non può dunque gravare la comunione se non in quanto la comunione abbia il godimento.

Vengono poi le passività dipendenti dal godimento dei beni dei coniugi che spetta alla comunione, nonchè i debiti verso l'uno o l'altro dei coniugi pel valore di quelle cose che in seguito al diritto di godimento caddero nella comunione per la proprietà e pel valore di quei corpi certi e determinati che furono alienati a profitto della comunione. Il valore delle cose che entrano nella comunione per il godimento del valore è quello che le cose avevano al momento in cui entrarono a far parte della comunione (7), il valore dei corpi certi e determinati alienati è quello che i corpi stessi avrebbero al momento in cui devono essere restituiti. La ragione della differenza si è che nel primo caso verificandosi un lecito trasferimento della proprietà il valore non può essere che quello che la cosa aveva al momento in cui il trasferimento avvenne; nel secondo caso si tratta di un fatto illecito il quale obbliga a porre colui a cui danno il fatto illecito fu commesso nella posizione nella quale si troverebbe se il fatto non fosse avvenuto (8). Per quanto concerne le cose la cui proprietà per il diritto di godimento passò alla comunione, la comunione è debitrice del valore anche se quelle cose fossero perite nel tempo in cui si trovavano in natura nella comunione, dal momento che una volta che delle cose stesse la proprietà è passata alla comunione la comunione ne sopporta i rischi (9).

La comunione che si avvantaggia dei profitti dovuti alla attività personale dei coniugi impiegata nell'esercizio del commercio deve sopportare anche i danni che dall'esercizio del commercio da parte di uno dei coniugi le possono derivare. Di qui il principio che fino alla concorrenza degli acquisti, la comunione deve rispondere delle obbligazioni di quel coniuge che esercita il commercio. Per il caso in cui sia la moglie che esercita il commercio una disposizione speciale, quella dell'art. 14, capov. 1° del codice di commercio dichiara espressamente un tale principio: se la moglie commerciante è in comunione di beni col marito secondo le disposizioni del codice civile, essa obbliga eziandio il marito ristrettamente agli utili della comunione. Per il caso in cui sia il ma-

(1) Confr. § 1529, capov., combinato col § 1307, n. 1, cod. tedesco.

(2) Art. 1408 n. 2 cod. spagnuolo, § 1529, capov., combinato col § 1385, 1386 cod. tedesco. Laurent, op. cit., XXIII, 157 Ricci, op. cit., VII, 84; Bianchi, op. cit., 385 e 388.

(3) Art. 1410, 1ª parte cod. spagnuolo, confr. §§ 1530 e seg. codice tedesco.

(4) N. 426.

(5) Laurent, op. cit., XXIII, 157, ritiene che gravino la comunione anche gli arretrati degli interessi dei debiti personali dei coniugi.

(6) § 1534 cod. tedesco.

(7) Laurent, op. cit., XXIII, 151. Contra: Aubry et Rau, op. cit., V, § 522.

(8) Questa, ben inteso, vale quando è stata la comunione ad alienarla; se fosse stato il coniuge proprietario sarebbe d'uopo fare applicazione dei principi relativi alla surrogazione di una con altra cosa dei quali di sopra si è discorso.

(9) Art. 1715, capov., cod. civ.

rito che esercita il commercio, disponendo l'articolo 782 del codice di commercio che, quando la moglie, la quale non si trova nei casi di cui gli articoli 780, 781, e quand'anche tra i coniugi fosse stata convenuta la comunione degli utili, acquisti alcunchè avanti il matrimonio, si presume che i beni acquistati dalla moglie del fallito appartengano al marito e che sieno stati pagati con danaro di lui, si vengono a produrre quegli stessi effetti che nel caso di moglie commerciante vengono prodotti a termini del primo capoverso dell'articolo 14; ed anche in questo caso fino alla concorrenza degli acquisti della comunione il debito del marito è debito della comunione. È solo fino alla concorrenza degli acquisti della comunione che il debito del coniuge è debito della comunione, non già fino alla concorrenza delle attività tutte della comunione: ond'è che, se gli acquisti della comunione non sono sufficienti al pagamento dei debiti del coniuge commerciante non è vincolato al pagamento dei debiti stessi il godimento dei beni dell'uno o dell'altro dei coniugi.

30 Il secondo ordine di passività dipende dalla stessa comunione.

Se ai coniugi in comunione di beni in via ordinaria null'altro resta di attività particolare che la nuda proprietà dei loro beni, tutti i pesi del matrimonio devono necessariamente gravare la comunione (1), la quale però è tenuta a sopportare le spese tutte di vitto, vestiario, abitazione, assistenza medica, medicinali, salario alle persone di servizio, educazione dei figli (2), nonchè quelle che, attesa la condizione della famiglia, è una necessità sociale che siano incontrate. Sono a carico della comunione anche le spese di uno o di altro dei coniugi venga assolto o condannato l'imputato. Dal momento che è tenuta a sopportare dette spese, se le spese stesse non furono fatte a pronti ma a debito, la comunione è tenuta a pagare i debiti incontrati; quelli incontrati dal marito in ogni caso, quelli incontrati dalla moglie se si tratta di quelle spese che per consuetudine è ritenuto avere la moglie tacito mandato dal marito di fare (3).

Le cose di appartenenza della comunione devono essere amministrate, deve essere provveduto a tutto ciò che concerne la loro conservazione, devono essere pagate tutte le annualità e gli altri carichi dai quali le cose stesse sono gravate; evidentemente queste sono passività alle quali la comunione deve far fronte (4), e se debiti a tal fine furono contratti dal marito o dalla moglie la comunione deve pagare i debiti stessi (5).

Sono infine passività della comunione le obbligazioni legalmente sorte a carico della comunione, sieno le obbligazioni stesse derivanti da contratto o quasi-contratto. E però sono passività della comunione i contratti conchiusi dalla legale rappresentanza della comunione a carico o nell'interesse di questa, i debiti incontrati per le riparazioni ordinarie e straordinarie alle cose della comunione (6), quelli risultanti dalla gestione di negozi a profitto della comunione o dall'arricchimento senza causa della comunione stessa. Il decidere se le obbligazioni sorte in seguito al delitto del legale rappresentante la comunione commesso nell'esercizio delle attribuzioni che il legale rappresentante della comunione stessa deve disimpegnare, grava la comunione, dipende dalla decisione da darsi alla questione più generale se il mandante sia tenuto pei delitti del mandatario, questione che non è qui il caso di esaminare. La comunione anche risponde dei delitti o quasi delitti dei domestici della famiglia, dei commessi della azienda famigliare; essendo tali persone dipendenti dalla famiglia, più che dall'uno o dall'altro dei coniugi, il patrimonio della famiglia deve rispondere del fatto loro. Ma non gravano la comunione le obbligazioni sorte a carico del padre o della madre per i danni cagionati dai loro figli minori abitanti con essa; a termini dell'articolo 1153, capov. 1°, del codice civile, questa è una obbligazione che sorge a carico personale del padre e in sua mancanza della madre, e, come si vedrà meglio più sotto, le obbligazioni dell'uno o dell'altro coniuge non sono obbligazioni della comunione.

Se al pagamento delle passività della comunione uno dei coniugi ha fatto fronte coi beni propri, lo stesso diviene creditore della comunione di quanto ha pagato. Diviene creditore però della sola somma pagata e non anche degli interessi della stessa, perchè avendo la comunione il godimento dei beni dei coniugi e però spettando ad essa i frutti dei capitali del coniuge stesso, la comunione è nello stesso tempo debitrice e creditrice degli interessi e però il debito degli interessi è estinto a causa della confusione.

31. Venendo alle passività particolari ai coniugi, le prime che ci si parano dinanzi sono quelle costituite dai debiti capitali esistenti al momento in cui la comunione ebbe principio ed i debiti gravanti le successioni e donazioni alle quali i coniugi vengono chiamati durante la comunione (7). Il coniuge però a cui carico esistono questi debiti ha dei diritti verso la comunione. Perchè spettando al nudo proprietario di un patrimonio che non voglia far egli il pagamento dei debiti-capitali dei quali il patrimonio stesso è gravato, il diritto di far vendere tanta parte dei beni, sui quali l'usufrutto è costituito, quanta è necessaria al pagamento dei debiti gravanti il patrimonio sottoposto ad usufrutto (8), il coniuge, essendo proprietario del suo patrimonio quale esisteva al principio della comunione e di quello che gli fosse devoluto per successione o donazione, può esercitare verso la comunione il diritto che dall'art 509, capov., cod. civ., gli è attribuito. Sicchè per questa categoria di debiti la comunione ne sente indirettamente gli effetti (9).

Per diritto francese (10) i debiti contratti durante la comunione dal marito o dalla moglie col consenso di questi erano debiti della comunione, se non nei rapporti fra marito e moglie (11), certamente nei rapporti fra comunione e terzi (12). Nel diritto italiano, nel quale non

(1) Art. 1408 n. 5 cod. spagnuolo; § 1529, 1ª parte, cod. tedesco, Laurent, op. cit, XXIII, 157.
(2) Laurent, loc. cit.; Borsari, op. cit., 3462; Bianchi, op. cit., 380
(3) Troplong, op. cit., 1896; Bianchi, op. cit., 387.
(4) § 1529, capov., combinato col § 1387, n. 2, cod. tedesco.
(5) Troplong, op. cit., 1896; Bianchi, op. cit., 387.
(6) Art. 1408, n 4, cod. spagn.; § 1530, parte 1ª, cod. tedesco.
(7) Art. 1410. 1ª parte, cod. spagn.; § 1535, n. 1, cod. tedesco.
(8) Art. 509, capov., cod. civ.
(9) Bianchi, op. cit., 385.
(10) Art. 1409, n. 2, cod. fr.
(11) Troplong, op cit, 1892.
(12) Per il cod. spagnuolo, art. 1408 n. 1, sono a carico della comunione tutti i debiti e le obbligazioni contratti dal marito durante il matrimonio e quelli contratti dalla donna nei casi in cui può legalmente obbligare la società coniugale. Per il cod. tedesco i beni della comunione rispondono delle obbligazioni del marito e di alcune speciali obbligazioni della moglie (§ 1530 1ª parte). Nei rapporti degli sposi fra loro sono a carico dello sposo nel cui nome sono stati contratti i debiti risultanti da un rapporto giuridico concernente i suoi beni dotalizi o quei beni che non ha posto in

esiste una disposizione corrispondente a quella dell'articolo 1409, n. 2, del codice francese, in base al principio che l'azienda della comunione è distinta dall'azienda particolare dei coniugi, è d'uopo decidere che il debito contratto da uno dei coniugi è a carico della azienda del coniuge debitore. E però è debito della azienda particolare il debito contratto dal coniuge nel suo esclusivo interesse, quello dipendente dalla fideiussione prestata dal coniuge a profitto di un terzo (1), quello dipendente dal delitto dell'uno o dell'altro coniuge (2).

---

comunione anche se sono sorti prima della comunione o prima che il bene è divenuto vitalizio od è stato riservato, nonchè le spese della lite che lo sposo sostiene per tali debiti (§ 1535). Sempre nei rapporti fra sposi sono a carico del marito le obbligazioni sorte prima della comunione e quelle del marito verso la moglie a causa della amministrazione dei beni dotalizi di questa, in quanto i beni della comunione non si trovino arricchiti al momento dello scioglimento, e le spese delle liti che il marito sostiene per queste obbligazioni (§ 1536, n. 1, 2, 4).

(1) Bianchi, op. cit., 390. Il codice feliciano all'art. 181 espressamente disponeva che i debiti contratti dal marito per fideiussione e mallevadoria vanno a solo suo carico e che non vi era tenuta la moglie per la porzione che le spettava sui beni della comunione. Gli scrittori francesi ritengono che grava la comunione il debito contratto dal marito nell'interesse esclusivo di un terzo (Vedi Troplong, op. cit., 1893), e di fronte all'art. 1409, n. 2, di quel codice la decisione è esatta.

(2) Relativamente al debito proveniente da delitto il codice francese ha due disposizioni: l'art. 1424 per il quale le multe in cui è incorso il marito a causa di delitti non producenti la morte civile, possono esigersi sopra i beni della comunione, salva l'indennizzazione dovuta alla moglie; quelle in cui è incorsa la moglie non possono esigersi che sulla nuda proprietà dei suoi beni particolari fin che dura la comunione. Per l'art. 1425 le condanne pronunziate contro uno dei coniugi producenti la morte civile non gravano che la sua parte della comunione od i suoi beni particolari. Il codice feliciano aveva l'art. 181, per il quale i debiti contratti dal marito per causa di delitto, come le multe o pene dallo stesso incorse erano a solo suo carico, nè vi era tenuta la moglie per la porzione che le spettava sui beni della comunione. Il codice delle Due Sicilie ed il codice albertino non avevano alcuna disposizione speciale; come nessuna disposizione speciale ha il codice italiano. Laurent, op. cit., XXIII, 161 e 162, e Bianchi, op. cit., 391, ritengono che l'obbligazione nascente da delitto o quasi-delitto commesso dal marito gravi la comunione, salvo rimborso da parte del marito colpevole.

La Corte di appello di Cagliari (4 giugno 1893, *Comune di Sassari* c. *Goeta*: *Foro Ital*, 1895, 1, 888) emanava la seguente decisione:

« Osserva che la Goeta col suo appello censura la sentenza del Tribunale di Sassari, nel senso che fece mal governo delle disposizioni degli articoli 1436, 1441, 1445 del codice civile e dell'apprezzamento degli atti.

« La questione risoluta dal tribunale si è che i beni della comunione fra coniugi siano tenuti al pagamento dei debiti del marito, comunque nascenti da delitto del medesimo, nel significato di riparazioni civili e risarcimento di danni; e la Corte non crede potersi dubitare della esattezza di tale affermazione in genere colla scorta dei principii e delle leggi in vigore.

« La unione coniugale costituisce per sè sola in Francia la comunione legale, che ivi è di diritto comune fra coniugi (articolo 1393 codice Napoleone).

« In Italia invece, perchè esista comunione, richiedesi un contratto speciale, la cui estensione e contenuto sono determinati dalle norme stabilite e negli art. 1401 e seg. cod. civ., e negli articoli relativi al contratto di società, per quanto sono applicabili, e in alcune norme relative alle successioni.

« Per il codice francese, in cui la comunione legale di beni tra coniugi è più estesa delle società coniugali ordinarie, che però non comprende tutto il patrimonio dei coniugi, non si farebbe alcuna questione, sul pagamento dei debiti in generale del marito a causa della comunione, ancorchè nascenti da un delitto del medesimo, salvo compenso o indennizzazione alla moglie dopo sciolto il matrimonio, come testualmente è detto negli articoli 1421, 1424 e 1425 del codice Napoleone, con una sola eccezione, che si trattasse di pena capitale, in cui il marito fosse incorso per il suo delitto, perchè reputandosi colla morte civile sciolto il matrimonio (art. 1425) il creditore dovrebbe agire sui beni del coniuge colpevole, cioè contro i beni propri che questo riprende e contro la parte della comunione che gli perviene. E lo stesso dovrebbe dirsi per le spese funerarie, essendo che facendosi esse dopo lo scioglimento del matrimonio, è stabilito che non potrebbero colpire la comunione, nè se universale nè se degli acquisti (Voet, *Ad Pand.*, libro 23, tit. 3, n. 83).

« Per noi la legge, a fine di impedire donazioni *inter virum et uxorem*, o patti successori, ammette sì la comunione nel senso che gli sposi possano stabilire patti speciali, ma in quanto all'indole e carattere dell'istituto non permette loro di contrarre altra comunione universale dei beni fuorchè quella degli utili (art. 1433).

« Il contenuto attivo e passivo, e lo scopo di esso, sono determinati negli art. 1435 e 1436 cod. civ. È vietato di comprendere nella comunione l'attivo e passivo presente dei coniugi e quello che venisse loro devoluto per successione, per legato o per donazione durante il matrimonio. Cotesti beni presenti e futuri non entrano in comunione come un fondo disponibile, ma come un fondo che produce utili dei quali si compone la comunione.

« Questa limitazione non toglie che la soluzione dell'accennato quesito sia per l'affermativa anche per il codice civile italiano, come si desume dallo spirito e dal complesso delle sue varie disposizioni, che sarà utile analizzare qui appresso.

« È vero che nel codice sardo del 1827, compilato sulle regie prammatiche antiche locali di Sardegna, si legge, all'art. 181, che i debiti derivanti da delitto del marito erano messi a carico di lui, tranne, come è stabilito dal consecutivo art. 183, « se la « somma o le somme si fossero convertite in vantaggio o bene« ficio della comunione », nel qual caso ricadevano per l'indebito arricchimento a carico della comunione stessa; ma la disposizione anzidetta dell'art. 181 non veniva riprodotta nel codice albertino e tanto meno nel codice italiano, che in questa materia, tranne poche divergenze secondarie, seguì perfettamente le orme del suddetto codice albertino, andato in vigore nelle antiche provincie nel 1837, e poi esteso nel 1848 alla Sardegna, nella quale le conquiste napoleoniche non giunsero come nelle antiche provincie ed in altri Stati d'Italia, dove per esse la legislazione francese aveva spiegato il suo impero.

« A cominciare dalla celebrazione del matrimonio entrano a far parte della comunione, oltre i frutti naturali e civili dei propri beni dei coniugi, i prodotti dell'industria, professione, impiego, od arti di entrambi e di ciascuno di essi, e tutti gli acquisti derivanti dalla loro attività e dai risparmi dei frutti ed entrate di tali beni. Quali frutti ed acquisti per effetto della comunione si rendono divisibili, detratti però sempre i debiti della stessa comunione (art. 1436 cod. civ.). Il che vuol dire che la nuda proprietà degli acquisti non risiede sul capo dell'uno o dell'altro dei coniugi se non come un diritto, e diviene reale dopo detratti i debiti (*bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*) ed allo scioglimento del matrimonio (articolo 1441), perchè solo allora è possibile vedersi l'ammontare dell'attivo e del passivo, se cioè esistano acquisti o residui a dividersi.

« Favorisce la soluzione della tesi la disposizione dell'art. 1444 cod. civ., in cui si legge che « la moglie od i suoi eredi reali « dopo lo scioglimento del matrimonio hanno la facoltà di rinun-

Se il debito particolare di un coniuge fu pagato dalla comunione, ed, in via generale, dalla comunione fu speso alcunchè per l'uno o l'altro coniuge, havvi una passività del coniuge verso la comunione in seguito alla esistenza della

« ziare alla comunione, o di accettarla col benefizio dell'inventario « nello stesso modo che viene stabilito per le rinunzie alle eredità o per l'accettazione di esse col beneficio dell'inventario « nel capo delle disposizioni comuni alle successioni ». Ciò vuol dire che la comunione ha un passivo proprio, costituito appunto dall'obbligo del pagamento dei debiti che non sono quelli propri degli sposi al tempo del matrimonio o quelli che gravano le successioni e le donazioni che loro fossero pervenute durante la comunione.

« Il solo marito, dice il codice Napoleone all'art. 1421, può « amministrare i beni della comunione, li può vendere, alienare, « ipotecare senza intervento della moglie ».

« Non può, dice l'art. 1422 stesso codice, disporre per atto « tra vivi, a titolo gratuito, degli immobili della comunione, nè « della totalità o di una quota parte della sostanza mobiliare, ec« cetto che per dare uno stabilimento ai figli comuni ».

« Anche per il codice italiano il potere del marito cessa per l'alienazione a titolo gratuito tra vivi (art. 1438).

« Senza dubbio vi ha differenza fra il regime della comunione legale francese ed il regime della comunione degli utili della legislazione italiana. Ma, ben intesa la diversità dei due sistemi, si riscontra che il codice italiano non si fermò alla sola sanzione del precitato art. 1438, ma prescrisse nell'altro art. 1434 che, in difetto di patti particolari regolativi della comunione, dovessero osservarsi le disposizioni contenute nel titolo *Delle società* per quanto applicabili alla materia, nel senso che il marito sia a considerarsi socio amministratore: per lo spirito che informa il detto articolo, una volta che il legislatore ha dichiarato nell'art. 1724 che il socio non amministratore non può alienare nè obbligare le cose, benchè mobili, le quali dipendono, dalla società, indubbiamente per la regola del contrario, ha inteso disporre avere facoltà il socio amministratore di poter alienare ed obbligare e mobili ed immobili della società. Peraltro il marito è più del socio amministratore. Egli è il capo della famiglia, amministra anche i beni propri della moglie; ha diritto egli solo a stare in giudizio; ha la disponibilità dei beni della comunione. E se può alienare gli immobili, sebbene a titolo oneroso, senza vincoli, senza la clausola del reimpiego, e può contrarre obbligazioni, la qual cosa non può fare la moglie da sè, è ben manifesto che possono i creditori agire sui beni della comunione, in virtù del diritto di disponibilità che compete al marito in ordine ai beni stessi; anche per la ragione che durante il matrimonio non vi è un patrimonio che possa dirsi spettare alla comunione come ente, tanto vero che non è prescritto che gli acquisti si facciano a nome di essa, il marito può farli a nome proprio senza intervento della moglie, e s'intende che entrano nella comunione, per sola virtù di legge, senza vincolo di immobilizzazione, altrimenti non ci sarebbe disponibilità nel marito, che non può essere distrutta dal diritto astratto di condominio nella moglie; tanto vero che in corso di matrimonio non potrebbe essa affacciare domanda di quota perchè ciò importerebbe scioglimento della comunione, e questo non può aver luogo se non nei casi tassativamente indicati dalla legge (art. 1441). E vi ha di più, a sostegno dell'obbligo dei pagamenti di debiti, che l'ammontare della comunione non può essere valutato se non al momento in cui essa si scioglie, perchè appunto gli utili di oggi possono essere assorbiti dalle perdite di domani. Una anticipata divisione dei beni a favore della moglie non è possibile. I debiti contratti dal marito in costanza di matrimonio vengono considerati in generale debiti della comunione sul fondamento che egli è capo della famiglia e rappresentante della comunione, non agisce nel suo solo esclusivo interesse, bensì anche della moglie.

« Nell'art. 1426 cod. Napoleone si legge: « Gli atti che la « moglie ha fatti senza il consenso del marito, anche colla auto« rizzazione giudiziale, non obbligano i beni della comunione, fuor« chè nel caso in cui essa contratta come esercente pubblica mer« catura per oggetto del suo commercio ».

« Questo articolo non ha correspettivo nel codice italiano nel « titolo *Della comunione*. All'art. 134 è sancito: La moglie non « può donare, alienare i beni immobili, contrarre mutui.... senza « l'autorizzazione del marito ». Relativamente alla comunione però la predetta disposizione del codice Napoleone è riprodotta nel codice di commercio, in cui all'art. 7 è detto: « La donna ma« ritata non può essere commerciante senza il consenso espresso « o tacito del marito »; e nell'art. 14 è stabilito: « La moglie « commerciante può senz'altra autorizzazione stare in giudizio e « contrarre obbligazioni per tutto ciò che concerne il suo com« mercio. Se la moglie è in comunione di beni col marito secondo « le disposizioni del codice civile, essa obbliga eziandio il marito « rispettivamente agli utili della comunione ».

« Ciò vuol dire, in altri termini, che sono altresì debiti della comunione le obbligazioni contratte dalla moglie per tutto ciò che concerne il suo commercio a cui fosse stata autorizzata. Se quindi in tal senso la comunione rimane vincolata alle obbligazioni della moglie, *a fortiori*, con più ragione, rimane vincolata per quelle del marito, i cui debiti sono a carico dei beni comuni, non solo quando derivino da contratti o quasi-contratti, ma anche in generale quando derivino da riparazioni civili nascenti da delitto di lui, salvo alla moglie di essere compensata. Se così non fosse, ogni potere del marito sarebbe illusorio, non esplicabile.

« La Goeta ricorda la disposizione data dall'art. 1498 codice Napoleone, così concepito: « Quando i coniugi stipulano che fra « essi non vi sarà se non una comunione di acquisti si reputerà « che abbiano escluso dalla comunione tanto i debiti di ciascuno « di essi presenti e futuri, quanto i loro rispettivi beni presenti « e futuri ».

« Ma nulla può inferirsi da ciò, nè che i debiti contratti dal marito in costanza di matrimonio sieno futuri, nè che i beni divenuti comuni dal momento dell'acquisto per la stipulata società degli utili non sieno tenuti agli obblighi del marito.

« I debiti futuri, di cui parla il precitato articolo, sono quelli dipendenti dai beni che non cadono nella comunione. Cotesti beni sono quelli che possono pervenire ai coniugi per successione o per donazione. Quindi i debiti futuri di cui parla il precitato articolo sono esclusivamente quelli dipendenti da eredità o da donazioni fatte a favore dei coniugi, non già quelli che si contraggono dal marito durante la società o per cause non dipendenti nè da successioni nè da donazioni sopravvenute, nè da proprietà e obbligazioni anteriori al matrimonio, come è chiarito dalla precisa locuzione dell'art 1435 cod civ. italiano. Cosicchè riesce sempre più raffermato che la comunione è tenuta ai debiti del marito ancorchè nascenti da delitto.

« E la soluzione affermativa si rende della maggior evidenza ove si ponga mente che a base della sentenza della Corte di assise che condanna l'Andretta alla pena afflittiva della reclusione ed al ristoro dei danni verso il municipio danneggiato costituitosi parte civile in giudizio, l'azione del municipio stesso contro l'Andretta per rivalsa di danni mette capo al delitto commesso dal marito, cioè dall'Andretta, per lo scopo d'arricchire, di ritrarre maggiori lucri dall'esercizio del suo negozio nel traffico delle farine. Onde l'obbligo del pagamento di questo dare sui beni della comunione s'intuisce, è estrinseco al fatto insito nella natura delle frodi che egli già da tempo commetteva colle truffe del dazio a danno del municipio.

« L'Andretta, mediante falso e maneggi dolosi atti ad ingannare, fin dall'ottobre 1889, e per quasi tre anni consecutivi, riusciva ad introdurre le farine in città libere di dazio; inquantochè mediante bollette che si foggiavano di transito di farine, che però non partivano, ma che restavano in città, riusciva a farsi rimborsare le somme depositate a titolo di dazio per quelle

quale alla comunione verso il coniuge competono i diritti tutti che appartengono ad un qualunque creditore (1).

32. In tanto però una attività od una passività può esser considerata come facente parte della azienda della comunione o della azienda particolare dei coniugi, in quanto sia provato che l'attività o passività appartiene ad una o ad altra delle aziende (2). Per i beni immobili questa prova è facile. Per quanto concerne gli immobili spettanti ai coniugi prima della comunione od acquistati per successione o donazione durante la stessa, la appartenenza dell'immobile al patrimonio particolare dell'uno o dell'altro coniuge viene accertata con tutti quei mezzi di prova coi quali viene accertata la provenienza della proprietà immobiliare. Per quanto concerne gli acquisti immobiliari durante la comunione, o l'acquisto avvenne mediante altro immobile o mediante un corpo certo e determinato che non si consuma coll'uso o che conservandolo si deteriora, ed allora l'appartenenza della cosa mediante la quale l'immobile viene acquistato deciderà sulla appartenenza dell'acquisto; se invece avviene mediante una cosa che si consuma coll'uso o che conservandola si deteriora, l'acquisto sarà della comunione.

Le difficoltà non vi sono che per quanto concerne i mobili, e furono appunto queste difficoltà che indussero gli autori del codice Napoleone ad adottare la comunione dei mobili, invece della comunione degli acquisti, come regime normale. Queste difficoltà furono dal legislatore italiano superate con lo stabilire una presunzione, la presunzione che le cose mobili sieno acquisto della comunione, e che però appartengano alla stessa, sieno corpi certi e determinati che non si consumano con l'uso o che conservandoli non si deteriorano o sieno cose diverse (3). Se questa presunzione fosse stata elevata a presunzione assoluta, sarebbe stato inutile dichiarare che la sola comunione degli acquisti era la comunione ammessa dalla legge, nel fatto sarebbe stata ammessa la comunione dei mobili: contro la presunzione da lui stabilita il legislatore doveva ammettere, come ammise, la prova in contrario.

Le prove ammesse dalla legge sono di due ordini.

Il primo ordine consta di una prova precostituita risultante da una descrizione autentica dei beni mobili spettanti a ciascuno dei coniugi, descrizione autentica fatta dagli sposi prima del matrimonio (4), da una descrizione autentica dei mobili che venissero a devolversi a ciascuno dei coniugi durante la comunione, da un titolo autentico comprovante che un mobile appartiene all'uno od all'altro dei coniugi (5), come, per esempio, da un atto autentico col quale viene venduto un immobile di proprietà di uno dei coniugi, atto autentico che verrebbe a provare autenticamente la proprietà del prezzo ricavato dall'immobile stesso (6), da un istrumento pubblico che constatasse l'esistenza del credito di uno dei coniugi verso un terzo. Atto autentico sarebbe anche una sentenza pronunciata in costanza di comunione, colla quale direttamente od indirettamente venisse dichiarato appartenere ad uno dei coniugi una cosa mobile, perchè non è di essenza dell'atto del quale si sta facendo parola che esso abbia avuto esistenza giuridica prima del matrimonio od al momento in cui una cosa mobile entra nel patrimonio di uno dei coniugi, sebbene gli effetti giuridici propri dell'atto autentico non si producano prima che esso esista. L'atto autentico è necessario per qualunque cosa che fa parte del patrimonio particolare del coniuge e però anche per quelle cose che eccezionalmente possono entrare nel

---

farine alla loro introduzione, ricavando così un lucro indebito a danno dell'amministrazione del municipio.

« Si immagini per poco che per far fronte alle tariffe daziarie avesse dovuto contrarre dei debiti, certamente queste obbligazioni avrebbero gravato la comunione.

« A che si riduce dunque la condanna riportata dall'Andretta per quanto riflette, non già la pena, bensì la condanna civile, se non a risarcire un debito inerente all'esercizio del negozio di farina di cui egli faceva traffico, che interessava perciò la comunione?

« L'indebito arricchimento presupposto nella sentenza da quelle truffe per la comunione è indifferente al Municipio, comunque sia vero che non tutti gli acquisti si riscontrino anteriori all'ottobre 1889. Questa indagine potrà valere quando che sia pei coniugi fra loro per la rivalsa, non per il terzo creditore, cui pure è indifferente vedere se fossero o meno dipendenti dai lucri di quelle truffe le somme depositate dall'Andretta presso la ditta fratelli Costa, che la Goeta assume essere anteriori all'epoca suddetta delle frodi, senza peraltro avvalorare l'assunto con esibizione di documenti e conti correnti che non fece. Tutto ciò non aggiunge e non toglie punto, nel campo giuridico, all'obbligo positivo del pagamento del debito di cui trattasi sui beni della comunione. I lucri e le perdite sono comuni ai coniugi durante la comunione ».

Nulla havvi a ridire sul dispositivo di tale decisione, che è perfettamente giuridico; havvi invece a ridire sul lungo, inconcludente e spesso erroneo ragionamento impiegato per arrivare al dispositivo. La Corte di Cagliari aveva dinanzi a sè il caso di un marito, in comunione di beni, commerciante che, per un delitto commesso nell'esercizio del suo commercio, era tenuto al risarcimento del danno, e di una moglie pretendente verso il danneggiato che per la obbligazione del marito non fossero perseguibili gli acquisti della comunione. Gli acquisti della comunione dovevano necessariamente essere perseguibili per tale obbligazione, non già perchè la comunione sia tenuta per le obbligazioni provenienti da delitto del marito, ma perchè essendo il marito commerciante, contro la moglie, anche se in comunione di beni, per espressa disposizione dell'articolo 782 cod. comm. valeva la presunzione *muciana;* gli acquisti della comunione si presumevano per legge, sino a prova contraria, appartenenti al marito. e però erano perseguibili dai creditori.

(1) Confr. § 1539 codice tedesco, art 1133 codice portoghese.

(2) Per i codici spagnuolo (art 1407) e tedesco (§ 1527) si considerano come appartenenti alla comunione tutti i beni esistenti fino a che non sia provato il contrario. Per il codice portoghese, art. 1131, gli sposi devono inventariare nel contratto matrimoniale od in altra pubblica scrittura ciò che è loro proprio al momento del matrimonio ed entro sei mesi dall'acquisto i beni propri a loro sopravvenuti; in difetto di che i beni esistenti si hanno per appartenenza della comunione.

(3) Art 1437 cod. civ.

(4) Il Bianchi (365) riferisce tale descrizione autentica alla forma del contratto di comunione di beni, ma evidentemente tale riferimento è errato: la descrizione autentica non è diretta che alla prova della appartenenza dei mobili, viene fatta pei beni che i coniugi avevano prima del matrimonio, non già nel contratto, ma prima del matrimonio; pei beni che i coniugi acquistano posteriormente deve esser fatta al momento dell'acquisto: colla forma del contratto matrimoniale, anche solo per la regolarità di questo contratto, la descrizione nulla ha a che fare; è relativa solo alla prova della proprietà delle singole cose che si trovano presso l'uno o l'altro dei coniugi, e però va riferita a tale prova

(5) Art 1437 cod. civ.

(6) Il Borsari (3463) ritiene la descrizione autentica necessaria anche per gli acquisti della comunione. Ma, come giustamente osserva il Bianchi (n. 384), i mobili sono presunti acquisti della comunione se non viene provato che sono particolari ai coniugi; a che dunque la descrizione autentica per gli stessi?

patrimonio del coniuge durante la comunione per cause diverse dalla successione o donazione.

Il secondo ordine consiste in tutte quelle prove, precostituite o no, che sono autorizzate dalla legge (1), esclusa la prova testimoniale qualora si tratti di valore superiore alle lire 500 (2). L'art. 1445 cod. civ. che regola questo secondo ordine di prove prevede il caso in cui la comunione sia già sciolta e si questioni sull'appartenenza di un mobile ad una piuttosto che ad altra azienda, ma evidentemente quel disposto di legge è applicabile anche quando la questione di appartenenza sorga in costanza di comunione (3): posto che non sia di essenza dell'atto autentico di cui fa parola l'art. 1437 che lo stesso sia eretto prima del matrimonio od al momento in cui una cosa entra nel patrimonio di uno dei coniugi, anche in costanza di comunione havvi interesse di procurarsi mediante sentenza la prova autentica dell'appartenenza della cosa mobile e non vi è alcun motivo per negare il diritto di procurarsi tal prova. Ma ciò in costanza di matrimonio è possibile per la sola moglie; essendo il marito amministratore della comunione, egli non può agire contro sè stesso onde procurarsi la prova che alcunchè appartiene a lui e non alla comunione. Alla moglie che agisce, oltre che quella facoltà che le appartiene per diritto comune, le competono due facoltà speciali. La prima facoltà che le spetta è relativa alla prova della appartenenza dei mobili che furono ad essa devoluti durante la comunione a titolo di successione o donazione: per provare siffatta appartenenza la moglie può far uso della prova testimoniale qualunque sia il valore (4). La seconda facoltà è relativa alla prova del valore delle cose mobili spettanti ad essa che non entrarono nella comunione per il loro valore, e che non si trovano più in natura nella comunione stessa; la moglie è autorizzata a provare anche per notorietà il valore delle cose stesse (5). Ma, per essere ammessa a tal prova deve prima provare che le cose mobili a lei spettavano, e questa prova non può essere data per notorietà, ma deve essere data a termini degli art. 1437 della prima parte e del capoverso primo dell'articolo 1445 codice civile: il capoverso secondo dell'articolo 1445 non autorizza la prova per notorietà che del valore delle cose, non già della loro precedente sussistenza ed appartenenza.

È la moglie che pretende che una cosa mobile detenuta da essa o dal marito faccia parte del suo patrimonio particolare che deve dare la prova; se la prova non riesce, la cosa mobile è presunta proprietà della comunione.

Nessuna parola trovasi nella legge relativamente alla prova della appartenenza dei debiti. Il Laurent (6), e con lui il Bianchi (7), ritengono che quando il debito è stato contratto dal marito si deve presumere che non sia un debito personale di lui ma un debito della comunione, perchè essendo il marito il capo della famiglia, si deve presumere che il debito da esso contratto lo sia nell'interesse comune, salvo prova in contrario da parte della moglie. Ma tale presunzione non si trova scritta in nessun testo di legge, e però della appartenenza dei debiti alla comunione od ai patrimoni particolari dei coniugi si deve giudicare a base dei principî generali. Trattandosi di debiti sorti anteriormente al matrimonio o relativi ad una successione o donazione devolute ad uno dei coniugi, la prova dell'appartenenza del debito a quel coniuge che lo ha contratto od a quella successione o donazione alla quale è relativo, e per il coniuge erede, legatario o donatario, non offre difficoltà; le difficoltà non vi sono che per debiti sorti durante la comunione. E allora, o si tratta di debiti contratti dal legale rappresentante della comunione nel nome della stessa, o relativi a passività della comunione, o incontrati per far fronte alle passività stesse, e allora il debito è debito della comunione; in caso diverso, è debito particolare del coniuge che lo ha incontrato (8).

§ 2. — *Gestione patrimoniale.*

33. Gestioni patrimoniali nel regime della comunione. — 34. Gestione patrimoniale delle aziende particolari ai coniugi. Autorizzazione maritale e giudiziale alla moglie ed effetti della stessa. — 35. Gestione dell'azienda della comunione. Spetta al marito. — 36. Che di diritto quando il marito è presunto assente, interdetto, inabilitato, minore, fallito od impossibilitato ad amministrare? — 37. Atti di gestione. Atti a titolo oneroso — 38. Atti a titolo gratuito e disposizioni di ultima volontà. — 39. È questione di fatto il decidere se un atto è compiuto dal marito per sè o per la comunione. — 40. Intervento della moglie negli atti compiuti dal marito per la comunione. — 41. Obbligo del marito quale amministratore della comunione. — 42 Luogo nel quale avviene la gestione.

33. Come si è dimostrato in altro luogo (9), nel regime della comunione dei beni vi sono tre aziende: l'azienda della moglie, l'azienda del marito e l'azienda comune. Se ciò, come in quel luogo si è veduto, è vero, nel regime della comunione vi devono essere tre gestioni patrimoniali distinte, corrispondenti alle attività e passività che entrano in ogni singola azienda, e delle quali si è parlato nel capo precedente (10).

34. La gestione della azienda patrimoniale propria a cia-

(1) Art. 1445, prima parte, codice civile.

(2) Confr. art. 1445, capov. 1°, cod. civ.

(3) Per il codice tedesco, § 1528, ciascun coniuge può esigere che la competenza dei suoi beni dotalizi e di quelli dell'altro coniuge sia stabilita a mezzo di inventario con concorso dell'altro coniuge, e ciascuno sposo può far stabilire, a sue spese, a mezzo di periti, lo stato delle cose formanti parte dei beni dotalizi.

(4) Art. 1445, capov. 1°, cod. civ.

(5) Art. 1445, capov. 2°, cod. civ.

(6) XXIII, 118.

(7) N. 389.

(8) Vedi Laurent, XXIII, 159. Il Bianchi (n. 426) ritiene che l'appartenenza del debito si debba determinare dallo scopo dal quale ha avuto origine: se fu creato per procurare un utile alla comunione deve far carico ad ambedue, quantunque quel calcolo sia stato errato, e non sia stato seguito dagli effetti; se invece fu creato per vantaggio personale di uno o dell'altro coniuge, si deve ammettere il contrario. Il giudicare della appartenenza del debito in base ad un tale criterio non può ammettersi: lo scopo di una azione è tutto soggettivo; questo criterio dunque se potrebbe valere in rapporto ai coniugi, sarebbe assolutamente insufficiente in rapporto ai terzi: in rapporto ai terzi è necessario un criterio oggettivo per giudicare se debitori sono ambedue i coniugi od uno soltanto di essi, criterio oggettivo che è dato dal principio posto nel testo. Per il codice spagnuolo, art. 1411, ciò che è stato perduto e pagato durante la comunione da uno dei coniugi in un giuoco qualunque non diminuisce la porzione degli acquisti che al giuocatore spetta; la perdita non pagata fatta da uno degli sposi ad un giuoco lecito è a carico della comunione.

(9) Vedi retro, n. 22.

(10) Per gli scrittori francesi, i quali ritengono essere il marito signore e padrone della comunione, e però ritengono che, fino a quando dura la comunione, il patrimonio del marito e quello

scuno dei coniugi, spetta esclusivamente al coniuge al quale l'azienda appartiene. Nel diritto francese ciò non è vero per quanto concerne l'azienda patrimoniale della moglie, dal momento che, per esplicita disposizione dell'art. 1428 di quel codice, il marito ha l'amministrazione dei beni particolari della moglie, può esercitare da solo tutte le azioni mobiliari e possessorie che appartengono alla moglie, non può alienare gli immobili particolari della moglie senza il consenso di questa, è responsabile di qualunque deperimento dei beni particolari della sua consorte occasionati da mancanza di atti conservativi: gli scrittori francesi, di fronte ad un testo siffatto, che non dà luogo a dubbii, come è naturale, ammettono che sia di spettanza del marito la gestione dei beni particolari della moglie (1). Nel codice civile italiano non vi è alcuna disposizione corrispondente a quella dell'art. 1428 del codice francese, e di fronte a questo silenzio della legge non può accettarsi l'opinione del Borsari (2), del Ricci (3) e del Bianchi (4), i quali ritengono che anche per diritto italiano la gestione del patrimonio particolare della moglie sia di spettanza del marito. Per l'art. 1427 del codice civile la moglie ritiene il dominio, l'amministrazione ed il godimento dei suoi beni parafernali, ed il marito non ha il diritto di amministrarli nè di esigerne i crediti, se non ha da essa mandato di ciò eseguire: nel regime della comunione dei beni l'art. 1435, disponendo che nella comunione cade il godimento dei beni dei coniugi, spoglia la moglie del godimento dei suoi beni, ma non la spoglia degli altri due diritti che, a termini dell'art. 1427, le competono; non la spoglia, cioè, nè del dominio, nè della amministrazione. Di conseguenza la gestione dei beni particolari della moglie spetta sempre ad essa, non mai al marito (5). Nè vale il dire, come è detto dal Bianchi (6), che acciò la comunione abbia il godimento dei beni della moglie, che acciò i risparmi della moglie possano essere impiegati per la comune utilità, è necessario che l'amministrazione spetti al marito; ciò che è necessario al raggiungimento di un tale scopo si è che il marito abbia la amministrazione del godimento dei beni, l'amministrazione dei risparmi, ma non è punto necessario che il marito abbia anche l'amministrazione della nuda proprietà dei beni della moglie, l'amministrazione di quella industria in seguito all'esercizio della quale viene ritratto il reddito sul quale i risparmi sono fatti. La circostanza che una delle attività della comunione è il godimento dei beni della moglie (7) produrrà come conseguenza che molto pochi saranno gli atti di gestione patrimoniale che la moglie avrà occasione di fare sui suoi beni, produrrà come conseguenza che la gestione patrimoniale sarà limitata agli atti conservatori della nuda proprietà, all'esercizio delle azioni possessorie alle azioni di rivendicazione della nuda proprietà, alla disposizione di questa; ma la circostanza stessa non toglie che degli atti di gestione patrimoniale tanto di semplice amministrazione, quanto eccedenti la semplice amministrazione, possa essere necessario ed utile porre in essere, e che il compimento di tali atti sia di spettanza esclusiva della moglie, che questi atti non possano essere compiuti dal marito se non in quanto egli sia investito dalla moglie di mandato.

Questo per ciò che concerne i beni goduti dalla comunione. Che dire poi di quella industria che dalla moglie viene esercitata, quando il primo capoverso dell'articolo 14 del codice di commercio prevede il caso che questa industria venga amministrata dalla moglie che la esercita?

È d'uopo però tener fermo il principio che nel regime della comunione dei beni ciascun coniuge ha la gestione patrimoniale dell'azienda propria, che tutti gli atti di tale gestione siano gli stessi di semplice amministrazione o siano atti che eccedano la semplice amministrazione, siano atti giudiziali o siano atti stragiudiziali, devono essere compiuti esclusivamente dal coniuge al quale compete la cosa oggetto dell'atto; che qualunque atto compiuto dal coniuge per cose appartenenti alla azienda particolare dell'altro coniuge, sia pure il marito che pose l'atto in essere per cosa della moglie, sarà valido solo nei limiti del mandato espresso o tacito, dell'utile gestione o della *in rem verso*. Quando mancano nella legge disposizioni speciali è d'uopo applicare il diritto comune; nella legge non vi è alcuna disposizione speciale che autorizzi l'azione di un coniuge per ciò che è relativo alla azienda particolare dell'altro coniuge; ed il diritto comune consiste nei principii or ora enunciati.

Quando verrà fatta parola dei rapporti coi terzi saranno esposte le importanti conseguenze che derivano da questo principio; a questo luogo non si deve esaminare che ciò che concerne i rapporti fra coniugi durante il regime della comunione. E per i rapporti fra coniugi le conseguenze che dai suesposti principî ne derivano sono: che ognuno dei coniugi ha diritto di escludere da qualsiasi ingerenza nella sua gestione patrimoniale l'altro coniuge, che non è punto tenuto ad eseguire le obbligazioni contratte dall'altro coniuge

---

della comunione sieno confusi, ciò non è vero (vedi Laurent, XXIII, 161); ma nel diritto italiano, nel quale avvi una espressa disposizione di legge che stabilisce non essere il marito che amministratore della comunione, e per il quale è ammessa la distinzione dei patrimoni, nessun altro principio può essere ammesso che quello affermato nel testo.

(1) Laurent, op cit., XXIII, 164; in senso contrario, Troplong, op. cit, II, 1900.

(2) § 3464.

(3) VII, 88.

(4) N. 411, 414.

(5) Anche pel cod. ted., § 1526, capov. 2°, combinato col 1441, alla moglie spetta l'amministrazione dei beni ch'essa si è riservati.

(6) N. 411.

(7) Il godimento dei beni è un bene a sè stante, che ha una amministrazione propria, da non confondersi con l'amministrazione di quell'altro bene che è la nuda proprietà dei beni stessi appartenente a persona diversa da quella alla quale appartiene il godimento. Se qualche dubbio potesse esistere sul proposito, questo dubbio è tolto dall'art. 511 cod. civ. Per far cessare la usurpazione del fondo sottoposto ad usufrutto, in offesa delle ragioni del proprietario del fondo stesso, sono ammesse le azioni possessorie, il cui esercizio, come è riconosciuto da tutti, costituisce un atto di semplice amministrazione, perchè diretto alla conservazione giuridica della cosa. Se il diritto di godimento desse diritto anche alla amministrazione della nuda proprietà, evidentemente l'usufruttuario dovrebbe essere incaricato dell'esercizio di quelle azioni, tanto per ciò che concerne la difesa del suo diritto di usufrutto, quanto per ciò che concerne la difesa della nuda proprietà. In quella vece l'art. 511 non autorizza punto l'usufruttuario ad esercitare tali azioni in nome e nell'interesse del nudo proprietario; facendogli obbligo di denunziare al nudo proprietario il fatto che dà luogo alle azioni possessorie implicitamente riconosce che al nudo proprietario compete esclusivamente il diritto di esercitare le azioni stesse, limitatamente al suo interesse; implicitamente riconosce che anche la nuda proprietà ha una amministrazione sua propria, amministrazione che non compete a colui che ha l'usufrutto, ma al proprietario.

relativamente alle cose sulla gestione patrimoniale delle quali questi non ha alcun diritto; che, per quanto concerne le aziende particolari, la comunione è come se non esistesse, e di conseguenza, se alla moglie durante la comunione pervengono per successione o per donazione somme dotali, essa può inscrivere ipoteca sui beni particolari del marito a garanzia delle somme stesse (1); sono ammesse le azioni di un coniuge contro l'altro relativamente alla sua azienda particolare e per far valere i diritti che competono sulla comunione, come già si è avuto occasione di rilevarlo in altro luogo (2), se l'appartenenza di una cosa mobile alla azienda particolare di uno dei coniugi non risultasse dalla descrizione autentica o dall'atto autentico di cui l'art. 1437, il coniuge può far giudizialmente dichiarare che a lui appartiene la cosa mobile in questione; ognuno dei coniugi ha diritto di pretendere che i debiti relativi all'azienda particolare dell'altro coniuge siano ad esclusivo carico di questo. Ne deriva anche che ciascuno dei coniugi per le cose che entrano nella sua azienda particolare ha l'assoluta disponibilità delle stesse. A questo principio è d'uopo però apportare una restrizione per ciò che concerne la quota di interesse nella comunione che a ciascun coniuge spetta: la disposizione di tal cosa verrebbe ad alterare nel fatto i rapporti fra coniugi quali formati nel contratto matrimoniale, e però tale disposizione non è compatibile coll'indole della comunione: finchè dura la comunione la quota di ciascun coniuge è indisponibile (3).

Quando si disse che ognuno dei coniugi conserva la gestione della sua azienda particolare, e che l'altro coniuge non ha diritto di ingerirsi nella azienda stessa, non si è voluto affermare che nella esistenza del regime della comunione non ricevano applicazione quei principî che valgano in via ordinaria relativamente a quella azione tutelatrice degli interessi della famiglia che la legge accorda al marito per alcuni atti civili della moglie, e che si spiega colla autorizzazione maritale voluta per gli atti dalla legge determinati: quei principî rimangono sempre impregiudicati. Onde è che anche nel regime della comunione la moglie, per ciò che concerne la sua azienda particolare, non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere e riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, transigere o stare in giudizio (4), assumere la qualità di mandataria (5), intraprendere l'esercizio del commercio (6) senza l'autorizzazione del marito o senza l'autorizzazione giudiziale a seconda dei casi. Per diritto francese sono diversi gli effetti che derivavano per le obbligazioni contratte dalla moglie a seconda che vi è l'autorizzazione del marito o vi ha autorizzazione giudiziale. Perchè, nel mentre quando vi è l'autorizzazione del marito, l'obbligazione della moglie, come si è avuto occasione di far notare in altro luogo (7), diviene debito della comunione (8), quando vi è soltanto l'autorizzazione giudiziale a termini dell'articolo 1426 codice civile francese l'atto della moglie non obbliga i beni della comunione, fuorchè nel caso in cui la moglie ha contratto l'obbligazione come esercente pubblicamente la mercatura e per oggetti del suo commercio. Per diritto italiano invece l'autorizzazione maritale o giudiziale non ha alcuna influenza modificatrice del principio che gli atti di gestione patrimoniale relativi ai beni della moglie restano atti relativi esclusivamente all'azienda della moglie stessa, eccetto che si tratti di autorizzazione all'esercizio del commercio, nel qual caso l'autorizzazione sia essa maritale o giudiziale porta l'effetto di obbligare per i debiti della moglie anche gli utili della comunione.

35. La legge, che non ha disposizioni speciali relativamente alla gestione patrimoniale dell'azienda spettante a ciascun coniuge ha in quella vece disposizioni speciali relativamente alla gestione patrimoniale dell'azienda della comunione.

In una azienda spettante a più persone non vi ha alcuna impossibilità tecnica, che tutte le persone alle quali la azienda spetta abbiano in comune la gestione patrimoniale: tanto è ciò vero che in materia di società, per l'art. 1723, n. 1, del codice civile, in mancanza di patti speciali si presume che i soci siansi data reciprocamente la facoltà di amministrare l'uno per l'altro. Se non vi è alcuna impossibilità tecnica che tutte le persone alle quali l'azienda spetta gestiscano la cosa a loro comune, è certo però che, quasi sempre, è conveniente, per poter ritrarre dalla cosa comune il maggior utile possibile, l'unità di intenti, unità che non si può raggiungere se non quando i vari interessati diano incarico ad uno di loro od anche ad un estraneo di agire, e nel caso sia affidata la gestione a più, sia determinato il modo di condurre i diversi intenti all'unità. La convenienza economica di affidare la gestione di una azienda a più persone, determinando il modo di condurre i vari intenti alla unità, non si può avere che nelle grandi aziende spettanti a molte persone; nelle aziende piccole spettanti a pochi, la convenienza economica non si può avere che nell'affidare la gestione ad una sola persona, scegliendo questa fra i comproprietari dell'azienda. Queste ragioni dovevano consigliare il legislatore ad affidare l'amministrazione della comunione dei beni ad uno dei coniugi con esclusione dell'altro. Nella scelta del coniuge, al quale affidare la gestione, dovevasi tener conto del fatto che la gestione della comunione non è indipendente da qualunque altro interesse che non sia relativo ai beni che entrano nella comunione; che tale gestione dipende dalla direzione data alla condotta generale della famiglia, dalla posizione che si vuole che la famiglia abbia nella società, dalle spese che per la famiglia debbono essere fatte; e siccome la famiglia ha nel marito un capo al quale compete l'imprimere alla condotta della famiglia quella direzione che egli crede la più opportuna, così a questo capo doveva essere affidata la gestione patrimoniale della comunione. Di qui il disposto dell'art. 1438 cod. civ.: il marito solo può amministrare i beni della comunione (9).

Il disposto dell'art. 1438 cod. civ. è imperativo ed asso-

(1) L'ipoteca che la moglie inscrivesse sulla quota degli immobili spettanti al marito nella comunione non produrrebbe effetti diversi da quelli che produce l'ipoteca iscritta su tale quota da un qualunque terzo, effetti che saranno esaminati più avanti.

(2) Vedi retro, n. 32.

(3) Ciò si trova espressamente disposto dal § 1442 del codice tedesco.

(4) Art. 135 cod. civ.

(5) Art. 1743 cod. civ.

(6) Art. 13, prima parte, cod. comm.

(7) Vedi retro, n. 31.

(8) Ciò avviene anche per il codice tedesco, § 1530: i beni della comunione, per questo codice, rispondono delle obbligazioni della donna risultanti da un atto giuridico fatto durante la comunione e delle spese della lite dalla moglie sostenuta, allorchè l'atto è stato compiuto e la lite sostenuta col consenso del marito.

(9) Art. 1412 cod. spagnuolo, § 1519, capov., 1443, 1ª parte, cod. tedesco. Fu giudicato che nel sistema della comunione, il marito è il capo legale della comunione (App. Torino, 19 dicembre 1879, *Palmas* c. *Palmas*: *Giurispr.*, Torino, 1879, 182).

luto: il marito solo può amministrare i beni della comunione Questa espressione che si trova usata dalla legge sarebbe di per sè sola sufficiente per far ritenere che l'articolo stesso sia una di quelle disposizioni che, a termini dell'art. 1434, devono essere osservate in tutti i casi, una di quelle disposizioni alle quali non è permesso derogare. La conclusione alla quale si deviene con la semplice osservazione del disposto della legge riceve una conferma dal fatto, che la qualità di amministratore della comunione è dalla legge attribuita al marito in dipendenza del fatto, che il marito è capo della famiglia, e però è diritto che appartiene al capo della famiglia; il diritto di amministrare è dunque uno di quei diritti ai quali gli sposi non possono derogare (1). E siccome gli sposi vi derogherebbero tanto se l'amministrazione della comunione venisse affidata alla moglie, quanto se venisse affidata ad un terzo nominato nel contratto matrimoniale, o con atto posteriore, così anche se l'amministrazione venisse affidata ad un terzo, la clausola sarebbe nulla. Non potrebbero dunque i coniugi stabilire che la gestione patrimoniale della comunione dovesse avvenire da parte di un parente della moglie, di colui che ha costituito la dote od ha fatto una donazione a causa di matrimonio; la legge vuole che la gestione patrimoniale della comunione appartenga al solo marito, qualunque ingerenza di persona diversa dal marito è dalla legge esclusa, perchè tale ingerenza rifletterebbe i suoi effetti sulla direzione da dare alla condotta generale della famiglia, direzione che al solo marito spetta imprimere. Questo principio però non farebbe ostacolo a che le parti convenissero che la gestione patrimoniale di una o più cose di loro proprietà si dovesse assumere da parte di un terzo; in questo caso non è la gestione patrimoniale della comunione che è affidata ad un terzo; nella comunione entra il diritto della cosa particolare coll'onere dell'amministrazione della cosa stessa da parte di un terzo, e la gestione patrimoniale di questo diritto, col relativo onere, non è con la clausola suindicata tolta al marito. Per la stessa ragione sarebbe valida la clausola di lasciare l'amministrazione ad un terzo della cosa lasciata o donata disposta dal testatore o dal donante nel testamento o nell'atto di donazione.

Quando in forza di un patto speciale del contratto di società il socio è stato incaricato dell'amministrazione, questa facoltà non può essere revocata durante la società senza una causa legittima (2), e però quando vi è la causa legittima, la revocazione può aver luogo. In forza di legge, nel contratto di comunione di beni s'intende inserita la clausola che il marito sarà amministratore della comunione dei beni, però il marito si presenta nella posizione giuridica di quel socio che è incaricato, in forza di un patto del contratto di società, di amministrare l'azienda sociale. Ma da tale posizione del marito non si può dedurre che al marito stesso la facoltà di amministrare possa essere revocata, anche in presenza di una causa legittima. Alla comunione sono applicabili i principî relativi alla società solo in quanto ai principî stessi non osti la speciale natura della comunione dei beni. Ed all'applicazione dell'art. 1720, capov., codice civile, fa ostacolo l'indole speciale dell'istituto che si sta studiando. Al solo marito spetta l'amministrazione della comunione (3); quando la facoltà di amministrare la comunione gli potesse essere revocata, l'amministrazione della comunione non spetterebbe a lui solo, spetterebbe anche a chi in sostituzione del marito venisse delegato, locchè per legge è impossibile. La qualità nel marito di amministratore, finchè dura la comunione, è irrevocabile.

Da che il marito solo può amministrare la comunione non ne deriva che il marito non possa dare ad altri mandato per l'amministrazione stessa: il marito è un mandatario generale della società coniugale, e, come si argomenta dall'art. 1748 cod. civ., ogni mandatario ha diritto di sostituire altri a sè nella esecuzione del mandato. Siccome però la legge non autorizza il marito a sostituire altri a sè nella esecuzione dell'incarico, così, a termini dell'art. 1741 cod. civ., il marito è responsabile per colui che ha sostituito nell'incarico. Questa responsabilità del marito non verrebbe meno anche se gli sposi nel contratto matrimoniale od in altro posteriore avessero espressamente facoltato il marito a sostituire altri a sè nell'incarico: una volta che ciò che concerne l'amministrazione della comunione è sottratto alle convenzioni degli interessati ed è regolato dalla legge, che da quanto le parti credessero di convenire non può essere derogata, la legge deve imperare in tutte le sue parti, come nulla vi può essere tolto, così nulla vi può essere aggiunto; ed una aggiunta alla legge verrebbe fatta nel dare facoltà al marito di sostituire, senza alcuna responsabilità propria, altri a sè nella esecuzione del mandato. Di qui ne viene che la clausola, colla quale il marito venisse autorizzato a sostituire altri a sè nella esecuzione del mandato, sarebbe priva di quegli effetti giuridici che a tal clausola sono riconosciuti dall'art. 1745, 1ª parte, n. 1, codice civile.

Una volta che il marito può sostituire altri a sè nella esecuzione del mandato ad amministrare la comunione, nulla vieta che esso sostituisca a sè la moglie, ed alla moglie dia incarico di tenere l'amministrazione (4). Con ciò il marito non viene ad abdicare ai diritti che gli competono come capo della famiglia; attesa la revocabilità che è insita nel mandato, coll'affidare l'amministrazione della comunione alla moglie il marito non resta privato dei diritti che gli competono come capo della famiglia; naturalmente egli resta sempre nel godimento di quei diritti, ne può riprendere l'esercizio ogniqualvolta lo creda opportuno. La moglie non può accettare mandato senza l'autorizzazione del marito (5); ma nel caso di mandato conferito dal marito alla moglie l'autorizzazione è implicita nel fatto stesso del marito, e non è il caso di esigere l'autorizzazione giudiziale, perchè nel conferimento, e nella corrispondente accettazione del mandato, non havvi opposizione d'interesse fra mandante e mandatario; più che opposizione vi ha anzi comunanza d'interessi fra loro. Una volta che la moglie ha accettato il mandato, essa diviene responsabile dell'esercizio del mandato stesso verso il suo mandante, che è il marito e però indirettamente verso la comunione. Per diritto francese (6), qualunque debito contratto dalla moglie come procuratrice generale o speciale del marito, è a carico della comunione; ed il creditore non può domandarne il pagamento nè contro la moglie nè sopra i suoi beni particolari, dal che si argomenta il principio generale che l'accettazione da parte della moglie di un mandato generale

(1) Art. 1379 cod. civ.
(2) Art. 1720, capov., cod. civ.
(3) Art. 1438 cod. civ.

(4) Bianchi, op. cit., 410.
(5) Art. 1743 cod. civ.
(6) Art. 1420 cod. civ. francese.

o speciale conferitole dal marito non cangia la posizione della moglie stessa relativamente alla comunione. Questo principio vale anche nel diritto italiano, perchè l'art. 1420 codice francese non è che una conseguenza del principio che le convenzioni matrimoniali durante il matrimonio sono immutabili; se colla accettazione del mandato la moglie mutasse la sua posizione relativamente alla comunione, le convenzioni matrimoniali per volontà dei coniugi avrebbero mutamento.

36. Il marito può essere presunto assente, può essere interdetto, inabilitato, minore o fallito od essere nella impossibilità di amministrare la comunione (1).

Per l'art. 46 del cod. civ., se il presunto assente lascia figli in età minore, la loro madre assumerà l'esercizio della patria potestà; per l'art. 135, n. 1, del codice stesso l'autorizzazione maritale non è necessaria se il marito è assente: da questi due disposti di legge chiaramente emerge quale sia il pensiero del legislatore relativamente alla direzione della famiglia nel caso di assenza del marito: nel caso di assenza del marito la direzione della famiglia spetta alla moglie; è una necessità che sia così, non potendosi nè lasciare la famiglia senza direzione, nè dare la direzione della famiglia a persona estranea alla stessa. In tali necessità si è anche in materia di comunione; la legge ha chiaramente dimostrato di non volere che persone estranee alla famiglia abbiano l'amministrazione della comunione; nel caso di presunzione di assenza del marito per applicazione analogica degli art. 46 e 135, 1ª parte, cod. civ., è d'uopo ammettere che l'amministrazione della comunione finchè dura la presunzione di assenza del marito, cioè da quando non si hanno più notizie del marito a quando il marito ritorna, o dà notizie di sè, o viene dichiarata l'assenza, o viene provata la morte dello stesso, spetta alla moglie (2).

Nel caso d'interdizione del marito si trova disposto che l'autorizzazione maritale non è più necessaria (3); non si trova alcuna disposizione speciale relativamente alla patria potestà, che sia in corrispondenza a quella che pel caso di assenza presunta è contenuta nell'art. 46 cod. civ., ma la dottrina, partendo dal principio che quando durante il matrimonio la patria potestà non può essere esercitata dal padre, viene esercitata dalla madre (4), nella interdizione del padre riconosce una condizione che rende di fatto impossibile in tutto od in parte l'esercizio del paterno potere, e però riconosce che in tal caso chi esercita in tutto od in parte la patria potestà è la madre (5). Applicando analogicamente questo principio, è d'uopo concludere che anche nel caso di interdizione del marito, la moglie amministra la comunione. Il Bianchi (6) in quella vece ritiene che l'amministrazione spetti al tutore del marito, ma a questa soluzione fa ostacolo il principio generale che la rappresentanza dell'interdetto non ha alcuna ingerenza nella famiglia dell'interdetto stesso: la gestione patrimoniale della comunione è intimamente legata alla condotta generale della famiglia, l'amministrazione non può dunque essere in mani diverse da quelle della persona alla quale compete dirigere la famiglia stessa, e chi dirige la famiglia, se il marito non può esercitare la direzione, è la moglie.

L'inabilitato ed il minore emancipato possono fare gli atti di semplice amministrazione, essi non possono fare gli atti che la eccedono. Applicando anche in questo caso i principî posti per la interdizione, è d'uopo conclndere che gli atti che sono nei limiti della semplice amministrazione siano compiuti dal marito, gli atti che eccedono l'amministrazione stessa dalla moglie.

Il marito può fallire; in questo caso non è da discorrere di amministrazione degli acquisti della comunione, perchè gli acquisti stessi sono appresi dalla massa dei creditori (7), ma non è appreso dai creditori il godimento dei beni dei coniugi che continua ad essere proprio esclusivamente alla comunione. Questo godimento ha bisogno di essere amministrato, e siccome il diritto di amministrazione è strettamente personale al marito, ed il fallimento non ha alcuna influenza sui diritti strettamente personali (8), così il marito potrà amministrare il godimento dei beni suoi e della moglie, come se la dichiarazione di fallimento non avesse avuto luogo.

Il Bianchi (9) ritiene che, se il marito è nella impossibilità di amministrare per infermità di mente che non dia luogo all'interdizione, o per lontananza che non dia luogo alla presunzione di assenza, chi amministrerà la comunione sarà la moglie. La soluzione è giuridica (10), ed anzi è estensibile a tutti i casi nei quali il marito sia impossibilitato ad amministrare la comunione. Ma non è giuridica la ragione che porta il Bianchi per la soluzione accettata.

(1) I codici spagnuolo e tedesco hanno disposizioni speciali per alcuni casi di incapacità del marito. Il codice spagnuolo, articolo 1412 combinato con l'art. 59, ha speciali disposizioni per il caso in cui il marito sia minore, ed in questo caso per la validità degli atti del marito ai riguardi della comunione è necessario l'intervento dei poteri protettori del marito. Il codice germanico ha speciali disposizioni nel caso in cui il marito sia sottoposto a tutela (§ 1519, capov., combinato col § 1457) ed in tal caso il tutore lo rappresenta per l'esercizio dei diritti e dei doveri risultanti dalla amministrazione dei beni comuni. Il codice spagnuolo ha inoltre una disposizione generale, che, come applicabile all'amministrazione di tutti i beni appartenenti alla famiglia. trova la sua applicazione anche alla comunione degli acquisti: per l'art. 1441 del detto codice l'amministrazione dei beni della famiglia è trasferita alla moglie tutte le volte che essa è tutrice di suo marito, quando ella domanda la dichiarazione di assenza del marito, nel caso di separazione dei beni accordata a mezzo di interdizione legale del marito: i tribunali devono conferire alla moglie l'amministrazione con quelle limitazioni che essi crederanno opportune, anche nel caso in cui il marito sia fuggitivo o dichiarato contumace in materia criminale, o se, trovandosi assolutamente impedito di esercitare l'amministrazione, non ha preso le misure necessarie.

(2) Per il disposto dei §§ 1519, capov., e 1450 del codice tedesco, se il marito per assenza è impedito di fare un atto giuridico relativamente ai beni comuni o di sostenere una lite relativamente ai beni stessi, la donna può compiere l'atto giuridico o sostenere la lite nel caso in cui vi sia pericolo nel ritardo.

(3) Art. 135, n. 1, cod. civ.

(4) Art. 220 cod. civ.

(5) Vedi Piola, *Legislazione italiana sulla patria potestà* (Roma 1892), n 14.

(6) N. 410 427.

(7) Vedi retro, n 29. Per il codice tedesco, § 1543, il fallimento del marito pone fine alla comunione.

(8) Art. 699, capov., cod. comm.

(9) N 427.

(10) Il codice tedesco, § 1519, capov., combinato con l'art. 1450, per il caso in cui per assenza o per malattia il marito è impedi o di fare un atto giuridico relativamente ai beni comuni o di sostenere una lite relativamente ai beni stessi. la moglie in suo proprio nome od a nome del marito può compiere l'atto o sostenere la lite se siavi pericolo nel ritardo.

Perchè il Bianchi nei casi che si stanno esaminando riconosce nella moglie l'esercizio dell'amministrazione in seguito al mandato espresso o tacito datole dal marito. Che vi sia mandato espresso nella ipotesi è escluso, ma i termini della ipotesi stessa escludono anche il mandato tacito. Il mandato tacito suppone che il mandatario agisca con scienza del mandante, il quale non si oppone all'azione del mandatario stesso, ed anzi lo lascia agire. Vi sono indubbiamente casi nei quali, anche in materia di comunione, la moglie si deve considerare come investita di un mandato tacito di amministrare, ma ciò non si verifica nei casi che si stanno esaminando; il marito infermo di mente, per esempio, è anche impossibilitato a conoscere che la moglie agisce, è nella impossibilità di opporsi all'azione della moglie; in tal caso di qual mandato tacito si vuole discorrere? È da discorrere invece di quella imprescindibile necessità di fatto della quale il Bianchi stesso successivamente fa parola; la comunione è un ente che deve essere amministrato, e però vi deve essere la persona che lo amministri; se il marito è nella impossibilità, la moglie supplisce. È l'applicazione di quel principio stesso del quale si è fatto espressamente parola discorrendo della interdizione, che anche in questo caso ricorre.

Fino a che vi è l'impossibilità o l'incapacità del marito, e la moglie è capace o può esercitare l'amministrazione, col riconoscere che alla moglie compete l'amministrazione della comunione le difficoltà sono superate. Ma può avvenire che ambedue i coniugi siano incapaci od impossibilitati. In questi casi non si può pensare ad un intervento di potere protettore dell'uno o dell'altro coniuge, sia perchè questi poteri possono anche non esservi, sia perchè il campo di azione dei poteri protettori degli incapaci è ristretto a ciò che concerne l'incapace, e non si estende a quegli enti che oltre interessare l'incapace interessano anche altre persone. Finora nei casi di impossibilità si sono applicati per analogia i principii che valgono per la patria potestà; è d'uopo proseguire nell'applicazione di tali principii ed applicarli anche nei casi in esame; in materia di patria potestà quando il genitore è impossibilitato ad esercitare il paterno potere e non havvi l'altro genitore che lo supplisca si fa luogo alla nomina da parte del tribunale di un curatore speciale (1), alla nomina di un tale curatore si farà luogo anche nei casi in esame.

Anche nei casi però nei quali la moglie supplisce il marito, non resta variata la posizione della moglie nella comunione; quelle stesse ragioni che fecero concludere che la posizione della moglie non resta variata nel caso di mandato (2), valgono anche pei casi che si sono esaminati in questo numero.

37. La gestione di una azienda comprende tutti gli atti che possono occorrere per l'azienda stessa, si tratti di atti non eccedenti o di atti eccedenti la semplice amministrazione; potranno essere stabiliti organi speciali per compiere alcuni atti, organi speciali diversi da quelli destinati a compierne altri; ma la gestione, guardata nel suo complesso, comprende tutti gli atti di qualsiasi specie. Di qui ne viene che nella gestione patrimoniale della comunione vanno compresi tanto gli atti di semplice amministrazione quanto quelli che la eccedono. Che ciò sia vero è dimostrato dall'art. 1438 cod. civ., il quale riconosce entrare nella gestione della comunione qualunque atto (3). L'art. 1438 codice civile, però, divide gli atti in due categorie: atti che non sono ed atti che sono a titolo gratuito; e regola le due specie con norme diverse.

Il marito, quale amministratore della comunione, può fare da sè tutti gli atti che non sono a titolo gratuito (4). Per i beni dunque il cui godimento cade nella comunione, compie tutti gli atti che possono essere compiuti dall'usufruttuario sulle, o per le cose che dalla comunione sono godute; e però acquista per la comunione i frutti dei beni, può alienare le cose che entrano nella comunione per essere godute per il valore, riscuote tanto i crediti propri che della moglie, può costringere la moglie a consegnargli tutto ciò che entra nella comunione e che si trova in sua mano. Spettando alla comunione il godimento dei beni dei coniugi, il marito sarebbe senz'altro autorizzato a locare i beni della moglie che cadono nella comunione per il godimento in natura; il codice civile ha fatto di più; ha disposto espressamente che il marito può locare i beni della moglie il cui godimento cade nella comunione, e che a tali locazioni sono applicabili le regole stabilite per le locazioni fatte dall'usufruttuario (5). Di qui ne viene che i poteri del marito nel regime della comunione sono diversi da quelli che nel regime della separazione dei beni spettano al marito il quale amministri per mandato espresso o tacito i beni parafernali della moglie; nel mentre il marito che gerisce tale amministrazione può fare le locazioni non eccedenti i nove anni (6), il marito amministratore della comunione può locare i beni della moglie goduti dalla comunione per qualunque tempo, ma se durante il corso della locazione la comunione si scioglie la locazione non ha che la durata di un quinquennio (7). Si ritornerà su questa

(1) Vedi Piola, op cit., n. 44.

(2) Vedi retro, n. 35.

(3) Confr. anche art. 1413, codice spagnuolo, § 1519, capov., 1443 codice tedesco.

(4) Art. 1413, prima parte, codice spagnuolo. Il codice tedesco, § 1443, pone per principio che i beni comuni sono sottomessi alla amministrazione del marito e che il marito ha specialmente il diritto di prendere possesso delle cose facenti parte dei beni comuni, di disporre di questi beni e di sostenere in suo proprio nome le liti relative agli stessi. Però il marito deve avere l'assenso della moglie per tutti gli atti giuridici coi quali egli si obbliga a disporre della totalità dei beni comuni, come pure per tutti gli atti e disposizioni dei beni comuni presenti sui quali egli voglia eseguire una obbligazione della stessa natura contratta senza il consenso della moglie (§ 1444), per disporre di un fondo faciente parte dei beni comuni come pure per contrarre l'obbligazione di fare tali disposizioni (§ 1445), per tutte le materie dei beni comuni, come pure per tutti gli atti di disposizione di questi beni per i quali egli volesse eseguire la promessa di una donazione stipulata senza il consenso della donna, e della promessa di donazione che non è relativa ai beni comuni (§ 1546). Se l'amministrazione regolare dei beni comuni esige uno di tali atti e la moglie rifiuta il suo consenso, o per assenza o malattia è impedita a prestarlo, il consenso della moglie è supplito da quello del tribunale di tutela (§ 1447).

(5) Art. 1439 cod. civ.

(6) Art. 1572 cod. civ.

(7) Art. 493 cod civile. Per il codice francese, art. 1429, per quello delle Due Sicilie, art 1401, e per l'albertino, art. 1579, il marito può, quale amministratore dei beni della comunione, locare i beni della moglie per un novennio, perchè lo stesso diritto compete all'usufruttuario (art. 506 cod. albertino); anzi i codici francese (art. 595) e delle Due Sicilie (art. 520) stabiliscono la misura dei diritti dell'usufruttuario sulla misura dei diritti del marito.

materia quando ci si intratterrà dei rapporti coi terzi; qui però è d'uopo far notare che non è escluso che il marito possa fare locazioni valide, se durante la locazione cessa la comunione, anche per un novennio se la moglie interviene all'atto od abbia dato a lui mandato espresso o tacito di amministrare anche la sua azienda particolare; come l'usufruttuario, coll'intervento del proprietario, può fare locazioni eccedenti il quinquennio, così tali locazioni possono essere fatte dalla comunione amministrata dal marito, coll'intervento della moglie o del mandatario di questa.

L'usufruttuario può cedere per qualsivoglia titolo oneroso il suo diritto (1). Dal momento che il diritto di godimento dei beni dei coniugi è un bene che appartiene alla comunione, che il marito amministratore della comunione può disporre dei beni di questa, il marito potrà disporre a titolo oneroso del godimento dei beni, tanto di quelli appartenenti ad esso marito, quanto di quelli appartenenti alla moglie. Il Bianchi (2) ritiene che i beni che il marito può alienare od ipotecare sono i soli acquisti; ma l'articolo 1438 cod. civ. parla dei beni della comunione, e beni della comunione sono non soltanto gli acquisti, ma anche il godimento dei beni dei coniugi. Ciò che può essere alienato è quanto appartiene alla comunione, cioè il godimento dei beni dei coniugi per il tempo in cui la comunione sarà per esistere (3); se il marito disponesse del godimento dei beni della moglie anche per quando la comunione sarà cessata evidentemente disporrebbe di cosa che alla comunione non appartiene.

Il marito per i suoi beni può fare anche gli atti che eccedono i poteri dell'usufruttuario, cumulando i diritti che gli competono come amministratore della moglie con quelli che gli competono quale nudo proprietario del suo patrimonio particolare. Ma per quanto concerne i beni della moglie egli non può esercitare che i diritti che competono all'usufruttuario (4); se volesse compiere pei beni della moglie atti che eccedono i poteri dell'usufruttuario, sarebbe necessario, per quanto concerne l'eccesso, l'intervento personale della moglie, libera questa di prestare o no il suo consenso: è questa una conseguenza del principio che l'azienda della comunione è distinta dall'azienda particolare di ciascun coniuge.

Per quanto concerne i prodotti dell'industria il marito può costringere la moglie a consegnargli i prodotti stessi, anche con quei mezzi coercitivi che la legge accorda a qualunque creditore, compresa, se del caso, l'esecuzione forzata sui beni che compongono il patrimonio particolare della moglie. Ciò che deve consegnare la moglie al marito sono i prodotti della sua industria: questa materia non offre difficoltà se non quando si tratta di stabilimenti commerciali ed industriali dalla moglie esercitati. Queste difficoltà furono già esaminate alla voce **Frutti**; qui ci si limita ad affermare che la moglie deve consegnare al marito ciò che è *frutto* del suo stabilimento. Ma anche il marito ha l'obbligo di conferire nella comunione il prodotto del suo lavoro, senonchè, siccome l'atto di costringere il coniuge al conferimento in società di quanto egli deve conferire è atto di amministrazione, siccome gli atti di amministrazione possono essere compiuti dal solo marito, la moglie non ha azione per costringere il marito al conferimento.

Su quanto spetta alla comunione in proprietà, il marito esercita i diritti tutti ed adempie a tutte le obbligazioni che un proprietario ha sulle, o per le cose sue (5); e però per gli immobili che sono di proprietà della comunione egli non è punto tenuto a limitare la locazione al quinquennio od al novennio, può come un proprietario qualunque stipularla per un trentennio; trattandosi di case per abitazione, può pattuire che la locazione abbia la durata di tutta la vita dell'inquilino, ed anche per un anno dopo, e trattandosi di terreni affatto incolti può fare la locazione anche per cento anni (6): la limitazione dell'art. 1439 vale per i beni della moglie, come espressamente in detto articolo è affermato, non già pei beni della comunione (7).

Come conseguenza del diritto di amministrazione la legge espressamente attribuisce al marito la facoltà di stare in giudizio per le azioni riguardanti la comunione (8), cioè per le azioni riguardanti i beni che appartengono alla comunione; chè se si trattasse della esistenza stessa della comunione, non sarebbe il marito che potrebbe stare in giudizio, ma dovrebbero stare in giudizio ambedue i coniugi. Infatti la qualità nel marito di amministratore della comunione vi è in quanto la comunione esiste; se la comunione non esiste la stessa non può avere un amministratore; quando si attacca l'esistenza della comunione, si attacca la sorgente stessa dalla quale il marito ripete la sua facoltà di amministratore; non è egli solo dunque che può stare in giudizio, vi devono essere tutti coloro che sono interessati nel rapporto giuridico la cui esistenza è posta in contestazione. Ciò vale però nel caso in cui l'inesistenza della comunione sia fatta valere in giudizio come domanda, chè se si trattasse di eccezione opposta da colui che è stato convenuto dal marito, la presenza della moglie non sarebbe punto necessaria. Il Bianchi (9) ritiene che il marito possa stare in giudizio anche per le azioni concernenti l'amministrazione delle aziende particolari della moglie il cui godimento

(1) Art. 492 cod. civ.

(2) N. 417.

(3) Il fatto che la comunione ha cause di cessazione che fino ad un certo punto dipendono indirettamente dalla volontà dei coniugi, se sarà un fatto che diminuirà il valore del diritto, non è un fatto che rende impossibile la cessione del godimento: l'acquisitore che sa come la continuazione nell'esercizio del suo diritto dipende, fino ad un certo punto, dalla volontà dei coniugi, la valuterà per meno di ciò per cui la avrebbe valutato se questa eventualità non esistesse a suo danno, ma non ha nessun effetto nella cedibilità del diritto.

(4) Trovasi in modo espresso stabilito dal § 1523, capov., comb. col § 1375 del codice tedesco, che il diritto di amministrazione dei beni dotalizi della moglie spettante al marito non comprende la facoltà di obbligare la moglie a mezzo di atti giuridici o di disporre senza suo consenso dei beni stessi. Anche in diritto francese è ritenuto che il marito non può direttamente od indirettamente disporre dei beni della moglie anche se tali beni fossero cose mobili; Laurent, op. cit., XXIII, 143; Corte di Parigi, 3 gennaio 1852 (*Dalloz*, 1852, 2, 247); Cassaz. francese, 4 agosto 1862; (*Dalloz*, 1862, 1, 480). — Questo principio beninteso vale per le cose mobili delle quali la comunione non diviene proprietaria, chè per le cose delle quali la comunione in forza del diritto di godimento che le compete diviene proprietaria salvo a rispondere del valore, il diritto di disposizione da parte del marito quale amministratore della comunione è assoluto (Laurent, op. cit., XXIII, 151).

(5) Bianchi, op. cit., 411.

(6) Art. 1571 cod. civ.

(7) Bianchi, op. cit., 415.

(8) Art. 1438 cod. civ.

(9) N. 416.

cada nella comunione; ma ciò dipende dal sistema adottato dal chiaro scrittore, il quale ritiene competere al marito l'amministrazione dei beni della moglie: nel sistema adottato da noi (1) la conclusione alla quale si deve venire si è, che per quanto concerne le azioni relative al godimento dei beni della moglie, il marito ha veste per stare in giudizio quale amministratore, perchè il godimento di tali beni è un bene della comunione; ma per le azioni che concernono la nuda proprietà, anche se relative alla semplice amministrazione di tale nuda proprietà, il marito non ha veste per stare in giudizio, perchè la nuda proprietà dei beni di ciascun coniuge non è un bene che entra nell'attivo della comunione.

Il Bianchi (2) nel diritto del marito di compiere gli atti dei quali si è discorso vede un diritto *sui generis*; ma, a ben guardare, in questo diritto null'altro si può vedere che il diritto che compete ad un amministratore di alienare, ipotecare o fare altri atti che eccedano la semplice amministrazione, quando nel mandato gli sieno state date siffatte facoltà. Nel mandato che a termini di legge è dato al marito, gli è conferito espressamente l'incarico di compiere atti che eccedono la semplice amministrazione; non si è di fronte, dunque, ad un diritto *sui generis*, si è di fronte alla specie prevista dall'art. 1741, capov., cod. civile, disposizione questa che appunto prevede il caso in cui ad un mandatario sia concesso potere di compiere atti che eccedono la semplice amministrazione.

Il socio incaricato dell'amministrazione in forza di un patto speciale del contratto di società, patto che, come si è veduto, esiste di pien diritto, per virtù di legge, nel contratto di comunione dei beni, può fare, non ostante l'opposizione degli altri soci tutti gli atti che dipendono dalla sua amministrazione (3): non vi può dunque essere dubbio sulla mancanza nella moglie del diritto di opporsi agli atti che il marito credesse opportuno porre in essere. Continua però l'art. 1720 del cod. civ. dicendo: *purchè ciò segua senza frode* (4). Evidentemente questo inciso è applicabile anche alla comunione dei beni. Per quanto lati siano i poteri del marito quale amministratore della comunione, questi poteri non possono arrivare al punto da permettere al marito di defraudare la moglie; questo sarebbe non uso ma abuso di un potere che al marito è concesso solo per il buon andamento della famiglia. Ond'è che, quando vi ha frode, la moglie non è punto obbligata a riconoscere il fatto del marito come entrante nei poteri che al marito appartengono (5). L'art. 1720, 1ª parte, cod. civ., dispone, come si è veduto, che il socio amministratore può fare, *non ostante l'opposizione degli altri socii*, tutti gli atti che dipendono dalla sua gestione *purchè ciò segua senza frode;* dunque, se un atto che sta per seguire è un atto fatto in frode, gli altri socii hanno diritto di fare opposizione. Di qui ne viene che la moglie, prima che l'atto abbia avuto esistenza giuridica, può fare opposizione allo stesso, e mediante l'opposizione impedire che sia compiuto. Quali siano i diritti che alla moglie spettano verso il terzo nel caso di atto fatto in frode sarà esaminato quando ci si intratterrà dei rapporti coi terzi; qui, dove ci si attiene esclusivamente allo esame dei rapporti fra coniugi, basta rilevare che i rapporti che sorgono fra il marito e la comunione per l'atto fatto in frode, sono quelli che sorgono fra mandante e mandatario quando quest'ultimo non esegua il mandato.

38. Il marito quale amministratore della comunione può compiere, come si è veduto, tutti gli atti a titolo oneroso, ma non può punto compiere gli atti a titolo gratuito; l'articolo 1438 cod. civ. in modo espresso dispone che il marito non può, salvo a titolo oneroso, alienare od ipotecare i beni la cui proprietà cade nella comunione (6). La legge non fa divieto per la sola donazione, fa divieto per tutti gli atti a titolo gratuito coi quali i beni della comunione vengono ipotecati od alienati; sicchè il divieto è applicabile non solo alla donazione, ma anche alla remissione del debito, alla fideiussione gratuita o per un corrispettivo che non rappresenta il pericolo, ecc.

Dacchè l'art. 1438 fa divieto al marito di alienare od ipotecare a titolo gratuito i beni la cui proprietà cade nella comunione, si può trarre la conseguenza della assoluta indisponibilità a titolo gratuito dei beni della comunione, in modo che non soltanto il marito ma nemmeno i coniugi di comune accordo possono disporre dei beni stessi (7)? La proibizione esplicita della legge è fatta al marito quale amministratore della comunione, ma nessuna disposizione espressa vi ha nella legge pel caso in cui per l'atto a titolo gratuito vi sia il consenso del marito e della moglie; sicchè in tanto la proibizione potrebbe ritenersi esistente in quanto la si potesse derivare da qualche disposizione proibitiva della legge. Nessuna ragione di ordine pubblico o di salvaguardia dei diritti dei terzi vi è per impedire che la donazione di comune consenso abbia effetto, il contratto matrimoniale per effetto della donazione non resta punto mutato. Si vuole derivare la proibizione dalla disposizione di legge per la quale al solo marito compete l'amministrazione ed il diritto di disporre a titolo oneroso dei beni ap-

(1) Vedi retro, n. 34.

(2) N. 411.

(3) Art. 1720 cod. civ.

(4) Il codice spagnuolo, art. 1413, capov., dispone che tutte le alienazioni e convenzioni fatte in frode ai diritti della moglie non portano nocumento alla moglie ed ai suoi eredi.

(5) Pothier, *Communion*, 467; Rodier et Pont, op. cit., II, n. 876. — Un caso di frode si trova preso in esame dalla Corte di Bruxelles (28 gennaio 1859: *Pasicrisie*, 1859, 1, 235). Un marito affetto da grave malattia aveva alienato i beni della comunione di un valore di lire 5,000, per una rendita vitalizia di annue lire 500, ed era morto entro l'anno. Giustamente in questo contratto la Corte di Bruxelles vide un contratto fatto in frode ai diritti della moglie e sulla istanza di questa lo annullò. Ma non si può elevare a principio giuridico che le alienazioni col corrispettivo di rendita vitalizia sieno contratti fatti in frode della moglie. Se la rendita vitalizia pattuita rappresenta il giusto prezzo dei beni alienati, tenuto conto delle probabilità di vita e di morte di quella persona dalla vita della quale dipende l'obbligazione di pagare la rendita il contratto sarebbe efficace anche in confronto della moglie.

(6) Art. 1413 codice spagnuolo.

(7) Stanno per la negativa Rodière et Pont, op. cit., II, 879; Laurent, op. cit., XXI, 21; Bianchi, op. cit, 422, e altri ancora. Stanno per l'affermativa: Pothier, *Comm.*, 494; Troplong, opera citata, II, 905 e 906; Cassaz. francese, 5 febbraio 1850, 31 luglio 1867, 23 giugno 1869 (Dalloz, *Rec.*, 1850, 1, 97; 1860, 1, 209; 1870, I, 5). Il codice tedesco, § 1446, prima parte, riconosce in modo esplicito la possibilità degli atti a titolo gratuito quando havvi il consenso della moglie. Detto codice riconosce anche il potere del marito di fare da solo le donazioni che hanno per causa un dovere morale od un motivo di convenzione (§ 1446, capov.). Per il codice spagnuolo, art. 1415, il marito può disporre da solo, a titolo gratuito, dei beni comuni a favore dei figli; può inoltre fare dei doni moderati per opere di pietà e di carità.

partenenti alla comunione stessa. Da ciò, a ben guardare, la sola conseguenza che si può derivare si è che la moglie, durante la comunione, non può far atti a titolo oneroso per i beni della comunione stessa: ma qui non si tratta di sapere se la moglie possa o no fare atti a titolo oneroso, si vuol sapere se gli atti per compiere i quali il marito non ha dalla legge mandato, possano essere compiuti dai soci comproprietari della cosa della quale si vuole disporre, da ambedue i coniugi insieme, ed a questa domanda una volta che non esiste alcuna disposizione di legge che espressamente proibisca l'atto a titolo gratuito fatto da ambedue i coniugi, è d'uopo rispondere affermativamente, dal momento che in ogni società quando gli atti che possono essere compiuti dai socii amministratori sono limitati, gli atti eccedenti i limiti del potere degli amministratori, possono essere compiuti dai socii di comune consenso. Del resto è una necessità della comunione dei beni che gli atti a titolo gratuito possano essere compiuti. Quando si tratta di collocare i figli, di dare la dote alle figlie, di dove saranno presi i beni necessari per raggiungere lo scopo? In diritto francese, anche ammessa l'impossibilità di divenire ad atti a titolo gratuito di comune consenso, ciò non offre difficoltà, perchè dall'art. 1438 di quel codice si argomenta la possibilità di trarre i beni necessari dai beni della comunione (1), ma in diritto italiano in qual modo la difficoltà può essere superata, se non si ammette la possibilità degli atti a titolo gratuito, dal momento che non vi è alcuna disposizione simile a quella che esiste nel codice francese? Data l'impossibilità di divenire ad una donazione a favore dei figli, è evidente che sarebbe impossibile ai coniugi di provvedere all'interesse della prole, perchè, anche ammesso che i coniugi avessero beni propri, data l'impossibilità della donazione dei beni della comunione, non potrebbero donare che la nuda proprietà, appartenendo alla comunione il godimento, e colla nuda proprietà non potrebbero i figli provvedere ai loro bisogni immediati, se non a mezzo di operazioni, probabilmente rovinose. La donazione dei beni della comunione per provvedere al collocamento dei figli è una necessità. E se la donazione può avvenire a profitto dei figli, perchè non può avvenire a profitto di estranei? Non è il caso di rispondere che a favore dei figli può avvenire, perchè è una necessità che avvenga, e che non sussiste punto tale necessità per gli estranei, perchè, in mancanza di una disposizione di legge che collochi i figli in posizione diversa dagli estranei, non si può ammettere una distinzione fra persona e persona; questa distinzione poteva essere fatta dalla legge, ma non può essere fatta dall'interprete; moralmente vi può essere ragione di fare distinzione fra figli ed estranei, ma giuridicamente non vi è ragione di fare distinzione di sorta, e però la distinzione non può essere fatta.

Indirettamente non può farsi ciò che direttamente non può essere fatto; con atto simulato non si può ottenere ciò che non può essere ottenuto coll'atto che si simula. Di qui viene che il marito non può fare l'atto a titolo gratuito, tanto se l'atto è simulato sotto la forma di un atto a titolo oneroso (2), quanto se il vantaggio gratuito è solo indiretto: nell'uno e nell'altro caso si è di fronte ad un atto che eccede i poteri del marito.

Quando verrà fatta parola dei rapporti coi terzi verranno studiati gli effetti degli atti a titolo gratuito nei rapporti fra coniugi e terzi: qui non ci si deve occupare che dei rapporti fra coniugi. E nei rapporti fra marito e comunione l'atto a titolo gratuito è un eccesso nel mandato, è un inadempimento delle obbligazioni che al marito incombevano quale amministratore della comunione, e però fra marito e comunione si produrranno gli effetti che dagli eccessi di mandato, dall'inadempimento degli obblighi derivano (3).

I poteri che al marito competono nelle cose della comunione, gli competono quale amministratore della comunione stessa. Colui che dispone per atto di ultima volontà non amministra punto; di qui ne viene che il marito non può con atto di ultima volontà disporre, non solo a titolo gratuito, ma nemmeno a titolo oneroso delle cose della comunione (4), e le disposizioni che venissero fatte sarebbero, ai riguardi della comunione, giuridicamente inesistenti. Quale forza abbiano le disposizioni con atto di ultima volontà delle cose della comunione relativamente ai beneficati od agli eredi del disponente, sarà esaminato quando ci si intratterrà dei rapporti coi terzi.

39. Il marito, come si è veduto, ha una doppia qualità: ha la qualità di amministratore dei beni della comunione e la qualità di amministratore dei beni propri, qualità che sebbene riunite nella stessa persona non possono andare confuse, nella stessa guisa nella quale non possono andare confuse le due qualità di agente per proprio conto e di agente per conto altrui. Atteso ciò, il marito può compiere un atto esclusivamente nel suo interesse personale od esclusivamente nell'interesse della comunione. A parte i rapporti coi terzi, nei rapporti fra coniugi il decidere se un atto sia stato compiuto in una piuttosto che in altra qualità, è questione di fatto da risolversi caso per caso a seconda del risultato delle prove. Questo è certo, che non sarà sufficiente a far ritenere che il marito abbia compiuto un atto piuttosto in una che in altra qualità, la dichiarazione del marito di intervenire nell'atto nell'interesse proprio o nell'interesse della comunione, come può non essere sufficiente il fatto di aver disposto di cose della comunione (5); è sempre sufficiente a far ritenere che il marito abbia compiuto l'atto in qualità di amministratore

(1) Anche pel codice tedesco ciò non offre difficoltà, perchè pel § 1538, comb. col § 1465, la dotazione che il marito promette o fornisce ad un figlio comune sui beni comuni è a carico del marito se la stessa sorpassa la misura corrispondente ai beni comuni. Pel codice spagnuolo, art. 1419, sono a carico della comunione i valori dati o promessi dal marito ai figli comuni, per la sua parte o porzione, o dai due sposi di comune accordo, allorchè non è stato stipulato che questo debito sarà tacitato in tutto od in parte coi beni propri di uno dei congiunti.

(2) Bianchi, op. cit., 421.

(3) Il codice spagnuolo, art. 1413, capov., dispone che l'atto non porterà nocumento nè alla moglie, nè ai suoi eredi.

(4) Il codice spagnuolo, art. 1414, dispone che il marito non può disporre con testamento che della sua metà degli acquisti.

(5) Fu giudicato che il marito, quale capo della società di acquisti, può ipotecare i beni della comunione anche per le obbligazioni contratte in proprio nome (App. Catania, 15 dic. 1893, *Carpentieri Stella c. Nourriat e Bordonaro* (*Giur. Cat.*, 1894, 10). Ciò può valere nei rapporti coi terzi, ma nei rapporti fra coniugi il principio non può essere accolto nei termini assoluti nei quali è formolato. Certamente se il marito ha incontrato a proprio nome un debito per la comunione può ipotecare i beni di questa, ma se il debito fu contratto nel suo esclusivo interesse, l'ipoteca non può essere concessa.

della comunione, l'avere egli acquistato cosa che cade nella comunione, o l'essere stati goduti dalla comunione i benefici derivanti dall'atto.

40. Il marito è libero di far comparire negli atti che egli compie per la comunione anche la moglie, ma questo intervento nulla aggiunge all'atto; l'atto, se compiuto nell'interesse della comunione, resta esclusivamente atto fatto dal marito nell'interesse di questa. Fu giudicato che non vi ha contrarietà d'interesse fra marito e moglie nella obbligazione da loro solidariamente assunta per provvedere ai comuni interessi nella società di acquisti (1). Questa decisione ammette che l'intervento personale della moglie nelle obbligazioni assunte dal marito nell'interesse della comunione, possa causare effetti diversi da quelli che si originerebbero se l'intervento non avesse avuto luogo; principio questo evidentemente erroneo. Non si può in modo indiretto ottenere ciò che direttamente non può essere conseguito. I coniugi non possono mercè l'assunzione di obbligazioni far entrare nel patrimonio della comunione quelle attività che sono esclusivamente di loro appartenenza, e però o si tratta di obbligare attività della comunione, ed allora l'intervento della moglie è inutile; o si tratta di obbligare le cose particolari della moglie, e ciò è giuridicamente impossibile.

41. Il marito è mandatario della comunione; è tenuto però ad eseguire il mandato, ed è responsabile dei danni derivanti tanto dal dolo quanto dalla colpa commessi nell'esercizio del mandato (2). Dal momento che egli è dalla legge incaricato di amministrare la comunione non può fare e disfare ciò che a lui piace, ma deve gerire l'azienda famigliare nell'interesse di chi ha sulla azienda stessa diritto. L'obbligazione di amministrare la comunione nell'interesse della famiglia, sebbene non scritta in apposita disposizione al titolo della comunione od al titolo della società, non per questo la si deve riguardare come inesistente, dipendendo la stessa dai principî relativi al mandato, e di un mandato è il marito incaricato. Ond'è che, se per dolo o colpa cagiona alla comunione un danno, deve risarcire il danno causato. Eguale obbligazione ha la moglie nei casi eccezionali nei quali è essa che amministra; se amministra in seguito a mandato del marito, la sua responsabilità è diretta verso il marito ed indiretta verso la comunione (3).

Per quanto assoluto sia il diritto del marito come amministratore della comunione, questo diritto non è illimitato, perchè, come si vedrà nel capo seguente, la moglie per la cattiva amministrazione della comunione ha diritto di domandare la separazione dei beni (4).

Da questo diritto di richiedere la separazione dei beni per la cattiva amministrazione ne viene che il marito ha quell'obbligo che è addossato ad ogni amministratore, l'obbligo di render conto della gestione della comunione ogniqualvolta la moglie glielo richiede (5). Infatti, se la moglie non avesse diritto di chiedere la resa di conto della amministrazione della comunione tenuta dal marito, essa non avrebbe alcun mezzo giuridico per conoscere lo stato amministrativo della comunione, non avrebbe alcun mezzo per conoscere se è o non è il caso di agire per la tutela dei suoi interessi, chiedendo la separazione dei beni; la mala gestione di un'azienda può risultare in altri modi, ma il modo ordinario dal quale risulta è la resa di conto; è dal conto che si può esattamente conoscere in qual modo l'amministratore si è comportato. Del resto nessuna dispensa dall'obbligo di rendere conto sulla richiesta dell'interessato è fatta al titolo relativo alla comunione, e però sul proposito vanno applicati i principi generali relativi al mandato, mandato del quale il marito è investito una volta che la legge lo dichiara amministratore; la maggiore o minore estensione del mandato ha riguardo agli atti che il mandatario può o non può compiere per conto del mandante, non già all'obbligo della resa di conto.

42. Dal momento che la comunione esiste nel domicilio coniugale, che è il domicilio del marito, la gestione patrimoniale della comunione, qualunque sia il luogo ove gli atti vennero compiuti, si considera aver sempre avuto luogo nel domicilio del marito, e però vanno proposte avanti l'Autorità giudiziaria del luogo ove è domiciliato il marito le azioni dei coniugi, l'uno verso l'altro.

Capo IV. — Scioglimento.

43. Generalità — 44. Morte di uno dei coniugi. — 45. Dichiarazione di assenza. — 46. Separazione personale. — 47. Separazione di beni. — 48. Annullamento del matrimonio contratto in buona fede. — 49. Effetti dello scioglimento della comunione: generalità. — 50. Cessazione del godimento dei beni dei coniugi — 51. Confusione del patrimonio della comunione con quello dei coniugi - mezzi coi quali la moglie od i suoi eredi possono impedire la confusione - rinuncia alla comunione. — 52 Accettazione della comunione col beneficio dell'inventario — 53. Resa di conto da parte dell'amministratore. — 54. Prelevamento delle cose di proprietà di ciascun coniuge — 55. Divisione. — 56. Ristabilimento della comunione.

43. Qualunque società, come può costituirsi, può anche sciogliersi, ed all'art. 1729 la legge determina i fatti i quali producono lo scioglimento della società. Senonchè, adottato il sistema di togliere all'arbitrio dei coniugi la facoltà di regolare i rapporti patrimoniali dopochè il matrimonio è stato celebrato, non poteva il legislatore lasciare la comunione dei beni sottoposta alle cause di scioglimento che valgono per le società civili in genere; doveva necessariamente dare per la comunione dei beni regole diverse da quelle date per le altre società, regole ispirate al concetto della stabilità dei rapporti patrimoniali fra coniugi quali fissati dal contratto matrimoniale fino a che permangono quelle condizioni di fatto che sono un presupposto della comunione, ed al concetto della protezione degli interessi di ciascuno dei coniugi.

Ed è ciò che il legislatore ha fatto: all'art. 1441 si trovano speciali disposizioni relativamente allo scioglimento della comunione (6).

(1) App. Catania, decisione citata alla nota precedente.
(2) Art. 1745 e 1746 cod. civ.
(3) Art. 1748, parte prima e capov., cod. civ.
(4) Bianchi, op. cit., 418.
(5) Ricci, op. cit., VII, 87. — Contro: Bianchi, op. cit., 414.
(6) Speciali disposizioni relativamente ai casi nei quali la comunione è sciolta si trovano anche nel codice spagnuolo. La comunione è sciolta nel caso di dissoluzione del matrimonio o di dichiarazione della sua nullità (art. 1417). È sciolta anche se il marito o la moglie ne fanno domanda nel caso in cui il coniuge dell'attore è stato condannato ad una pena che ha per effetto l'interdizione legale, od allorquando è stato dichiarato assente, od allorchè è stata per sua colpa pronunciata la separazione personale (art. 1471, capov. 2°, e 1433). Molto più numerosi sono i casi nei quali la comunione è sciolta per il codice tedesco. Per questo codice la donna può chiedere lo scioglimento della comu-

Comincia l'art. 1441 colle parole: « la comunione non si può sciogliere ... »: dunque nessun'altra causa di scioglimento vi è oltre quella dalla legge determinata; le espressioni imperative della legge non ammettono dubbi sulla intenzione del legislatore di tassativamente stabilire le cause per le quali la comunione si scioglie (1). E però la comunione non si potrebbe sciogliere di mutuo consenso dei coniugi, per l'espiro del tempo per cui fu contratta, per la interdizione, per la non solvenza e per il fallimento di uno dei coniugi, per la volontà espressa da uno dei coniugi di non voler continuare la comunione: queste sono cause che danno luogo allo scioglimento della società civile non allo scioglimento della comunione dei beni, dal momento che dalla legge al titolo della comunione, quando si parla dello scioglimento, le stesse non vengono menzionate.

Se « la comunione non si può sciogliere », parrebbe che la stessa si potesse anche non sciogliere sebbene si fosse avverata una delle cause di scioglimento; parrebbe che fosse in arbitrio delle parti di lasciar continuare la comunione. Male, però, si interpreterebbe la legge se così venisse intesa; pella legislazione italiana le cause di scioglimento della comunione operano di pien diritto (2). L'esame dei singoli casi nei quali si verifica lo scioglimento dimostrerà la verità di questo principio; in questo luogo è sufficiente enunciare il principio stesso.

La comunione non può sciogliersi che nel luogo ove esiste al momento del fatto che dà luogo allo scioglimento, e siccome la comunione esiste nel luogo del domicilio del marito (3), così nel luogo ove è domiciliato il marito al momento in cui tal fatto si verifica avviene lo scioglimento (4), e però si propongono avanti l'autorità giudiziaria di questo luogo l'azione per far dichiarare giudizialmente sciolta la comunione, qualunque azione fra coniugi, anche dopo lo scioglimento e la liquidazione della comunione, per la divisione e per le obbligazioni che da essa derivano quando proposta entro un biennio dalla divisione (5). La comunione può essersi sciolta all'estero; in tal caso è d'uopo applicare per analogia il disposto del capoverso dell'art. 94 cod. proc. civ., e però le azioni delle quali si è fatta parola, in tal caso, si propongono avanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui è posta la maggior parte dei beni immobili o mobili della comunione, o, in difetto, davanti l'Autorità giudiziaria del luogo ove il convenuto ha domicilio o residenza.

44. La prima causa di scioglimento della comunione menzionata dall'art. 1441 cod. civ. è la morte di uno dei coniugi. Infatti, se la società non può esistere se non vi sono più persone, se la società è composta, come lo è la comunione di beni, soltanto di due persone, con la morte di una di esse deve necessariamente rimanere sciolta. Questo, che è un motivo di scioglimento di qualunque società (6), deve necessariamente essere un motivo di scioglimento anche della comunione dei beni, scioglimento che deve avvenire di pieno diritto dal momento che la comunione dei beni è una società per la quale i due soci devono essere coniugi (7). Morto dunque uno dei coniugi possono originarsi fra il superstite e gli eredi del defunto, rapporti di comunione ordinaria, anche, se del caso, rapporti di società ordinaria, ma giammai rapporti di comunione di beni (8). Il patto per il quale fra coniugi nel contratto di comunione si fosse convenuto che la comunione dovesse continuare fra il superstite e gli eredi del defunto, patto che a termini dell'art. 1732 cod. civ. è efficace nel contratto di società, non avrebbe alcun valore nel contratto di comunione dei beni, perchè gli eredi del coniuge non sono il coniuge, e solo fra coniugi è possibile la comunione; non sarebbe efficace a far sorgere un rapporto di società ordinaria fra il superstite e gli eredi del defunto, perchè, essendo il contratto di comunione dei beni un contratto matrimoniale, i suoi effetti sono necessariamente limitati a regolare la società coniugale relativamente ai beni, ed il fatto che la comunione dovesse continuare come società ordinaria fra il superstite e gli eredi del premorto eccederebbe tale scopo, che, come si è fatto notare, è di essenza del contratto di matrimonio, contratto del quale quello di comunione dei beni è una delle specie.

45. La seconda delle cause enunciate dall'articolo 1441 fra quelle che danno luogo allo scioglimento della comunione è la dichiarazione di assenza di uno dei coniugi. Il coniuge dichiarato assente non contribuisce più con l'opera

---

nione allorchè la condotta del marito fa nascere il pericolo che i diritti della moglie siano lesi al punto che i suoi beni dotalizi siano gravemente compromessi, od allorchè il diritto della moglie di farsi rimborsare del valore delle cose consumabili è posto gravemente in pericolo (§ 1542, prima parte, 1418, n. 1, 1391); allorchè il marito è interdetto (§ 1542 prima parte, 1418, n. 3); allorchè il marito è stato posto sotto curatela pei suoi affari patrimoniali (§ 1542, prima parte, 1418, n. 4); allorchè è stato nominato un curatore al marito assente e non può essere preveduto che detta curatela cesserà in tempo prossimo (§ 1542, prima parte, 1418, n. 5); allorchè il marito ha fatto, senza il consenso della moglie, uno di quegli atti che senza il consenso della stessa o del tribunale di tutela non possono esser fatti, e che havvi ragione di temere per l'avvenire un grave pericolo dei diritti della moglie (§ 1542, prima parte, 1468, n. 1); allorchè il marito impoverisce la comunione allo scopo di nuocere alla moglie (§ 1542, prima parte, 1468, n. 2); allorchè il marito ha violato la sua obbligazione di fornire gli alimenti alla moglie od ai discendenti comuni, e che vi ha luogo a temere per l'avvenire un pericolo grave per tale corresponsione (§ 1542, prima parte, 1468, n. 3); allorchè il marito è stato interdetto per prodigalità; o per prodigalità pone gravemente in pericolo i beni comuni (§ 1542, parte prima, 1468, n. 4); allorchè i beni comuni, per effetto di obbligazioni assunte dal marito, sono oberati a tal punto che i guadagni ulteriori della moglie sono posti gravemente in pericolo (§ 1542, prima parte, 1468, n. 5). Il marito può chiedere lo scioglimento della comunione allorquando per effetto di obbligazioni della moglie che nei rapporti fra sposi non sono a carico dei beni comuni, questi sono oberati al punto che i guadagni ulteriori del marito sono gravemente in pericolo (§ 1542, prima parte, 1469). La comunione di acquisti termina allorchè la dichiarazione di fallimento del marito ha acquistato autorità di cosa giudicata (§ 1543), ed al momento che si reputa quello della morte (§ 1544).

(1) Bianchi, op. cit., 427. Vedi retro, n. 16.

(2) Come si è veduto nella nota anteriore alle precedenti, pel codice tedesco in quella vece vi sono molti casi nei quali lo scioglimento della comunione deve essere richiesto.

(3) Vedi retro, n. 9.

(4) Confr. art. 923 cod. civ.

(5) Art. 96 cod. proc. civ.

(6) Art. 1729, n. 3, cod. civ.

(7) Bianchi, op. cit. 428.

(8) Il codice tedesco nel caso di comunione universale dei beni ammette la combinazione della comunione, la successione alla comunità (*Beerbte Ehe*) fra il sopravvivente ed i discendenti comuni (§ 1483 e segg.), ma a questo istituto non si riporta là dove parla della comunione degli acquisti, e però l'istituto stesso non trova applicazione a questa comunione.

sua agli acquisti: sarebbe ingiusto che egli od i suoi eredi, presunti od effettivi, potessero trar profitto dal godimento dei beni del coniuge presente e dagli acquisti dovuti esclusivamente a questi. Non godendo l'assente i beni, nè avendo diritto agli acquisti del coniuge presente, sarebbe ingiusto che questi godesse dei beni dell'assente a pregiudizio dell'assente stesso o degli eredi effettivi o presunti. Nel tempo stesso gli effetti che dalla dichiarazione di assenza possono originarsi impediscono al coniuge presente di poter godere dei beni del coniuge defunto. Infatti alla dichiarazione di assenza può susseguire l'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, immissione che dà agli immessi il diritto di godere entro certi limiti dei beni dell'assente; se sono gli immessi in possesso che hanno diritto di godere dei beni dell'assente, non può averne il godimento il coniuge. La dichiarazione di assenza doveva dunque formare, come formò, una delle cause per le quali a termini di legge la comunione resta sciolta.

Nel caso di dichiarazione di assenza lo scioglimento della comunione avviene indipendentemente dalla avvenuta o non avvenuta immissione in possesso; l'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente è un effetto della dichiarazione di assenza, che gli interessati, colla loro domanda al tribunale, chiedono sia prodotta; la decretata immissione in possesso è un atto assolutamente distinto dalla dichiarazione di assenza, alla quale la legge riconosce forza di produrre lo scioglimento della comunione. Se il coniuge dichiarato assente non ha beni propri, se nessun acquisto fu fatto dalla comunione, evidentemente manca l'interesse di chiedere l'immissione nel possesso di beni che non esistono punto, e nonpertanto sarebbe ingiusto che l'assente od i suoi eredi effettivi o presunti si arricchissero della metà del godimento dei beni del coniuge presente e della metà degli acquisti dovuti esclusivamente all'opera del coniuge stesso.

Se la ragione per la quale nel caso di dichiarazione di assenza la comunione è sciolta sta nella necessità di evitare l'ingiusto arricchimento, la dichiarazione di assenza deve operare di diritto lo scioglimento della comunione (1); non può essere nell'arbitrio del coniuge presente di continuare nel godimento dei beni del coniuge assente, o degli eredi dell'assente di continuare nel godimento dei beni e nel far propria metà degli acquisti del presente, non presentando domanda per far dichiarare sciolta la comunione.

La dichiarazione di assenza retrotrae gli effetti ai riguardi della comunione al giorno al quale datano le ultime notizie dell'assente. Questa è una conseguenza del principio che niuno è ammesso a reclamare un diritto in nome di persona di cui si ignori la esistenza, se non prova che essa esisteva quando quel diritto è nato (2). Il coniuge che reclama il godimento dei beni dell'assente reclama un diritto in nome di persona di cui si ignora la esistenza, perchè a questa persona in tanto competeva il godimento dei suoi beni, e però alla comunione competeva tal diritto in suo nome, in quanto essa esisteva al momento in cui il godimento doveva avvenire. Gli eredi presunti dell'assente che reclamano per la comunione il godimento dei beni e la proprietà degli acquisti del coniuge presente, reclamano il diritto in nome del coniuge di cui si ignora l'esistenza. Si è sempre nei termini dell'art. 42 cod. civ. E siccome la prova della esistenza della persona la si ha nelle ultime notizie ricevute. così è alle ultime notizie che gli effetti della dichiarazione di assenza si devono retrotrarre.

Per l'art. 33 cod. civ., se il dichiarato assente ritorna o viene provata la sua esistenza cessano gli effetti della dichiarazione di assenza. Ma non cessano gli effetti della dichiarazione di assenza relativamente allo scioglimento della comunione (3); se ciò non risulta da un testo espresso della legge, risulta evidente però dal complesso delle disposizioni. Il legislatore stabilisce le cause di scioglimento della comunione, e, come si vedrà più innanzi, prevede anche il caso di ristabilimento della comunione (4); fra i modi coi quali la comunione si ristabilisce non enumera il ritorno dell'assente, ed anzi ha una disposizione che in generale prevede tutti i casi nei quali la comunione è sciolta, ad eccezione del caso di morte dei coniugi. Se fosse stato suo intendimento che col ritorno dell'assente la comunione si ristabilisse di diritto, lo avrebbe detto, tanto più che vi sarebbe stato d'uopo di apposite norme per regolare i rapporti coi terzi sorti nell'intervallo fra la dichiarazione di assenza ed il ritorno dell'assente, rapporti i quali non trovano al titolo della assenza nessuna norma che li possa regolare.

46. Con la separazione personale l'art. 1441 cod. civ. stabilisce che si sciolga la comunione. Infatti, cessata la comunanza di vita fra coniugi, cessa la loro cooperazione agli acquisti, e però cessa la ragione della comunione, nel tempo stesso che, dovendo ormai ciascuno dei coniugi regolare da sè la propria economia, ha d'uopo di aver liberi a propria disposizione i frutti dei suoi beni ed i prodotti della sua industria. Non qualunque separazione personale dei coniugi produce lo scioglimento della comunione, ma a termini dell'articolo 1441 è la sola separazione personale definitiva che produce tale effetto. Ond'è che non produce lo scioglimento della comunione la separazione di fatto fra coniugi, come non la produce nemmeno la separazione giudiziale, se non è passata in giudicato la sentenza che ammise la separazione, e la separazione consensuale se la stessa non è stata omologata dal tribunale; perchè solo col passaggio in giudicato della sentenza, colla omologazione della separazione consensuale la separazione è definitiva (5). Dal momento che è la separazione coniugale definitiva che produce lo scioglimento della comunione, gli effetti della separazione stessa relativamente alla comunione non si retrotraggono alla domanda od alla prestazione del consenso per la separazione, perchè allora la cessazione della comunione non si fonderebbe sulla separazione definitiva, ma sulla introduzione della domanda di separazione, sulla prova del consenso da parte dei coniugi di vivere separati. Dal momento che il motivo per il quale la separazione produce lo scioglimento della comunione quello si è che alla separazione la ragione della sussistenza della comunione è cessata, anche questa causa deve operare di pien diritto (6), e non possono i coniugi convenire che ad onta dello stato di separazione coniugale continui fra loro la comunione dei beni.

47. Per quanto grande sia l'interesse pubblico ad impedire che il contratto matrimoniale sia mutato avanti il matrimonio, questo interesse non può arrivare fino al punto da co-

(1) Bianchi, op. cit., 429.
(2) Art. 42 cod. civ.
(3) Per il cod. ted., § 1547, 1ª p., il coniuge dichiarato morto, sebbene vivo, ha diritto di chiedere il ristabilimento della comunione.
(4) Art. 1443 cod. civ.
(5) Bianchi, op. cit., 432.
(6) Borsari, op. cit., § 3468; Bianchi, op. cit., 432

stringere la moglie a restare impassibile spettatrice degli effetti rovinosi che l'incapacità o la colpa del marito possono cagionarle. Ond'è che in materia di dote l'art. 1418 ha disposto che la moglie possa domandare la separazione della dote dai beni del marito quando sia in pericolo di perderla, o quando il disordine degli affari del marito lasci temere che i beni di lui non siano sufficienti per soddisfare i diritti della moglie. Un istituto analogo a questo del regime dotale doveva essere incluso anche nel regime della comunione dei beni, perchè anche nel regime della comunione dei beni possono verificarsi a danno della moglie quei pericoli, ad ovviare ai quali è diretto l'istituto della separazione della dote dai beni del marito. Ma, per quanto i due istituti potessero presentare delle analogie, non potevano essere regolati dalle stesse norme, dovevano essere due istituti diversi. Nel regime dotale si provvede sufficientemente agli interessi della moglie quando si prende la dote od il suo valore e la si separa dagli altri beni del marito dandola alla moglie in amministrazione e conservando alla stessa il suo carattere di dote; ma nel regime della comunione non è possibile prendere tutto ciò che forma l'attivo della comunione e darlo in amministrazione alla moglie, senza sovvertire i rapporti personali fra coniugi, senza far passare la qualità di capo della famiglia dal marito alla moglie, senza sottoporre il marito, per ciò che concerne il patrimonio, alla tutela della moglie. Nel sistema della comunione, se non si vuole andar incontro a questi inconvenienti, non vi è che un mezzo per provvedere all'interesse della moglie, non si può che sciogliere la comunione, e separare, così, i beni della moglie da quelli del marito. Ond'è che, se nel regime dotale si può avere una separazione della dote dai beni del marito, nel regime della comunione non si può avere che una separazione di beni (1). Ed infatti il legislatore nell'articolo 1441 del cod. civ. dispone che la comunione si scioglie per la separazione giudiziale dei beni.

La legge determina le cause per le quali la separazione giudiziale dei beni può essere domandata. Ma tale determinazione è tassativa: tutto ciò che concerne lo scioglimento della comunione è di rigore; non si possono ammettere, come già si fece notare (2), altre cause di scioglimento diverse da quelle dalla legge determinate, e però non si possono ammettere altre cause di separazione dei beni diverse da quelle dalla legge previste.

Le cause di separazione dei beni dalla legge previste sono due. La prima è la cattiva amministrazione della comunione: la legge non ha riguardo alle cause dalle quali la cattiva amministrazione proviene, non distingue le cause colpevoli dalle non colpevoli, non guarda che all'effetto, alla cattiva amministrazione, dal momento che gli interessi della moglie non sono meno posti in pericolo da una cattiva amministrazione non colpevole, da quello che lo sieno da una colpevole cattiva amministrazione. Ond'è che, quando la cattiva amministrazione obiettivamente esiste, vi è sempre nella moglie il diritto di chiedere la separazione dei beni. La seconda delle cause per le quali è ammessa la separazione dei beni si è un disordine tale negli affari del marito che gli interessi della moglie sieno messi in pericolo.

Per l'art. 1442, capoverso, del codice civile alla separazione dei beni sono applicabili alcune disposizioni che valgono per la separazione della dote dai beni del marito, e che sono nel capoverso stesso richiamate.

La prima delle disposizioni richiamate dal capoverso dell'art. 1442 cod. civ. è l'art. 1418. L'art. 1418 comincia con lo stabilire che la separazione della dote dai beni del marito non può domandarsi se non giudizialmente. Non vi è alcuna ragione per non applicare questo disposto di legge anche alla separazione dei beni. Infatti, se fosse permesso ai coniugi constatare contrattualmente la cattiva amministrazione, il disordine negli affari del marito, sarebbe in loro arbitrio sciogliere la comunione, facendo apparire esistente una causa di separazione di beni che non esiste punto; tanto sarebbe permettere senz'altro lo scioglimento della comunione per comune consenso. L'art. 1418 stabilisce anche che la separazione può essere domandata soltanto dalla moglie. Anche in questa parte l'art. 1418 riceve applicazione: il marito non ha interesse a chiedere la separazione dei beni, l'interesse è solo della moglie e però ad essa soltanto può competere l'azione. Di qui ne viene che il marito non può domandare la separazione dei beni, anche se la moglie avesse gerita di fatto l'azienda comune e la avesse gerita malamente; anche se, essendo la moglie commerciante, il disordine negli affari suoi fosse tale da mettere in pericolo gli interessi del marito per quella corresponsabilità che egli, fino alla concorrenza degli utili della comunione, ha per le obbligazioni contratte dalla moglie (3). Prosegue l'art. 1418 del cod. civ. ad enumerare le cause per le quali si può domandare la separazione, ma evidentemente in questa parte l'art. 1418 non è applicabile alla comunione, dal momento che l'art. 1442 ha enumerate le cause per le quali quando havvi comunione la separazione dei beni può essere chiesta. Il primo capoverso dell'art. 1418 dispone che la separazione della dote dai beni del marito può esser domandata dalla moglie che abbia ottenuto sentenza di separazione personale contro il marito; ma tale capoverso è inapplicabile alla comunione, dal momento che l'art. 1441 stabilisce gli effetti della separazione personale a riguardo della comunione dei beni. Se la separazione dei beni non può domandarsi se non giudizialmente, ne viene per conseguenza che la separazione stragiudiziale deve esser nulla: il secondo capoverso dell'articolo 1418 che dispone « ogni separazione stragiudiziale è nulla » è dunque applicabile anche alla separazione dei beni. Ond'è che l'art. 1418, richiamato dall'art. 1442, nella sua applicazione alla comunione suona: « la separazione dei beni non può domandarsi se non giudizialmente dalla moglie: ogni separazione stragiudiziale è nulla ».

L'art. 1442, capoverso, del cod. civ., richiama l'art. 1420; e però la sentenza che pronuncia la separazione è retroattiva al giorno della domanda (4), le spese del giudizio di separa-

(1) Il legislatore adopera il nome *separazione di beni* anche riferendosi al regime dotale (vedi articolo 1424, prima parte, codice civile, 19 codice di commercio); essendo però i due istituti diversi, è meglio distinguerli anche con un nome diverso.

(2) Vedi retro, n. 43.

(3) Per il codice tedesco, § 1542, 1469, come si è veduto anche il marito può chiedere lo scioglimento della comunione allorquando per effetto delle obbligazioni della moglie, che nei rapporti fra sposi non sono a carico dei beni comuni, questi non sono talmente oberati che i guadagni ulteriori del marito sono posti gravemente in pericolo.

(4) Art. 1420, prima parte, cod. civ.; Bianchi, op. cit., 439. Per il codice tedesco, § 1542, capov., in quella vece la dissoluzione della comunione ha luogo allorchè la sentenza è passata in cosa giudicata.

zione sono a carico del marito (1). Il capoverso dell'articolo 1420 pone a carico del marito anche le spese di pagamento; ciò è una applicazione del principio contenuto nello articolo 1250 del cod. civ.; il marito è debitore della dote che viene separata dai suoi beni, le spese del pagamento della dote stessa devono essere a suo carico. Ma se di pagamento può parlarsi in materia di separazione di dote, dovendo il marito restituire quanto ha ricevuto, non può parlarsi in materia di separazione di beni; sciolta la comunione dei beni, non si paga, si divide l'attivo ed il passivo dalla comunione stessa; e siccome le spese di divisione sono fatte nell'interesse di ambedue i comunisti, così devono essere sopportate da ambedue.

Il capoverso dell'art. 1442 richiama anche l'art. 1421, ma di questo richiamo ci si occuperà a luogo più opportuno.

Fra le disposizioni della sezione relative alla separazione della dote che il capoverso dell'art. 1442 del cod. civ. non richiama, vi è l'art. 1419, il quale stabilisce che la separazione della dote pronunciata dalla autorità giudiziaria rimane senza effetto, quando fra sessanta giorni successivi alla sentenza non sia stata eseguita mediante atto pubblico col reale soddisfacimento dei diritti spettanti alla moglie fino alla concorrenza dei beni del marito, od almeno nel detto termine la moglie non abbia proposta o proseguita la relativa istanza (2). La ragione dell'art. 1419 si è che la sentenza che ordina la separazione della dote, se non è eseguita, è un atto inutile, e che per ovviare ai danni che possono derivarne ai terzi, è opportuno stabilire un congruo termine, scorso il quale la sentenza sia, di pieno diritto, senza effetto di sorta. Questa ragione, che esiste in materia di separazione di dote, non esiste in materia di separazione di beni; la sentenza che pronuncia la separazione dei beni, sciogliendo di pieno diritto la comunione, non è un atto inutile; produce di per sè gli effetti che allo scioglimento della comunione sono propri, può essere anzi, attese le condizioni patrimoniali dei coniugi e della comunione, il solo atto possibile. Il legislatore, che in tema di separazione di beni non ha richiamato l'art. 1419, non merita dunque le censure che gli sono fatte dal Bianchi (3); l'omissione è una conseguenza della diversità che corre fra il regime dotale ed il regime della comunione, fra la separazione della dote e la separazione dei beni.

Dal momento che la separazione della dote dai beni del marito e la separazione dei beni sono due istituti distinti, se vi siano costituzione di dote e comunione di beni la sentenza che ordina una delle separazioni non porta come conseguenza che deve avvenire anche l'altra; e però ordinata la separazione della dote non è per ciò solo sciolta la comunione, ordinata la separazione dei beni, non per questo la dote deve essere separata.

48. Si è veduto (4) che l'annullamento del matrimonio produce l'annullamento del contratto matrimoniale. Ma, dal momento che il matrimonio contratto in buona fede produce gli effetti civili nei rapporti dei coniugi fra loro, e che quelli derivanti dalla comunione dei beni sono effetti civili; l'annullamento di un tale matrimonio dà origine ad uno stato di cose analogo a quello che si origina collo scioglimento della comunione, e si produrranno gli effetti tutti che allo scioglimento della comunione sono propri (5).

49. Lo scioglimento della comunione deve portare necessariamente degli effetti sia nei rapporti dei coniugi fra loro sia relativamente ai rapporti coi terzi. Di questi ultimi effetti ci si occuperà quando verrà parola dei rapporti coi terzi: qui non ci si deve occupare che degli effetti che si producono fra coniugi in rapporto allo scioglimento della comunione.

In una società civile allo scioglimento della stessa la posizione dei soci è eguale. Ma nella comunione dei beni questa eguaglianza sarebbe stata una ingiustizia. I rapporti dei coniugi fra loro sono tali che non sempre, ed anzi di rado, la moglie è nella possibilità di provvedere ai propri interessi come lo è un socio qualunque; per disposizione di legge il marito è amministratore della comunione con facoltà amplissime; si è veduto che ad eccezione degli atti a titolo gratuito qualunque atto può da lui esser compiuto per conto della comunione. Pareggiare dunque nel caso di scioglimento della comunione la posizione della moglie di fronte al marito a quella di un socio di fronte al suo consocio, sarebbe stata una ingiustizia: per disposizione di legge è ineguale la posizione dei coniugi durante la comunione, ineguale deve essere nel caso di scioglimento. (6) Quali sieno le ineguaglianze stabilite dalla legge sarà esposto nello esame dei singoli effetti dello scioglimento: qui basta avere accennato al criterio generale al quale sono ispirate le disposizioni della legge.

50. Nella comunione cade il godimento dei beni dei coniugi; il primo effetto prodotto dallo scioglimento della comunione quello deve essere della cessazione da parte della comunione di tale diritto: non esistendo più l'ente al quale il diritto spettava deve necessariamente estinguersi il diritto, ed estinguendosi il diritto di godimento, il proprietario deve rientrare nel pieno esercizio del diritto di proprietà. Ond'è che sciolta la comunione ognuno dei coniugi rientra di pien diritto nel godimento dei suoi beni particolari e fa propri i prodotti della sua industria. Se dalla comunione erano goduti i beni immobili, il coniuge proprietario dei beni stessi rientra di pien diritto nell'esercizio del diritto di proprietà degli stessi, e se fossero detenuti dall'altro coniuge ha diritto al rilascio (7); se sono mobili non può esercitare i suoi diritti che secondo le norme che saranno dettate in appresso. Ove, dopochè la comunione è rimasta sciolta, i suoi beni siano stati goduti da altri, egli ha diritto alla restituzione dei frutti che sono stati percetti dal giorno in cui lo scioglimento ebbe luogo.

(1) Art. 1420, capov., cod. civ.

(2) Nella sezione relativa allo scioglimento della comunione il codice francese ha l'art. 1444 eguale all'art. 1419 del codice italiano. Medesimamente il codice delle Due Sicilie (art. 1408). Del codice albertino in tema di separazione di dote l'art. 1548 disponeva che il tribunale colla sentenza che pronunzia la separazione doveva ordinare il reale assegnamento dei beni; ma l'articolo 1582, che corrisponde all'art. 1442 del codice italiano, non richiama l'art. 1548.

(3) N. 428.

(4) Vedi retro, n. 20.

(5) Il codice spagnuolo, art. 1417, prima parte, per l'annullamento del matrimonio fa una distinzione fra il matrimonio contratto in buonafede da quello contratto in malafede. Ed a termini del capov. 1° dell'art. stesso lo sposo per a sua malafede è stato la causa della nullità, non ha diritto alla porzione di acquisti che gli sarebbe spettata.

(6) Per i codici spagnuolo e tedesco la posizione dei coniugi è eguale.

(7) Confr. art. 1445 cod. civ.

51. Il secondo effetto dello scioglimento della comunione quello si è, che il patrimonio della comunione, per la parte che a ciascun coniuge spetta, si confonde col patrimonio particolare dei coniugi stessi. Questa confusione si effettua di pien diritto; la moglie però per la sua quota può impedirla coll'uso dei diritti che le sono accordati dall'articolo 1444 codice civile, colla rinuncia cioè alla comunione, o colla accettazione della stessa col beneficio dell'inventario (1). È qui appunto che si fa sentire, principalmente, l'ineguaglianza della posizione giuridica dei due coniugi a comunione sciolta: essendo la amministrazione della comunione affidata per legge al solo marito, la legge non credette punto di rendere la moglie illimitatamente irresponsabile degli atti del marito che essa non aveva alcun potere di impedire.

Dopo lo scioglimento della comunione la moglie ed i suoi eredi hanno sempre la facoltà di rinunciare alla comunione o di accettarla col beneficio dell'inventario, conformandosi a quanto viene stabilito per la rinuncia alla eredità o per l'accettazione della medesima col beneficio dell'inventario, nel capo *delle disposizioni comuni alla successione* ecc., e sotto le pene ivi comminate. La legge dice che hanno *sempre* tale facoltà; dunque la hanno tanto nel caso in cui l'amministrazione sia stata tenuta dal marito, quanto nel caso in cui sia stata tenuta dalla moglie, anche in quei casi nei quali la moglie è per legge investita della qualità di amministratrice. Ciò può parere a prima vista contrario al motivo per il quale la legge ha fatto una differente posizione alla moglie, senonchè, a parte le ragioni che furono esposte in altri luoghi (2), a ben guardare non ne è che l'applicazione. Perchè è ben difficile il caso in cui la moglie assuma fin dall'inizio della comunione l'amministrazione della stessa; per un lasso di tempo più o meno lungo, in via normale, il marito deve aver tenuto l'amministrazione, sicchè al momento in cui la moglie diviene amministratrice, la posizione può essere già pregiudicata dal marito; negandole anche in questi casi la facoltà di rinunciare o di accettare la comunione col beneficio dell'inventario si verrebbe a rendere la moglie illimitatamente responsabile per atti che essa non aveva alcun potere di impedire. La legge parla di *erede*, ma evidentemente la disposizione va applicata anche al legatario dei diritti della moglie alla comunione: i diritti della moglie sulla comunione formano un oggetto particolare del suo patrimonio, oggetto particolare composto di attività e di passività; può dunque essere oggetto di legato, ed il legatario che colle attività ha anche le passività (3), non può essere privato del diritto che competeva al suo autore. Il diritto di rinuncia o di accettazione col beneficio dell'inventario è un diritto dalla legge attribuito ad uno dei coniugi; a termini dell'articolo 1379 codice civile a questo diritto non può essere rinunziato nel contratto matrimoniale, ed attesa l'immutabilità del contratto matrimoniale, con atto posteriore; ad onta della fatta rinunzia la moglie ed i suoi eredi, avvenuto lo scioglimento della comunione, potrebbero sempre esercitare il diritto.

Della rinunzia alla eredità e della accettazione della stessa col beneficio dell'inventario la legge si occupa nei paragrafi secondo e terzo della sezione seconda, capo terzo, titolo secondo, libro terzo, capo terzo; che porta per intestazione *delle disposizioni comuni alle successioni*, ecc. — E non solo il capo terzo, ma la stessa sezione seconda di questo capo si occupa di altre materie, oltre quelle esclusivamente proprie alla rinuncia e alla accettazione col beneficio dell'inventario. Una volta che la legge non si limita a richiamare al titolo della comunione le disposizioni dei paragrafi secondo e terzo sopraindicati, ma richiama le disposizioni dell'intero capo, uopo è conchiudere che dalla legge sono richiamate, come applicabili alla comunione, tutte le disposizioni del capo terzo, che colla rinunzia alla eredità e alla accettazione della stessa col beneficio dell'inventario hanno relazione.

Dal momento che la moglie ha facoltà di rinunziare alla comunione uniformandosi a quanto viene stabilito per la rinunzia alla eredità nel capo *delle disposizioni comuni*, ecc., la rinunzia alla comunione non può farsi dopochè la stessa sia stata espressamente o tacimente accettata, salvo che l'accettazione sia stata la conseguenza della violenza o del dolo (4). Se non si verifica alcuno dei fatti ai quali la legge attribuisce l'effetto di accettazione, accettazione non vi ha, ond' è che un contegno puramente passivo della moglie non induce accettazione. Se però chi ha interesse verso la comunione chiama in giudizio la moglie per costringerla a dichiarare se accetta o rinunzia alla comunione, l'Autorità giudiziaria stabilirà un termine per tale dichiarazione, decorso il quale senza che la dichiarazione sia stata fatta, la comunione s'intenda ripudiata (5). Se la moglie si trova nel possesso reale dei beni della comunione perde il diritto di rinunziarvi decorsi tre mesi dallo scioglimento della comunione, se non si è conformata alle disposizioni circa il beneficio dell'inventario, ed è reputato aver fatta l'accettazione puramente e semplicemente, ancorchè opponesse di possedere ad altro titolo (6). Si deve trovare nel possesso reale delle cose della comunione, che se in seguito all'avvenuto scioglimento si immettesse nel possesso delle cose la proprietà delle quali non è passata nella comunione, e sulle quali alla comunione non competeva che il solo godimento in natura, non si troverebbe nel possesso reale di cui parla l'art. 952 del codice civile; possederebbe cose proprie non cose comuni. Ma possederebbe cose della comunione se possedesse quelle stesse cose materiali che le appartenevano prima della comunione, se le cose stesse sono cose che si consumano coll'uso o che conservandole si deteriorano, perchè essendo tali cose passate in proprietà della comunione non sono però cose particolari della moglie. La moglie che ha sottratti o nascosti effetti spettanti alla comunione decade dalla facoltà di rinunciarvi ed è considerata come se l'avesse accettata puramente e semplicemente, non ostante la sua rinunzia (7).

(1) Art. 1444 cod. civile. Per il codice francese non è ammessa l'accettazione col beneficio dell'inventario, ma o l'accettazione pura e semplice o la rinunzia (articolo 1453). Lo stesso per il codice delle Due Sicilie (art. 1418) e per il codice feliciano (art. 193). È nel codice albertino (art. 1584) che viene fatta per la prima volta parola della accettazione col beneficio dell'inventario, e ciò per una evoluzione delle disposizioni del codice francese (art. 1457), del codice delle Due Sicilie (art. 1421) e del codice feliciano (articolo 194), per le quali alla moglie che voleva conservare la facoltà di rinunziare alla comunione, veniva fatto obbligo, prima di deliberare sulla rinunzia, di erogare inventario.

(2) Vedi retro, nn. 35 e 36.

(3) Art. 878, prima parte, cod. civ.

(4) Art. 912, prima parte, cod. civ.

(5) Art. 951 cod. civ.

(6) Art. 952 cod. civ.

(7) Art. 953 cod. civ.

Per l'articolo 938 del codice civile, la rinunzia fatta da un coerede non induce accettazione di eredità quando sia fatta gratuitamente a tutti quei coeredi legittimi o testamentari ai quali si sarebbe devoluta la porzione del rinunziante in caso di sua mancanza; dal che si argomenta che la rinuncia fatta a qualunque persona diversa, o fatta a titolo oneroso ai coeredi od ai terzi induce accettazione. In applicazione di questi principî non induce accettazione della comunione la rinunzia fatta gratuitamente al marito, cui, come si vedrà in seguito, nel caso di rinunzia della moglie viene devoluta di pien diritto la porzione di questa, ma induce accettazione la rinunzia fatta a titolo oneroso al marito, e la rinunzia fatta ai terzi a titolo oneroso o gratuito? Evidentemente si: la rinunzia a titolo oneroso al marito o la rinuncia a titolo oneroso o gratuito a favore di terzi è un atto di disposizione della comunione, che in tanto può esser fatto in quanto si sia comunista; l'atto stesso è un riconoscimento della propria qualità di comunista e però è un atto di accettazione tacita. Gli eredi coll'accettazione della eredità della moglie non perdono il diritto di rinunziare alla comunione, anzi, per dir meglio, per rinunziare alla comunione è necessario avere la qualità di erede della moglie, dal momento che la comunione è un ente che esiste nel patrimonio della moglie, che con tutti i diritti alla stessa relativi, compreso il diritto di rinunzia, passa agli eredi della moglie.

La rinunzia è alienazione, e però, se la moglie ed i suoi eredi sono incapaci, per determinare come deve essere supplito all'incapacità, devono seguirsi le norme relative agli atti di alienazione. Se gli eredi della moglie sono i suoi figli minori, nell'atto di rinunzia non possono essere rappresentati dal padre, attesa la contrarietà di interessi che in questo caso esisterebbe fra essi ed il padre loro, al quale, come ben presto si vedrà, andrebbe devoluta per diritto di accrescimento, la parte rinunziata.

La rinunzia non si presume (1), non può farsi che con dichiarazione presso la cancelleria della pretura del mandamento in cui i coniugi sono domiciliati al momento in cui la comunione si scioglie (2) sopra un registro tenuto all'uopo (3). Non è ammessa una rinunzia alla comunione prima dello scioglimento della stessa (4); questa sarebbe una mutazione al contratto matrimoniale che non può venir fatta durante la comunione.

Per l'articolo 945, capoverso, del codice civile la rinunzia non esclude il rinunziante dal poter chiedere i legati a lui fatti. In materia di comunione naturalmente non si può parlare di legati, ma alcunchè di analogo ai legati si potrebbe credere di vedere nella convenzione che in caso di scioglimento della comunione la moglie possa prelevare una quota dei beni che alla comunione appartengono. L'analogia non sarebbe però che apparente. Le vesti giuridiche di erede e di legatario sono assolutamente distinte; si può essere eredi senza essere legatarî, si può essere legatarî senza essere eredi. Ma non si può aver diritto alla comunione senza essere comunista, e comunista si cessa di essere quando alla comunione si è rinunziato; la posizione di comunista che ha rinunziato e di avente diritto ad una antiparte sono incompatibili, e però la rinunzia deve necessariamente portare per effetto anche la perdita del diritto alla antiparte.

Per l'articolo 945 del codice civile, chi rinunzia alla eredità è considerato come se non vi fosse stato mai chiamato. Di questo principio non può essere fatta applicazione alla comunione formulandolo nel senso, che la moglie che rinunzia alla comunione è considerata come se non avesse mai fatto parte della stessa; la comunione ha esistito fino a che è stata sciolta, ha prodotto dunque fino a questo momento i suoi effetti. Il principio non può essere formulato che nel senso che la moglie la quale ha rinunziato alla comunione non ha diritto all'attivo, nè è obbligata pel passivo della stessa. Ritiene però il diritto verso il marito e suoi eredi ad ottenere ciò che è suo bene particolare. Ond'è che essa può sempre prelevare le cose mobili che può provare con tutti i mezzi dalla legge autorizzati avere ad essa appartenuto prima della comunione, od esserle stati devoluti durante la stessa per uno di quei titoli che le fanno rimanere sue cose particolari (5), e può chiedere il pagamento del valore di quei suoi mobili che non si trovano più in natura, e degli altri la proprietà dei quali, in seguito al diritto di godimento spettante alla comunione, passò a questa.

Per l'articolo 946 del codice civile nella successione legittima la parte di colui che ha rinunciato si accresce al suo coerede; se è solo, la successione si devolve al grado susseguente; e per l'articolo 948 nella successione testamentaria la quota del rinunziante si devolve al coerede ed agli eredi legittimi a norma degli articoli 880 e 883. Nella comunione vi sono due persone aventi diritto alla stessa: la moglie ed il marito; rinunziando la moglie alla comunione la parte della moglie evidentemente va accresciuta al marito. Ciò non offre difficoltà. Ma quando sono gli eredi della moglie che agiscono, è uopo distinguere il caso in cui vi sia un solo erede, dal caso in cui gli eredi siano più. Nel primo caso la rinunzia dell'erede produce gli effetti stessi della rinuncia fatta dalla moglie, ma quando gli eredi sono più, se tutti rinunziano, si producono gli effetti stessi che si producono per la rinunzia fatta dall'erede unico; che se alcuni soltanto degli eredi rinunziassero, la loro quota si accrescerebbe agli altri coeredi, e fino a quando ve ne è anche uno solo che non rinunzia, a lui spetta la quota della moglie nella comunione, e la rinunzia alla comunione da parte degli altri coeredi non produce alcuno degli effetti che alla rinunzia alla comunione sono propri.

Per l'articolo 950 del codice civile, fino a che il diritto di accettare una eredità non sia prescritto contro gli eredi che vi hanno rinunziato, questi possono accettarla quando non sia stata accettata da altri eredi. Questa disposizione di legge è però solo applicabile nei casi nei quali non si verifica il diritto di accrescimento; nei casi nei quali si verifica il diritto di accrescimento la porzione del rinunziante si considera di pieno diritto accettata da coloro che non hanno fatta la rinunzia. Nella comunione l'accrescimento della porzione della moglie a quella del marito si verifica di pien diritto, dunque non si è nei termini dell'art. 950 cod. civ., e la rinunzia è irrevocabile.

È d'uopo non confondere la rinunzia alla comunione con la rinunzia ai beni acquistati dalla comunione: quanto si è esposto finora, relativamente alla rinunzia, è applicabile soltanto alla prima. Ond'è che solo per la rinunzia alla co-

(1) Art. 944, 1ª parte, cod. civ.
(2) Art. 923 cod. civ.
(3) Art. 944 cod. civ.
(4) Confr. art. 954 cod. civ.
(5) Art. 1445 cod. civ.

munione su... stabilite le forme solenni dell'art. 1444 (1); la seconda può avvenire in qualunque forma. Se però si tratta di rinunzia ad uno di quei diritti di cui ai primi due numeri dell'art. 1314 cod. civile, prescrivendo il numero 3 di questo articolo che gli atti di rinunzia ai diritti stessi debbono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, viola la legge quella sentenza che da semplici presunzioni, sia pure inferite da fatti risultanti da atti pubblici, dichiara avvenuta e provata una tacita rinunzia ai diritti di comunione legale tra coniugi, ed ai diritti spettanti sui beni della comunione agli eredi di uno dei detti coniugi (2).

52. La moglie, come si è detto nel numero precedente, può accettare la comunione col beneficio dell'inventario, e, come a quel luogo si è detto, alla accettazione della comunione col beneficio dell'inventario sono applicabili tutte le disposizioni del capo terzo, titolo secondo, libro terzo del codice, che alla accettazione della eredità col beneficio dell'inventario hanno riferimento. Di qui ne viene che la moglie può valersi del beneficio dell'inventario non ostante qualunque divieto del contratto matrimoniale o di atti posteriori (3). Questo principio vale anche per gli eredi della moglie, ai quali la moglie avesse fatto nel suo testamento divieto di accettare la comunione col beneficio dell'inventario: la moglie non può rinunziare al beneficio dell'inventario se non dopo avvenuto lo scioglimento della comunione; se potesse valere il divieto fatto nel suo testamento, essa rinunzierebbe prima dello scioglimento. Ma se la moglie muore dopochè la comunione è stata sciolta e pria di essere stata accettata, ben può la moglie far divieto ai suoi eredi di accettare la comunione col beneficio dell'inventario.

Se alla accettazione della comunione col beneficio dell'inventario sono applicabili tutte le disposizioni del citato capo terzo che al beneficio dell'inventario hanno riferimento, l'accettazione della comunione col beneficio dell'inventario è ancor essa, come l'accettazione della eredità, facoltativa ed obbligatoria. È facoltativa, se la moglie od i suoi eredi sono persone fisiche, maggiori di età non interdette od inabilitate; è obbligatoria, se la moglie ed i suoi eredi sono minori od interdetti (4) inabilitati (5) od erede della moglie è un corpo morale (6). Se gli eredi della moglie sono più, e taluno di essi vuole o deve accettare col beneficio dell'inventario, la comunione deve essere accettata col detto beneficio (7). La moglie, che si trova nel possesso reale dei beni della comunione deve fare l'inventario, nella forma determinata dal codice di procedura civile (8), entro tre mesi dallo scioglimento della comunione o dalla notizia di tale scioglimento, o, se si tratta di eredi della moglie, dalla notizia della devoluta eredità: ove entro questo termine la moglie abbia cominciato l'inventario ma non possa compierlo, ricorrendo al pretore del luogo dello scioglimento della comunione, può ottenere una proroga che non ecceda altri tre mesi, salvo che si rendesse necessario un termine maggiore per particolari gravi circostanze (9). Si deve trovare nel possesso delle cose appartenenti alla comunione; chè, se per l'avvenuto scioglimento della comunione si immettesse nel possesso delle cose la cui proprietà non era passata nella comunione o sulle quali alla comunione non competeva che il godimento in natura, non si troverebbe in quel possesso reale del quale fa parola l'art. 959 del codice civile. Ove la moglie non abbia nei tre mesi cominciato l'inventario, o non lo abbia compiuto nel termine medesimo, od in quello pel quale avesse ottenuto la proroga, s'intende che abbia accettato la comunione puramente e semplicemente (10). Compiuto l'inventario, la moglie ha il termine di quaranta giorni, da quello del compimento dell'inventario medesimo, per deliberare sulla accettazione o sulla rinunzia, trascorsi i quali, ove non abbia deliberato si ha come accettante la comunione puramente e semplicemente (11). Trattandosi di moglie che non si trovi nel possesso reale della comunione, nè siasi in essa ingerita, ove siano proposte istanze contro di lei, i termini stabiliti per fare l'inventario e per deliberare, non cominciano a decorrere che dal giorno che sarà fissato dall'Autorità giudiziaria; ove contro di essa non siano state proposte istanze, essa conserva sempre il diritto di fare l'inventario finchè il tempo per accettare non sia prescritto (12). I minori, gli interdetti e gli inabilitati non s'intendono decaduti dal benefizio dell'inventario, se non al compimento dell'anno successivo alla loro maggiore età od alla cessazione dell'interdizione o della inabilitazione, quando entro tal termine non si siano conformati alle disposizioni della legge (13). Durante i termini concessi per fare l'inventario e per deliberare la moglie non è tenuta ad assumere la qualità di comunista (14). Da ciò non ne viene che in questo intervallo la rappresentanza della intiera comunione spetti al marito od agli eredi di questi; avvenuto lo scioglimento, i poteri del marito quale amministratore e rappresentante la comunione sono cessati; la quota che spetterebbe alla moglie, nel tempo in cui non si sa se questa sarà o no per accettare la quota stessa, ha bisogno di una speciale rappresentanza, acciò gli atti compiuti possano valere contro le persone alle quali questa quota verrà in definitivo a spettare. Però la moglie durante i termini per fare l'inventario e per deliberare è considerata come curatrice di diritto di quella quota della comunione che le spetterebbe, ed in tale qualità può essere chiamata in giudizio per rappresentare tale quota e rispondere alle istanze contro la medesima proposte: ove non compaia, l'Autorità giudiziaria nominerà un curatore alla quota della comunione perchè la rappresenti in tale giudizio (15). Se si trovassero nella comunione oggetti che non si possono conservare, o la cui conservazione importa grave dispendio, la moglie in concorso del marito, durante i termini, può farsi autorizzare a venderli nel modo che l'Autorità giudiziaria stimerà più conveniente, senza che da ciò si possa indurre una accettazione della comunione (16). Se la moglie rinunciò alla comunione prima dei termini sopra stabiliti o prorogati,

(1) Cass. Torino, 21 maggio 1878, *Papone* c. *Papone* (*Giurispr.*, Torino, 1878, 503).
(2) Decis. stessa.
(3) Confr. art. 956, capov., cod. civ., il quale corrobora il principio enunziato in questo luogo e che già era stato enunziato nel numero precedente.
(4) Art. 930 cod. civ.
(5) Art. 931 cod. civ.
(6) Art. 932 cod. civ.
(7) Art. 958 cod. civ.
(8) Art. 957 cod. civ.
(9) Art. 959 cod. civ.
(10) Art. 960 cod. civ.
(11) Art. 961 cod. civ.
(12) Art. 963 cod. civ.
(13) Art. 963 cod. civ.
(14) Art. 964, 1ª parte, cod. civ.
(15) Art. 964, capov., cod. civ.
(16) Art. 965 cod. civ.

le spese da essa fatte legittimamente fino alla rinunzia, sono a carico della comunione (1). La moglie colpevole di avere scientemente od in malafede omesso di descrivere nell'inventario qualche effetto appartenente alla comunione decade dal beneficio dell'inventario (2), e però vi decade se ommette di descrivere nell'inventario quelle cose che fossero in sue mani, e che essa avrebbe dovuto versare nella comunione. Compiuto l'inventario, entro il termine per deliberare la moglie deve fare, nella cancelleria del pretore del mandamento in cui si è sciolta la comunione, la dichiarazione che essa non intende di assumere la qualità di comunista se non col beneficio dell'inventario, e tale dichiarazione è inserita nel registro destinato a ricevere gli atti di rinunzia (3). La dichiarazione entro un mese successivo sarà, per cura del cancelliere, trascritta all'ufficio delle ipoteche del luogo ove si è sciolta la comunione, ed inserita per estratto nel giornale degli annunzi giudiziari (4). Questa dichiarazione può essere fatta anche prima di procedere all'inventario, ma in questo caso non produce effetto se non è susseguita dall'inventario della comunione, fatto nella forma e nei termini dell'inventario precedente alla dichiarazione (5).

L'effetto del beneficio dell'inventario si è quello di dare alla moglie questi vantaggi: che non sia tenuta al pagamento del passivo della comunione oltre l'attivo della quota della comunione che ad essa spetta, e possa liberarsi col cedere ai creditori tutti i beni componenti la quota stessa, e che non siano confusi i beni suoi o della sua eredità con quelli della quota della comunione ad essa od ai suoi eredi spettanti: altro effetto si è che alla moglie e suoi eredi sia conservato contro la comunione il diritto di ottenere l'integrale pagamento dei loro crediti (6). Di qui ne viene che, nonostante l'accettazione della comunione col benefizio dell'inventario, la moglie, o suoi eredi, possono sempre prelevare le cose mobili che possono provare con tutti i mezzi autorizzati dalla legge aver loro appartenuto prima della comunione od essere stati devoluti alla moglie durante la medesima a titolo di successione o donazione (7) o ad altro titolo che le faccia rimanere proprietà particolare della moglie. La moglie accettando col beneficio dell'inventario ha l'obbligo di amministrare la quota ad essa spettante, e di render conto al marito della tenuta amministrazione (8) dal momento che, come si vedrà a suo luogo, il marito è obbligato a pagare quella parte dei debiti della comunione che non potesse essere pagata coi beni alla moglie assegnati. La moglie decade dal beneficio dell'inventario se vende i beni immobili della comunione senza l'autorizzazione giudiziale o senza osservare le forme stabilite nel codice di procedura civile (9), o se vende i beni mobili della comunione senza l'autorizzazione giudiziale o senza osservare le forme stabilite dal codice di procedura civile, prima che siano scorsi cinque anni dalla dichiarazione di accettazione col beneficio dell'inventario; dopo questo termine può vendere i beni mobili senza alcuna formalità (10). Se lo richiede il marito od i suoi eredi, la moglie per la quota della comunione a lei spettante deve dare idonea cautela pel valore dei beni mobili compresi nell'inventario, per i frutti degli immobili, e per il prezzo dei medesimi che potesse sopravvanzare al pagamento dei creditori ipotecari; quando non la dia, l'autorità giudiziaria provvede alla sicurezza (11) del marito tenuto al pagamento dei debiti della comunione per ciò che dalla moglie non viene pagato coi beni assegnati. Se la moglie paga con danaro proprio i creditori della comunione, essa è surrogata nei diritti dei creditori verso la comunione (12). Le spese della apposizione dei sigilli, dell'inventario e del conto sono a carico della quota della comunione spettante alla moglie (13) e la moglie che ha sostenuto liti senza plausibili motivi può essere condannata in proprio alle spese (14). Altre disposizioni vi sono applicabili all'accettazione della comunione col beneficio dell'inventario, ma, siccome le disposizioni stesse si riferiscono ai rapporti coi terzi, saranno esaminate quando ci si intratterrà di cotali rapporti.

Se la quota dell'attivo della comunione spettante alla moglie è sufficiente a tacitare la quota dei debiti della comunione che alla moglie è addossata, l'accettazione col beneficio dell'inventario a liquidazione avvenuta produce gli effetti stessi dell'accettazione pura e semplice; ma se delle passività restano insolute, queste cadono nella quota del marito.

Può avvenire che l'eredità della moglie in comunione di beni sia accettata col beneficio dell'inventario o che sia eredità giacente. In questo caso la comunione di beni fa parte della eredità accettata col benefizio dell'inventario o della eredità giacente. Tali eredità possono accettare la comunione puramente e semplicemente dal momento che non essendo persone giuridiche non entrano di per sè in quelle categorie di persone per le quali è obbligatoria l'accettazione col beneficio dell'inventario. Se però l'erede col beneficio dell'inventario della moglie è una di quelle persone che devono accettare col beneficio dell'inventario, la comunione non può essere accettata puramente e semplicemente. Difficoltà vi sono quando la comunione sia stata accettata puramente e semplicemente dal curatore dell'eredità giacente e l'erede che si viene poscia a conoscere è minore; ma queste difficoltà vengono risolute sol che si consideri che quanto il curatore fa nei limiti delle sue attribuzioni è valido ed efficace per l'erede che si viene poscia a conoscere, che l'atto di accettare la comunione puramente e semplicemente è un atto che il curatore può compiere, e però l'erede anche minore deve sottostare alle conseguenze dello stesso, salvo, se del caso, l'azione per ottenere dal curatore il risarcimento del danno sofferto. Se l'erede beneficiato od il curatore della eredità giacente accettano puramente e semplicemente la comunione, il patrimonio della comunione si confonde col restante patrimonio ereditario; se rinunciano, la comunione cessa di far parte di tale patrimonio. Possono accettarla col beneficio dell'inventario, ed in questo caso si hanno due enti patrimoniali, uno dei quali entra nell'altro: l'ente patrimoniale costituito dalla comunione accettata col beneficio dell'inventario esiste e si muove entro l'ente patri-

(1) Art. 966 cod. civ.
(2) Art. 967 cod. civ.
(3) Art. 955, 1ª parte, cod civ.
(4) Art. 955, capov., cod. civ.
(5) Art. 957 cod. civ.
(6) Art. 968 cod. civ.
(7) Art. 1445 cod. civ.
(8) Art. 969, 1ª parte, cod. civ.
(9) Art. 973 cod. civ.
(10) Art. 974 cod. civ.
(11) Art. 975 cod. civ.
(12) Art. 1253, n. 4, cod. civ.
(13) Art. 978 cod. civ.
(14) Art. 979 cod. civ.

moniale costituito dalla eredità accettata col beneficio dell'inventario o giacente. Dal momento che uno degli enti esiste e si muove entro l'altro, quanto l'erede della moglie fa come erede col beneficio d'inventario di questa non influisce sulla sua posizione di accettante col beneficio dell'inventario della comunione, e però può verificarsi la sua decadenza dal beneficio dell'inventario come erede della moglie pur mantenendo la sua posizione di comunista col beneficio dell'inventario; può decadere dalla sua posizione di comunista col beneficio dell'inventario della comunione pur mantenendo la sua posizione di erede della moglie col beneficio dell'inventario; le autorizzazioni che egli ottenesse come erede col beneficio dell'inventario per vendere cose della comunione, non lo salverebbero dalla decadenza dal beneficio dell'inventario per la comunione se l'autorizzazione alla vendita non venisse data relativamente a questa. La ragione di tale decisione sta nel fatto della diversità degli interessi che l'Autorità giudiziaria è chiamata a proteggere. L'Autorità giudiziaria chiamata ad autorizzare vendite per cose spettanti alla eredità della moglie di altro non si deve preoccupare che degli interessi dei creditori di tale eredità; l'autorità giudiziaria chiamata ad autorizzare vendite di cose appartenenti alla comunione non si deve preoccupare che degli interessi dei creditori di questa; il punto di vista dal quale devono essere considerate le cose è affatto diverso, gli interessi possono essere in conflitto e però hanno d'uopo di essere valutati distintamente.

53. Se la comunione è una società amministrata dal marito, terzo effetto dello scioglimento della stessa si è che il marito deve dar conto della gestione tenuta e corrispondere alla massa comune tutto ciò che ha ricevuto in forza del mandato; il marito non è il padrone della comunione; a termini dell'art. 1438 del codice civile non è che l'amministratore, e però egli ha l'obbligazione dell'art. 1747 del codice. Di qui ne viene che il marito che ha ricevuto valori mobiliari appartenenti alla moglie, ne deve dar conto allo scioglimento della comunione; egli deve restituirli o giustificare l'impiego fattone (1). Se fu la moglie ad amministrare, è dessa che deve dare il conto e corrispondere alla massa comune quanto da lei fosse detenuto. E non solo il marito, e, se del caso, la moglie, deve rendere conto della tenuta amministrazione, ma deve anche rifondere la massa di quei danni che alla comunione avesse apportato in seguito alla inesecuzione delle obbligazioni che quale mandatario della comunione a lui sono addossate.

54. Quarto effetto dello scioglimento della comunione quello si è di dare diritto ai coniugi di ritirare dalla massa le cose ad ognuno di loro spettanti (2), il godimento delle quali era caduto nella comunione, diritto che si esercita dalla moglie anche, come si è fatto notare (3), nel caso in cui essa rinunzia alla comunione, o accetta col beneficio dell'inventario. Questo ritiro prende nome di diritto di prelevamento (4). Non è il caso di discorrere del diritto di prelevamento relativamente agli immobili particolari dei coniugi, il cui godimento cadde nella comunione; come si è fatto notare più sopra (5), ognuno dei coniugi allo scioglimento della comunione rientra di diritto nella piena proprietà dei suoi beni immobili. Del diritto di prelevamento non è a discorrere che per quanto concerne i mobili. A questo proposito l'art. 1445 del codice civile dispone che i coniugi, o i loro eredi, possono prelevare le cose mobili che appartenevano a loro prima della comunione, o che furono loro devolute durante la medesima a titolo di successione o donazione (6); ma evidentemente questo disposto di legge è applicabile anche in quei casi eccezionali nei quali, come si è veduto allorchè si è parlato delle attività e passività della comunione e dei coniugi, i coniugi durante la comunione acquistano alcunchè che spetta loro in particolare per titolo diverso dalla successione o donazione. Il prelevamento avviene in modo diverso, a seconda che si tratta di mobili dei quali alla comunione in forza del diritto di godimento passò la proprietà, o si tratta di mobili che rimasero proprietà particolare dei coniugi. Nel primo caso evidentemente non può avvenire che il prelevamento del valore che avevano quando entrarono in comunione. Per l'art. 1715, capov. secondo, del codice civile, se le cose che entrano in società per il godimento del valore furono stimate, il socio non può ripetere che l'importare della stima. Questo disposto di legge non è applicabile in materia di comunione che con restrizione. Se la stima della cosa fu fatta prima del matrimonio nessuna difficoltà di applicazione trova l'art. 1715, capoverso secondo, che si sta esaminando, ma l'articolo stesso non può essere applicato quando la stima abbia luogo durante il matrimonio; essa stima per un valore inferiore o superiore del valore reale dell'oggetto stimato sarebbe una donazione della differenza a beneficio dell'uno o dell'altro coniuge. Dal momento che le donazioni fra coniugi non possono avvenire, il dare alla stima fatta forza di stabilire il valore della cosa entrata in comunione, sarebbe un dare ai coniugi il mezzo di eludere l'art. 1054 del codice civile. Dunque, se la stima non fu fatta prima del matrimonio, la stima non può avere che la forza di un semplice indizio per determinare ciò a cui il coniuge ha diritto. Anche se le cose esistono ancora in natura allo scioglimento della comunione uno dei coniugi non potrebbe pretendere che l'altro le ricevesse, nè l'altro potrebbe pretendere di ritirarle in natura; nel disaccordo delle parti il prelevamento non può avvenire che per il valore, dal momento che il coniuge ha perduto la proprietà delle stesse e che da nessuna disposizione di legge è attribuito al fatto dello scioglimento della comunione l'effetto di far ricuperare ad uno dei soci quella proprietà che egli ha perduta. Questo valore deve essere prelevato in denaro. È vero che l'articolo 483 cod. civ. per le cose delle quali non si possa far uso senza consumarle all'usufruttuario al termine dell'usufrutto è data facoltà di restituirle in eguale quantità e qualità o di pagarne il prezzo corrente; ma, come si è veduto al n. 25, ciò che concerne il godimento delle cose che si consumano coll'uso va regolato non già dalle disposizioni relative all'usufrutto ma dalle disposizioni relative alle società, e nel titolo della società non havvi alcuna disposi-

(1) Laurent, op. cit., XXIII, 167; Corte di Liegi, 15 maggio 1855 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 425).

(2) Confr. § 1477 codice tedesco.

(3) Vedi retro, n. 51 e 52.

(4) Laurent, op. cit., XXIII, 147 e 190. V. Cass. francese, 16 luglio 1856 (Dalloz, *Rec.*, 1856, 1, 251). Relativamente alla terminologia usata dal codice vedi le osservazioni fatte al n. 19, nota.

(5) Vedi retro, n. 50.

(6) Per il § 1477, capov., del codice tedesco ciascuno sposo verso rimborso del valore può riprendere le cose esclusivamente destinate al suo uso personale, specialmente le vesti, ornamenti, strumenti di lavoro, nonchè gli effetti che ha apportati alla comunione o acquistati durante la stessa per successione, legato, anticipazione di rendita, donazione o dotazione.

sposizione la quale dia quel diritto di scelta che dall'articolo 483 è accordato all'usufruttuario.

Il prelevamento in natura non può avvenire che nel caso di mobili che sieno rimasti in proprietà particolare dei coniugi; ed in questo caso il coniuge proprietario preleva dalla comunione la cosa mobile sua. Ma se la cosa mobile non esiste più in natura? L'art. 1445, capoverso 2°, del codice civile prevede il caso in cui i mobili spettano alla moglie, ed in tal caso dispone che essa ha il diritto di ripetere il valore delle cose che non si trovano *più in natura al tempo della divisione,* e però riconosce lo stesso diritto tanto nel caso in cui le cose avessero cessato di trovarsi in natura allo scioglimento della comunione, quanto nel caso in cui avessero cessato di trovarsi posteriormente a questo momento. Stando alla letterale disposizione della legge sembrerebbe che della stessa dovesse farsi applicazione tanto nel caso in cui le cose non si trovassero più in natura pel fatto del marito, quanto nel caso in cui non si trovassero più per fatto al marito estraneo; ma evidentemente nel solo primo caso l'art. 1445, 2° capov., riceve applicazione. Il rischo e pericolo di un corpo certo e determinato il cui godimento è stato posto in società rimane al socio che ne è il proprietario (1), e però, quando la cosa ha cessato di trovarsi in natura nella comunione per fatto al marito estraneo, la comunione non ne deve rispondere (2). Ma è il marito che deve provare che egli è estraneo al fatto: egli è amministratore della comunione e però ha l'obbligo di conservare e restituire, dunque deve provare il fatto che lo libera dalla obbligazione della restituzione. Se dà questa prova, alla moglie non spettano che le azioni che potessero competere verso terzi per il fatto della uscita della cosa dalla comunione (3), ed il marito sarebbe responsabile verso la moglie del pregiudizio da lui recato all'esercizio di tali azioni. Se la cosa non si trova più nella comunione per fatto del marito, la moglie ha il diritto di prelevare dalla comunione il valore della cosa che non si trova più: questo valore non è già quello che la cosa avrebbe al momento in cui avviene il prelevamento, ma quello che aveva al momento in cui cessò di trovarsi in natura nella comunione, perchè il diritto della moglie si è maturato in quest'ultimo momento. Nulla dice la legge relativamente ai mobili del marito che non si trovano più in natura. Il Ricci (4) ritiene che al marito non compete alcun diritto, ma questa opinione non si può accettare senza una distinzione. Se i mobili del marito non si trovano più nella massa senza che alcun corrispettivo sia entrato nella comunione, evidentemente il marito non ha alcun diritto, ma se entrò nella comunione un corrispettivo il marito ha gli stessi diritti della moglie, chè altrimenti questa si arricchirebbe ingiustamente.

Per poter operare il prelevamento il coniuge deve provare che le cose mobili in natura o per valore che egli intende prelevare sono di sua particolare proprietà. In diritto francese l'art. 1499 del codice civile dispone che se il mobiliare esistente al tempo del matrimonio o pervenuto posteriormente non sarà stato comprovato col mezzo di inventario, o con uno stato in buona forma, sarà considerato come acquisto; e di fronte ad una tale disposizione è dubbio con quale atto deve provarsi la proprietà dei mobili (5). Il codice feliciano (6) disponeva che per la verificazione dei mobili e semoventi, loro qualità e quantità, che si contendessero portati al matrimonio, non si ammetterà più la prova testimoniale, dovrà bensì risultare per atto pubblico o per scrittura privata sottoscritta dalle parti, sapendo scrivere, e da due testimoni: in mancanza della prova per iscritto potrà bensì offrirsi il giuramento decisorio. Queste disposizioni evidentemente erano eccessive. Era doveroso per il legislatore prendere delle precauzioni, per impedire le collusioni fra marito e moglie a danno dei terzi, ma, quando si tratta di regolare semplicemente i rapporti fra coniugi, nessuna ragione vi è di derogare alle norme ordinarie di prova, ed anzi è il caso di largheggiare per la moglie, per quanto essa di particolare ha acquistato durante il matrimonio, attesa la posizione speciale di essa in rapporto al marito, durante il matrimonio stesso. Queste ragioni persuasero il legislatore albertino a fare la distinzione fra le prove nei rapporti dei coniugi coi terzi, e le prove nei rapporti dei coniugi fra loro. Lasciando per ora ciò che concerne i rapporti dei coniugi coi terzi, il codice albertino all'art. 1585 disponeva che i coniugi od i loro eredi possono sempre, non ostante il disposto dell'articolo 1577 (7), prelevare le cose mobili che potranno provare con tutti i mezzi di prova permessi dal titolo dei contratti e delle obbligazioni, ecc. essere loro propri prima della comunione od essere stati loro devoluti durante la medesima a titolo di successione, legato o donazione: la moglie od i suoi eredi potranno eziandio valersi della prova testimoniale, qualora si tratti di cose devolute ad essi ad uno dei suddetti titoli di legato o donazione. Il legislatore italiano si atteneva al sistema del codice albertino e riproduceva con lievi varianti l'art. 1577 di quel codice. Per diritto italiano la prova della proprietà della cosa che si intende prelevare è data dalla descrizione autentica dei beni dei coniugi al momento del matrimonio e dalla descrizione autentica dei mobili che venissero loro a devolversi durante la comunione: in mancanza di tale descrizione od altro titolo autentico i beni mobili sono considerati come acquisto della comunione (8), ma ognuno dei coniugi può provare con tutti i mezzi autorizzati dalla legge che egli aveva dei beni prima della comunione, o che dei beni furono a lui devoluti durante la medesima a titolo di successione o donazione (9) o ad altro titolo che non faceva acquistare la cosa alla comunione ma la lasciava di sua particolare proprietà. Nessuno dei coniugi può usare, onde dare tale prova, della prova per testimoni e delle presunzioni se non si sia nei casi nei quali dalla legge è ammessa per eccezione la prova testimoniale (10); è fatta eccezione per la moglie, limitatamente ai mobili che essa acquista durante la comunione; in tal caso la moglie per provare che i mobili stessi le appartengono; può usare della prova testimoniale e della

(1) Art. 1715, 1ª parte, cod. civ.

(2) Per l'art. 1425 del codice spagnuolo le perdite ed i deterioramenti subiti dalle cose mobili proprie a ciascun coniuge, anche se derivanti da caso fortuito, sono pagate dalla comunione allorchè questa ne aveva il godimento.

(3) Confr. art. 1299 cod. civ.

(4) Op. cit., VII, 95 *bis*.

(5) Vedi Laurent, op. cit., XXIII, 172 e seg.

(6) Art. 179.

(7) Art. 1437 codice vigente.

(8) Art. 1437 cod. civ.

(9) Art. 1445, 1ª parte, cod. civ.

(10) Confr. art. 1445, capov. 1°, codice civile; Ricci, op. cit., VII, 95.

prova per presunzione (1), e per provare il valore delle cose mobili che non si trovassero più in natura al tempo della divisione può valersi della prova anche per notorietà (2). Nel mentre il diritto di provare per notorietà il valore delle cose mobili che non si trovano più in natura al tempo della divisione si estende agli eredi tutti della moglie, il diritto di usare della prova testimoniale per provare l'appartenenza alla moglie delle cose ad essa devolute durante la comunione non si estende agli eredi tutti; l'articolo 1445, capoverso 1°, del codice civile lo limita *ai figli* eredi della moglie. Nel codice albertino, dal quale, come si disse, l'art. 1445 è tratto, si parlava in genere di eredi della moglie, ed infatti non si saprebbe immaginare una ragione per la quale i figli eredi della moglie dovessero trovarsi in una posizione diversa dagli altri eredi: tutti gli eredi ripetono i loro diritti dalla moglie, tutti dunque dovrebbero poter esercitare i diritti che alla moglie competevano. Ma la disposizione del 1° capoverso dell'art. 1445 è chiara: il diritto ad usare della prova testimoniale è limitato *ai figli eredi;* l'interprete deve fare applicazione del disposto della legge, quantunque non possa rendersi ragione dello stesso.

Se la prova riesce, la presunzione dell'art. 1437 cessa, ed il coniuge ha diritto di prelevare la cosa che ha dimostrato essere sua proprietà, e di prelevarla in natura o per valore; se la prova non è data, i beni mobili sono reputati acquisti della comunione (3).

Come si vedrà a suo luogo, le cose mobili possono essere cose particolari dell'uno o dell'altro coniuge nei rapporti fra loro, e non in rapporto ai terzi; per questo caso l'art. 1445 dispone che la moglie od i suoi eredi i quali per non essere efficace la prova in confronto dei terzi, si trovano privati della cosa di loro spettanza, hanno regresso sulla porzione della comunione spettante al marito, ed anche sui suoi beni particolari. Questa disposizione è applicabile esclusivamente alla moglie se le cose di sua spettanza non furono volte a vantaggio della comunione, ma se le cose spettavano al marito e furono volte a profitto della comunione è applicabile anche a lui.

Può avvenire che nella comunione non vi sia attivo sufficiente per eseguire i prelevamenti ai quali l'uno o l'altro dei coniugi ha diritto. In tal caso se la moglie ha accettato la comunione puramente e semplicemente, ognuno dei coniugi è debitore verso la comunione di metà della differenza fra le attività della comunione e le somme che devono essere prelevate, ed in tal modo si stabilisce il pareggio fra quanto vi è nella comunione e quanto per prelevamento deve essere pagato, salvo al coniuge che pel diritto di prelevamento è creditore verso la comunione di compensare il suo debito verso la comunione fino alla concorrenza del suo credito, ed esigere, se del caso, dall'altro coniuge la differenza. Ma se la comunione fu dalla moglie rinunziata od accettata col beneficio dell'inventario, nel primo caso è creditrice del marito per quanto le spetta per prelevamento, e nel secondo caso esaurisce per i suoi prelevamenti i beni della comunione restando creditrice personale del marito per la differenza che le fosse ancora dovuta; questa è una conseguenza del principio che, rinunziando la moglie alla comunione, la quota ad essa spettante si accresce al marito, ed accettando col beneficio dell'inventario si accresce al marito quanto residua dal passivo della comunione dopo esaurita nella tacitazione del passivo la quota di attivo alla moglie spettante.

Se la comunione si scioglie per la morte di uno dei coniugi, il superstite o gli eredi del defunto possono rinunciare al prelevamento e ad ottenere il rimborso dei loro crediti verso la comunione; ma se la comunione si scioglie per una causa diversa, uno dei coniugi non può rinunziare ai prelevamenti ai quali ha diritto. La ragione di ciò si è, che la rinunzia ad eseguire i prelevamenti, nei suoi risultati, è una liberalità di un coniuge a profitto dell'altro, ed ai termini dell'art. 1054 cod. civ. i coniugi non possono durante il matrimonio farsi l'un l'altro delle liberalità.

55. Se la moglie rinunzia alla comunione, eseguiti i prelevamenti ai quali essa ha diritto, le operazioni sono terminate, i rapporti esistenti fra coniugi in seguito alla comunione sono totalmente definiti; ma se la moglie ha accettata la comunione, l'abbia accettata puramente e semplicemente o col beneficio dell'inventario, per definire i rapporti fra i coniugi è necessario procedere alla divisione dei beni della comunione. La divisione deve avvenire, anche nel caso di accettazione col beneficio dell'inventario, prima che la moglie abbia liquidata la sua quota di comunione; essendo essa che deve tacitare i creditori della sua quota, e non potendo tacitarli se non ha a sua disposizione i beni necessari all'uopo, nel caso di accettazione beneficiata la divisione è necessaria prima della liquidazione.

La divisione della comunione deve compiersi con le norme relative alla divisione del patrimonio ereditario (4). La prima operazione della divisione si è quella della determinazione dei conguagli o rimborsi per debiti di uno dei coniugi verso la comunione, provengano questi debiti da spese o pagamenti fatti con cose della comunione nell'interesse personale dell'uno o dell'altro coniuge (5), dall'essere state rivolte nell'interesse particolare di uno o dell'altro coniuge cose della comunione, da indennizzi dovuti alla comunione dall'uno o dall'altro coniuge, da residuo a debito dell'amministratore risultante dalla resa di conto, o da carico di uno dei coniugi verso i terzi di una quota dei debiti della comunione minore di quella che gli compete in proporzione della sua interessenza nella comunione (6). Ma il debito di uno dei coniugi verso la comunione deve essere provato (7) in tutti gli estremi necessari acchè il debito si possa considerare esclusivamente proprio del coniuge al quale si intende addossare; ond'è che, acciò la moglie abbia diritto a compensi e rimborsi, non basta constatare che ciò che dal marito è stato pagato non è servito

(1) Art. 1445, capov. 1°, codice civile. La Corte di Limoges (3 agosto 1861: Dalloz, *Rec.*, 1861. 2, 48) giudicava che il marito non è ammesso a provare il mobiliare che egli ha tenuto, con testimoni o presunzioni.

(2) Art. 1445, capov. 2°, cod civ.

(3) Laurent, op. cit., XXIII, 170.

(4) Cass. Roma. 21 gennaio 1886 *Finanze* c. *Riccione* (*Foro Ital.*, 1886, 1, 577). Per i codici spagnuolo, art. 1422, e tedesco, §§ 1546, capov. 1°, e 1475, prima di qualunque operazione divisionale fra coniugi è necessario pagare i debiti e procedere alla estinzione delle obbiezioni verso i terzi, perchè per questi codici allo scioglimento della comunione si procede alla sua liquidazione. Nel sistema del legislatore italiano non esiste liquidazione della comunione, ma solo divisione.

(5) Bianchi, op. cit., n. 426.

(6) Quando si parlerà dei rapporti coi terzi si vedrà la possibilità di un tal caso.

(7) Laurent, op. cit., XXIII, 169.

a pagare un debito personale della moglie, per dedurne che è stato impiegato nell'interesse personale del marito (1), ma è d'uopo provare che è stato impiegato nell'interesse del marito. È solo quando la prova viene data che l'altro coniuge ha diritto a conguaglio o rimborso mediante prelevamento dall'attivo della comunione di tanta parte quanto è l'importare di ciò che dall'altro coniuge è dovuto, cercando per quanto è possibile di operare il conguaglio o rimborso con oggetti della stessa natura, qualità e bontà di quelli che dal coniuge debitore sono dovuti (2).

Il contratto matrimoniale può aver riservato all'uno od all'altro dei coniugi il diritto ad una antiparte. Dal momento che, come si è veduto al n. 9, un tal patto è lecito, così, se convenuto, deve sortire il suo effetto, ed il coniuge a cui favore il diritto di antiparte è stabilito, ha diritto di prelevare tale antiparte dalla massa da dividersi. Questa materia presenta qualche difficoltà nel caso in cui la comunione si sciolga per separazione personale pronunziata per colpa del coniuge a cui favore l'antiparte fu stipulata. E la difficoltà sorge da ciò, che disponendo l'art. 156 che il coniuge per colpa del quale fu pronunziata la separazione incorre nella perdita di tutti gli utili che l'altro coniuge gli avesse concessi nel contratto di matrimonio, può nascere dubbio se l'antiparte sia uno di quegli utili che dall'articolo 156 sono contemplati. È d'uopo tener sempre presente che il contratto di comunione è un contratto di società, e che però l'indole sua è essenzialmente commutativa. Le disuguaglianze che nel contratto vi possono essere fra un coniuge e l'altro, non sono utili che uno dei coniugi accorda all'altro, sono corrispettivi: lo dice chiaramente l'art. 1440 cod. civ., che questi patti non sono riguardati come liberalità soggette alle regole della donazione, nè per la sostanza, nè per la forma. Se dunque le disuguaglianze fra i coniugi non sono utili, ma corrispettivi, le stesse non entrano nei termini dell'art. 156 cod. civ. il quale, però, non è loro applicabile, e ad onta che la separazione sia stata pronunziata per colpa del coniuge a favore del quale l'antiparte fu stabilita, egli conserva il diritto ad ottenere l'antiparte stessa.

Per l'art. 1452 del codice francese lo scioglimento della comunione prodotto dal divorzio o dalla separazione di persona e di beni, o di beni solamente, non fa luogo ai diritti competenti alla moglie, nel caso di sopravvivenza al marito. Indubbiamente il principio accolto da questa disposizione del codice francese è applicabile anche in diritto italiano; l'antiparte stipulata a favore di uno o di altro dei coniugi nel caso di sopravvivenza non compete quando la comunione si scioglie per la separazione di persona o di beni. Compete nel caso di scioglimento della comunione per dichiarazione di assenza come immissione nel possesso temporaneo dei beni dello assente, dal momento che l'antiparte stipulata per il caso di sopravvivenza è un diritto che si ha sui beni dell'assente dipendente dalla condizione della morte di lui, e che però entra nel disposto dell'articolo 26 del codice civile. L'art. 1452 del codice francese continua disponendo che la moglie conserva la facoltà di valersi dei diritti stipulati pel caso di sopravvivenza dopo la morte del marito. Questo principio, però, non è applicabile in diritto italiano in mancanza di una speciale disposizione di legge che lo sanziona. Con lo scioglimento della comunione in diritto italiano terminano tutti i rapporti fra coniugi dipendenti dal pattuito contratto di comunione di beni; l'avveramento della condizione della sopravvivenza durante la comunione di un coniuge all'altro si è reso impossibile, la condizione si ha come mancata e però non si è reso perfetto il diritto che da quella condizione dipendeva.

Per l'art. 1587 del codice albertino il marito od i suoi eredi potevano nella divisione ritenere gli immobili acquistati alla comunione mediante una giusta indennità alla moglie od ai suoi eredi. La disposizione non fu riprodotta nel codice civile italiano perchè per questo codice fatti i prelevamenti, e prelevata, se del caso, l'antiparte, si procede alla formazione delle quote proporzionali alla interessenza dei coniugi nella comunione, quali determinate dal contratto matrimoniale e, mancando disposizioni speciali, in quote per parti eguali. Nella divisione non vanno compresi i debiti della comunione, i quali si dividono di pieno diritto fra i coniugi (3), nè i crediti i quali anche di diritto vanno divisi (4). Per il rimanente vanno applicate le norme generali relative alla divisione della comunione ordinaria per le quali ci si rimette alla voce **Successioni - Azioni ereditarie**.

56. Se la comunione è stata sciolta in costanza di matrimonio i coniugi possono ristabilirla (5). Ma per eseguire il ristabilimento è necessario l'atto pubblico (6) anche se la moglie avesse rinunziato alla comunione (7). Se lo scioglimento è avvenuto per separazione personale, prima o contemporaneamente all'atto pubblico devono i coniugi far cessare gli effetti della separazione personale avvenuta, perchè fra la comunione di beni e la separazione personale, a termini di legge, vi è una assoluta incompatibilità. Nello stabilire la comunione i coniugi non possono variare i patti che furono inseriti nel contratto di matrimonio, perchè a termini dell'art. 1443 cod. civ. è nulla qualunque convenzione con la quale si rinnovasse la comunione con patti diversi da quelli coi quali era anteriormente regolata. Dal momento che la legge dice « è nulla qualunque convenzione con la quale si rinnovasse la comunione con patti diversi.... », la nullità colpisce l'intiera convenzione e non soltanto i patti diversi da quelli antecedentemente stabiliti (8).

Nel caso di ristabilimento, la comunione riprende il suo effetto come se lo scioglimento non avesse avuto luogo (9). Di qui ne viene non solo che i coniugi sono tenuti a conferire nella comunione tutto ciò che da essi fosse stato

(1) Cass. francese, 19 luglio 1864 (Dalloz, *Rec.*, 1865, 1, 66).
(2) Confr. art. 992 cod. civ.
(3) Confr. art. 1027 e 1029 cod. civ.
(4) Confr. art. 1204, capov., e 1727 cod. civ.
(5) Per il codice tedesco la comunione può essere ristabilita a richiesta della moglie nel caso in cui sia rimasta sciolta pel fallimento del marito, ed a richiesta del marito nel caso in cui sia stata sciolta per avvenuta dichiarazione della sua morte (§ 1547, prima parte). Il marito può agire per il ristabilimento della comunione anche quando questa sia rimasta sciolta per la sua interdizione o per la nomina del curatore a lui assente quando la interdizione sia stata revocata o quando la curatela sia cessata (§ 1547, capov.).
(6) Art. 1443 1ª parte. cod. civ.
(7) Ricci, op. cit., VII, 92.
(8) Il Ricci, op. cit., VII, 92, fa invece una distinzione fra il caso in cui il patto diverso sia condizione *sine qua non* del ristabilimento, dal caso in cui ciò non si avveri; dice nullo il ristabilimento nel primo caso, nullo soltanto il patto nel secondo. Questa distinzione di fronte al disposto assoluto della legge non è ammissibile.
(9) Art. 1443, 1ª parte, cod. civile.

prelevato a qualsiasi titolo, e che la divisione si ha come non avvenuta (1), ma anche che i coniugi sono obbligati a conferire tutto ciò che hanno acquistato nel frattempo fra lo scioglimento e il ristabilimento; chè altrimenti la comunione non riprenderebbe il suo effetto come se la separazione non avesse avuto luogo.

Va da sè che la comunione ristabilita va soggetta alle regole tutte della comunione quali furono esposte.

Capo V. — Rapporti coi terzi.

57. Preliminari. — 58. Applicazione degli art. 707, 1242, 1942, prima parte cod. civ. nel caso di comunione. — 59. Composizione dell'attivo e passivo dell'azienda della moglie nei rapporti coi terzi. — 60 Regolamento coi terzi dei rapporti riferentisi alla azienda particolare della moglie. — 61. Regolamento stesso per l'azienda particolare del marito — 62. Regolamento dei rapporti coi terzi riferentisi alla azienda della comunione. — 63. Rapporti fra creditori della comunione e creditori particolari dei coniugi. — 64. Rapporti coi terzi nel caso di scioglimento della comunione per separazione di beni e per separazione personale. — 65. Rapporti coi terzi a comunione disciolta. — 66. Rapporti coi terzi nei casi di rinunzia della moglie alla comunione e di accettazione col beneficio dell'inventario. — 67. Rapporti fra terzi e coniugi relativamente alla divisione. — 68. Rapporti coi terzi nel caso di ristabilimento della comunione.

57. I rapporti coi terzi, dei quali si viene a discorrere in questo capo, suppongono una comunione esistente e però un contratto matrimoniale ed un matrimonio valido. Se il contratto matrimoniale od il matrimonio è nullo potranno sorgere rapporti coi terzi in dipendenza di una società di fatto esistita fra coniugi fino al momento dell'annullamento, ma non sussistono rapporti in dipendenza di comunione dei beni. Questo vale anche per il caso di matrimonio nullo contratto in buona fede, dal momento che tale matrimonio produce gli effetti civili esclusivamente in confronto dei coniugi e dei figli, non già in confronto dei terzi: di terzi l'art. 116 del cod. civ. non fa parola.

Nel titolo della comunione non si trovano che tre sole disposizioni le quali prendano in considerazione i rapporti che nel regime della comunione possano sorgere coi terzi. La prima di tali disposizioni è quella del capoverso dell'articolo 1442, che, richiamando l'art. 1421, viene a vietare ai creditori della moglie di chiedere senza il consenso di questa la separazione dei beni; la seconda è quella dell'articolo 1443, che si occupa dei rapporti dei coniugi coi terzi sorti nell'intervallo fra lo scioglimento ed il ristabilimento della comunione; la terza è quella dell'art. 1446 che si occupa della prova fra i coniugi ed i terzi relativamente alla appartenenza dei mobili che si trovano nella comunione. Eppure è di tutta evidenza che i rapporti dei quali si occupano gli art. 1442, 1443, 1446 non sono i soli che possono sorgere; se ciascuno dei coniugi ha una azienda propria, se è una azienda speciale, distinta da quella appartenente ai coniugi, l'azienda della comunione, queste aziende distinte per spiegare la loro attività devono entrare coi terzi in tutti quei rapporti nei quali una persona per spiegare la propria attività deve entrare cogli altri soggetti capaci di diritto. E se tali rapporti possono sorgere, gli stessi devono trovare la regola adatta a stabilire gli effetti giuridici che dagli stessi si originarono. La teorica relativa al regime della comunione dei beni non sarebbe dunque completa, se dopo aver esposto tutto ciò che è relativo ai rapporti dei coniugi fra loro non ci si occupasse anche dei rapporti coi terzi durante la comunione ed allo scioglimento della stessa.

Se nel regime della comunione esistono tre aziende (2), l'azienda del marito, l'azienda della moglie e l'azienda della comunione, durante la comunione ognuna di queste aziende può trovarsi in rapporti coi terzi in modo che si possono avere rapporti dei terzi coll'azienda della moglie, rapporti dei terzi coll'azienda del marito, rapporti dei terzi coll'azienda della comunione. Questi rapporti devono essere studiati tanto in loro stessi, quanto in relazione colla azienda della quale essi fanno parte.

58. Per l'art. 707 cod. civ. riguardo ai mobili per loro natura ed ai titoli al portatore, il possesso produce a favore dei terzi di buona fede gli effetti stessi del titolo. Per l'articolo 1242 del cod. civ. il pagamento fatto in buona fede a chi si trova nel possesso del credito è valido ancorchè il possessore ne abbia in seguito sofferta l'evizione. Per l'articolo 1942 prima parte cod. civ. le sentenze e gli atti enunciati nell'art. 1932 finchè non sieno trascritti non hanno effetto ai riguardi dei terzi che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti sull'immobile; dal che si deduce il principio che relativamente ai terzi gli atti che non sono stati trascritti giuridicamente non esistono, e, sempre relativamente ai terzi, gli atti giuridicamente esistono in quei termini che risultano dalla trascrizione. La moglie od il marito o la comunione possono trovarsi nel possesso di una cosa mobile, di un titolo al portatore, di un credito non appartenente a colui che se ne trova in possesso ma ad altro di loro; da atti trascritti o per effetto della non avvenuta trascrizione di atti può apparire che un immobile od un diritto immobiliare appartenga ad una azienda diversa da quella alla quale effettivamente appartiene. Dal momento che i casi descritti possono presentarsi per una qualunque delle aziende, le soluzioni che devono essere date hanno un carattere di generalità, e però devono essere esposte prima di entrare nell'esame di ciò che è speciale ad ogni singola azienda.

Al n. 7 si è posto il principio che il contratto di comunione di beni non porta alcun effetto sulla capacità personale delle parti che nella stessa sono interessate, ed altri effetti non produce che quelli propri di un qualunque contratto, oggetto del quale sia un bene di uno o di altro dei contraenti. Un qualunque contratto che sia intervenuto fra le parti non porta alcuna influenza sulla applicabilità degli art. 707, 1242, 1942 del cod. civ. nei rapporti fra uno dei contraenti ed i terzi; nessuna influenza sull'applicabilità di tali disposizioni dunque è esercitata dal contratto di comu-

(1) Il Ricci, op. cit., VII, 92, ritiene invece che uno dei coniugi non è tenuto a conferire nella comunione ristabilita il prezzo delle alienazioni e a costituirsi debitore del medesimo; di quest'ultima soluzione si dà per ragione che la legge non ingiunge siffatto obbligo e che la finzione del ristabilimento deve intendersi che non abbia valore per ciò che è entrato nell'ordine dei fatti compiuti. Ma questa limitazione non è fatta dalla legge; se i coniugi vogliono ristabilire la comunione lo devono fare alle condizioni volute dalla legge, se non vogliono che si produca la conseguenza che la legge dispone per il caso di ristabilimento facciano a meno di ristabilire la comunione. Troppo pericolo ci sarebbe di collisione fra coniugi a danno dei terzi se il principio accolto dal Ricci si dovesse ammettere

(2) Vedi retro, n. 22.

nione di beni. È questa la rigorosa conseguenza che si trae dalle premesse.

Ond'è che i terzi di buona fede coi quali tratta in nome proprio uno dei coniugi il quale si trovi in possesso di una cosa mobile per natura o di un titolo al portatore, e, limitatamente agli effetti del pagamento, nel possesso di un credito, non sono punto obbligati a prendere conoscenza del contratto matrimoniale per apprendere se il coniuge col quale trattano è maritato col regime della comunione o con altro regime matrimoniale; quando quel coniuge a lui si mostra in possesso della cosa mobile per natura, del titolo al portatore, del credito, ed egli è in buona fede, il coniuge di fronte a lui è libero dispositore della cosa, e per attaccare l'atto con lui compiuto, non potrebbe successivamente prodursi il contratto di matrimonio dal quale emergesse la convenuta comunione dei beni. E però la moglie non ha mezzo per attaccare l'atto dal marito compiuto in proprio nome, col quale esso marito disponeva di cosa mobile per natura o di titolo al portatore di proprietà di essa, anche se entrato in comunione per il solo godimento in natura; il marito, il quale vuole impedire alla moglie di disporre delle cose mobili o dei titoli al portatore di proprietà di esso marito o della comunione deve costringere la moglie a consegnarglieli, ed il marito, il quale vuole impedire alla moglie di riscuotere dal debitore di buona fede quei crediti per la riscossione dei quali non vi è bisogno di autorizzazione maritale, deve notificare al debitore l'avvenuto passaggio del credito dal godimento della moglie al godimento della comunione.

Tra le disposizioni applicabili nel regime della comunione si è detto esservi anche l'art. 1942 cod. civ. Se tale disposizione è applicabile, i terzi che trattano con uno dei coniugi per un immobile od un diritto immobiliare, non sono punto tenuti ad informarsi se il coniuge sia maritato col regime della comunione o con altro regime; essi trattano regolarmente con colui che da atti trascritti od in seguito alla mancata trascrizione di atti apparisce a loro libero dispositore dell'immobile o del diritto immobiliare. Per l'art. 1932, n. 6, cod. civ. devono essere resi pubblici mercè la trascrizione gli atti di società che hanno per oggetto il godimento dei beni immobili, quando la durata della società eccede i nove anni od è indeterminata. Il contratto di comunione dei beni sostanzialmente è un contratto di società in forza del quale la comunione acquista il godimento dei beni immobili dei coniugi, se essi hanno nel loro patrimonio di tali beni; la comunione dei beni è una società la cui durata è indeterminata. Da ciò ne viene che in tanto uno dei coniugi sarà di fronte ai terzi privato a benefizio della comunione del godimento dei suoi beni immobili, in quanto il contratto di comunione sia stato trascritto sugli immobili che al coniuge appartengono, e che in mancanza di trascrizione i terzi che hanno col coniuge proprietario trattato pel godimento dei beni immobili, non possono essere privati dei diritti da loro acquistati se non quando sia seguita antecedentemente alla trascrizione dell'atto da essi compiuta, la trascrizione del contratto matrimoniale. Ne viene anche, che se dall'uno o dall'altro dei coniugi o da ambedue viene acquistato durante la comunione un immobile, e che dall'atto col quale l'acquisto avvenne, o dalle note colle quali tale atto fu trascritto, o dalla trascrizione del contratto matrimoniale eseguita sull'immobile non apparisce che i coniugi sono in comunione di beni, il terzo che acquistasse diritti sull'immobile trattando col coniuge che dagli atti trascritti apparisce come proprietario non in comunione di beni, legittimamente acquisterebbe il diritto che a lui venisse trasferito, legittimamente inscriverebbe una ipoteca su quell'immobile. Questo principio non va però applicato in materia di tasse nel senso che non apparendo dall'atto che un immobile sia stato acquistato dalla comunione o da un coniuge in comunione di beni debba essere pagata la tassa di trasferimento per l'atto col quale, posteriormente all'acquisto, l'immobile fosse dichiarato proprietà della comunione o per l'atto divisionale col quale l'immobile venisse in tutto od in parte assegnato al coniuge che non apparisce acquisitore dello stesso. Come si è veduto al n. 27, la cosa acquistata da uno dei coniugi in comunione di beni diviene comune non in seguito ad una obbligazione personale di conferimento che gravi il coniuge che ha fatto l'acquisto, ma in seguito a che per fatto della esistenza della comunione universale l'acquisto si comunica dal socio acquisitore all'altro socio; nè l'atto col quale fosse dichiarato l'immobile della comunione nè l'atto divisionale col quale l'immobile fosse assegnato all'altro socio importano alcun trasferimento di proprietà e però non è dovuta alcuna tassa di trasferimento (1).

I principî esposti valgono quando l'uno o l'altro dei coniugi tratta coi terzi in nome proprio. Chè, se il coniuge trattasse coi terzi quale amministratore della comunione la soluzione sarebbe diversa. Per il solo fatto che il coniuge tratta come amministratore della comunione i terzi sanno che il coniuge tratta come mandatario; loro obbligo dunque, se vogliono agire regolarmente, si è di esaminare se il coniuge abbia o no il potere necessario per trattare con loro. Relativamente ai beni immobili i terzi non hanno grandi difficoltà da superare per conoscere se i beni dei quali il coniuge amministratore intende disporre appartengono o no alla comunione; se dai registri pubblici risulterà che i beni appartenevano all'uno od all'altro dei coniugi prima della comunione o furono devoluti loro per successione o donazione durante la medesima, sapranno senza altro che alla comunione non spetta che il godimento; se dai registri pubblici risulterà che i beni furono acquistati durante la comunione unitamente o separatamente dall'uno o dall'altro dei coniugi, sapranno che alla comunione ne spetta la proprietà, e che il coniuge amministratore può degli stessi disporre a titolo oneroso. La difficoltà seria si è per i mobili. L'art. 1437 del cod. civ. invero dispone che i coniugi devono fare una descrizione autentica dei loro beni mobili, l'art. 1446 dispone che solo questa descrizione autentica fa prova contro i terzi; ma dal momento che non è punto necessario che della esistenza della descrizione autentica consti nel contratto matrimoniale, i terzi che trattano col marito quale amministratore della comunione sono nella impossibilità di accertarsi obbiettivamente se la descrizione autentica esista o no; ond'è che possono trovarsi esposti, dopo aver trattato col marito nella persuasione che la descrizione autentica non esiste, ad una azione di rivendicazione da parte della moglie (2).

(1) La Cassazione di Roma, 21 gennaio 1886, *Finanze c. Riccari* (*Foro Ital.*, 1886. 1, 577), ritenne che, per gli effetti della tassa di registro, data una comunione universale, gli acquisti fatti dal rappresentante od amministratore della stessa, ed i danari a questi appartenenti, entrano a far parte della comunione.

(2) Secondo Laurent, op. cit., XXIII, 144, ciò non potrebbe

I terzi che trattano coll'amministratore per corpi certi che non si consumano coll'uso o che conservandosi non si deteriorano, se vogliono essere al coperto da qualunque azione dell'altro coniuge devono esigere l'intervento di questo nell'atto, onde dichiarare se la cosa è o non è portata nella descrizione autentica di cui all'art. 1437; una volta che il coniuge non amministratore fa una dichiarazione negativa o la cosa non fa parte della sua azienda particolare per la nuda proprietà, e di rivendicazioni non è il caso di discorrere; o fa parte ed è portata nella descrizione autentica, ed allora avendo concorso ad ingannare il terzo è colpevole di delitto, ed il terzo convenuto in rivendicazione, spiegando riconvenzionalmente l'azione di risarcimento, neutralizza gli effetti della rivendicazione proposta. Se dichiara che la cosa gli appartiene o si rifiuta ad intervenire nell'atto, il terzo è posto in avvertenza del pericolo, e se non ostante ciò tratta, deve imputare a sè le conseguenze dannose che può risentire. In tutti quei casi nei quali l'art. 1446 riceve applicazione la moglie non potrebbe provare contro i terzi l'appartenenza a sè dei mobili a mezzo di scrittura privata (1), e la clausola contenuta nel contratto matrimoniale con la quale la moglie si fosse riservato di provare con testimoni anche in confronto dei terzi la spettanza a lei dei beni mobili sarebbe nulla (2), dal momento che le convenzioni hanno effetto fra le sole parti; esse non pregiudicano nè giovano ai terzi (3), e pregiudicherebbe i terzi quella convenzione colla quale si stabilisse di poter usare in confronto dei terzi mezzi di prova diversi da quelli dalla legge ammessi.

Detto ciò in via generale, si può procedere ai rapporti speciali coi terzi di ogni singola azienda.

59. Al n. 28 si è veduto quali sono le cose appartenenti alla azienda particolare della moglie in rapporto alla azienda dell'altro coniuge ed alla azienda della comunione. Ma in rapporto ai terzi, in forza dell'applicabilità degli art. 707, 1262, 1942, prima parte, del cod. civ., applicabilità della quale si è discorso nel numero precedente, quei principî subiscono necessariamente delle modificazioni. Relativamente ai terzi di buona fede l'attivo della azienda particolare della moglie sarà composto degli immobili che da atti trascritti, o che per effetto della non avvenuta trascrizione di atti, appariscono competere ad essa in piena proprietà, della nuda proprietà di quegli immobili il cui godimento cade in comunione anche di fronte ai terzi, della nuda proprietà di quei mobili che caddero nella comunione per il godimento in natura e che i terzi con tutti i mezzi dei quali può far uso la moglie possono provare che ad essa competono (4), della nuda proprietà dei crediti della moglie verso la comunione per quelle cose che entrarono nella comunione pel godimento del valore, dei mobili per loro natura e dei titoli al portatore dei quali la moglie abbia il possesso, e limitatamente in rapporto al debitore che paga, anche dei crediti dei quali la moglie si trovasse in possesso. Per quanto concerne i mobili per loro natura ed ai titoli al portatore, però, il principio vale limitatamente agli atti translativi di proprietà o costitutivi di diritti reali ai quali la moglie addivenisse per le cose stesse coi terzi di buona fede; chè per quanto concerne l'esecuzione forzata di quelle cose, il possesso da parte della moglie non formerebbe che una presunzione la quale cadrebbe di fronte alla prova data, a mezzo del contratto di comunione, che quelle cose non appartengono per la proprietà, od anche pel solo godimento, alla moglie (5).

Per quanto concerne il passivo, di fronte ai terzi l'azienda della moglie si compone di tutti i debiti della moglie che esistevano prima della comunione, di quelli esistenti nelle successioni devolute alla moglie durante la comunione o gravanti le donazioni che alla moglie durante la comunione venissero fatte, e di quei debiti pure particolari che durante la comunione avesse contratti. Per questi ultimi, però, è d'uopo distinguere i debiti contratti nel nome e nell'interesse proprio dai debiti contratti nel nome proprio ma nell'interesse della comunione. I primi, non vi può esser dubbio, fanno parte della azienda particolare della moglie, ma i secondi fanno parte della azienda particolare della moglie se il terzo ignorava che l'obbligazione dalla moglie assunta, veniva assunta nell'interesse della comunione. Chè se il terzo sapeva che la moglie si obbligava nel nome proprio ma nell'interesse della comunione, il debito non fa parte delle sue passività; chi non può disporre in un determinato modo direttamente dei suoi beni, non può disporne indirettamente col contrarre un debito che sui suoi beni deve essere pagato. Fino a quando il terzo ignora che la moglie col contrarre il debito in nome proprio ma nell'interesse della comunione fa entrare nella comunione le sue attività particolari, la sua buona fede lo salva; ma quando egli sa ciò, egli concorre a rendere possibile l'elusione della legge, che non permette ai coniugi di far entrare nella comunione le loro attività particolari, e di questa sua azione illecita egli non può trarre profitto; in questo caso il debito non fa parte della azienda particolare della moglie, ma della azienda della comunione.

60. Se, come fu dimostrato al n. 34, ognuno dei coniugi conserva l'amministrazione della sua azienda particolare, i rapporti della moglie coi terzi in dipendenza della sua azienda particolare, sono da lei esclusivamente regolati. La moglie dunque agisce coi terzi per tutti i rapporti relativi alla sua azienda particolare, e per tali rapporti i terzi agiscono colla moglie; se le cose della moglie furono alienate dal marito, la moglie ha diritto di rivendicarle (6).

avvenire; perchè questo autore accogliendo il responso della Cassazione francese (4 agosto 1862: Dalloz, *Rec.* 1862, 1, 480) ritiene che per i mobili corporali alienati dal marito, la moglie abbia azione contro il marito per i danni, non mai contro il terzo per rivendicare i mobili. Che in diritto francese ciò possa ammettersi, può esser vero, ma pel codice italiano, nel quale, a differenza del codice francese, havvi una espressa disposizione (articolo 1442) che riconosce alla moglie il diritto di rivendicare i suoi mobili alienati dal marito, ciò non è ammissibile.

(1) Cass. francese, 19 giugno 1855 (Dalloz, *Rec.*, 1855, 1, 305).

(2) Laurent, op. cit., XXIII, 189. Contra: Corte di Poitiers, 26 dicembre 1868 (Dalloz, *Rec.*, 1869, 2, 43).

(3) Art. 1130 cod. civ.

(4) Non è dunque soltanto dei mobili che dalla descrizione autentica di cui all'articolo 1437 appariscono appartenere alla moglie, che si compone verso i terzi l'azienda particolare della moglie in comunione di beni. La ragione della decisione data nel testo sta nel principio che potendo la moglie agire contro la comunione per far dichiarare competere a lei le cose che, con mezzi di prova speciali a lei dalla legge consentiti, può provare che a lei competono, i creditori della moglie, in suo nome, in base dell'art. 1234 cod. civ. esercitano un tale diritto.

(5) Confr. art. 645 e seg. cod. proc. civ.

(6) Vedi Laurent, op. cit., XXIII, 145; Cass. francese, 19 giugno 1855 (Dalloz, *Rec.*, 1855, 1, 305).

Relativamente ai mezzi di prova, dei quali la moglie può far uso onde porre in essere che le cose alienate dal marito sono sue, per ciò che concerne le cose mobili è d'uopo distinguere il caso in cui quelle cose furono dal marito alienate come amministratore della comunione, dal caso in cui il marito le abbia alienate nel nome e nell'interesse proprio. Se il marito ha agito come amministratore della comunione, la moglie non può provare che le cose sono sue se non con la descrizione o con l'atto autentico di cui all'art. 1437; ma se il marito ha agito in nome proprio, salva sempre, se del caso, l'applicazione dell'art. 707 codice civile, la moglie può provare con tutti i mezzi che le sono consentiti in via ordinaria dalla legge, che le cose le appartengono: l'art. 1442 prevede il caso in cui il marito abbia agito come amministratore della comunione; quella disposizione di legge fa eccezione alle norme generali, e però non è estendibile al di là del caso dalla legge preveduto, non è estendibile al caso in cui il marito abbia agito nel nome e nell'interesse proprio.

La moglie in comunione di beni, però, non ha la pienezza dei diritti sulle cose sue; conseguentemente il principio che i rapporti della azienda particolare della moglie coi terzi sono da lei esclusivamente regolati, va soggetto ad una limitazione, va limitato all'interesse che la moglie ha sulle cose oggetto del rapporto. Ond'è che, quando per cose della moglie si ha l'interesse di questa e l'interesse della comunione, la moglie regola ciò che entra nel suo interesse, ma nulla può fare per ciò che concerne l'interesse della comunione, spettando l'amministrazione di questa al marito. Di qui ne viene che pei rapporti attivi concernenti i beni della moglie, questa non può coi terzi regolare tali rapporti che limitatamente alla nuda proprietà, ma relativamente al godimento spetta al marito di regolarli; i terzi non possono agire che sulla nuda proprietà delle cose della moglie, ma se vogliono agire sul godimento devono agire contro il marito; quando vi è l'interesse di agire per la o sulla piena proprietà, è d'uopo che si agisca da o contro la moglie ed il marito quale amministratore della comunione. In applicazione di questo principio la moglie che durante la comunione contraesse un debito particolare, impegna esclusivamente la nuda proprietà dei suoi beni, e solo su tale nuda proprietà i suoi creditori possono agire (1); la moglie che si fa a rivendicare verso i terzi una cosa sua, non può rivendicarla che per la nuda proprietà; per rivendicarla anche pel godimento è necessario l'intervento del marito quale amministratore dell'ente al quale il godimento appartiene. Viceversa, il terzo che vuole rivendicare una cosa sua, che è posseduta dalla moglie, se vuole rivendicare insieme la proprietà ed il godimento deve agire contro la moglie e contro il marito quale amministratore della comunione; il terzo che per una azione negativa di servitù sui beni della moglie volesse ottenere una sentenza efficace anche contro di questa, dovrebbe chiamarla in causa (2). La moglie può chiedere la condanna del suo debitore al pagamento della somma a lei dovuta, ma la riscossione della somma stessa, se non si tratta di crediti dipendenti dall'esercizio di una industria (3), non può esser fatta che dal marito quale amministratore della comunione, salvi gli effetti della buona fede da parte del debitore che avesse pagato il debito alla moglie trovantesi in possesso del diritto di esigere il credito stesso (4).

I creditori della moglie, si è detto, non possono agire che sulla nuda proprietà dei beni appartenenti alla moglie stessa. Ciò però non vale che per l'azione diretta dei creditori stessi; chè per quanto concerne l'azione indiretta che i creditori possono esercitare a nome del loro debitore, vi sono creditori che possono esercitarla anche contro la comunione. Tali creditori sono quelli che esistevano prima della comunione, nonchè quelli che ripetono i loro diritti contro la moglie in seguito ad una successione a questa devoluta o ad una donazione alla moglie fatta durante la comunione. Si è veduto al n. 29 che per questi debiti la moglie ha diritto di far vendere tanta parte della piena proprietà dei suoi beni quanta è necessaria a pagare tali creditori. Ora, siccome i creditori pel conseguimento di quanto loro è dovuto possono esercitare tutti i diritti e tutte le azioni competenti contro al loro debitore (5), così tali creditori avranno diritto di esercitare contro la comunione i diritti competenti alla moglie e di escutare tanto la nuda proprietà competente alla moglie, quanto il godimento appartenente alla comunione, onde pagarsi del loro avere; esercitando, ben inteso, la loro azione tanto contro la moglie quanto contro la comunione. Lo stesso è a dirsi di quei casi nei quali, come pel debito di interessi, di annualità a qualunque titolo dovute, la moglie ha diritto a che la comunione faccia i pagamenti; se il terzo ottiene la sentenza contro la sola moglie, può, esercitando i diritti di questa, richiedere il pagamento del suo avere alla comunione.

Dal momento che la moglie regola coi terzi i rapporti riferentisi alla sua azienda particolare, è in ciò affermato che pei rapporti stessi nè la comunione può agire in confronto dei terzi, nè i terzi possono agire in confronto della comunione. Di qui ne viene che i creditori della moglie non possono agire contro la comunione, nè su ciò che dalla comunione è stato acquistato, nè sul godimento dei beni del marito (6), e che se i creditori della moglie agiscono sui beni della comunione, questa ha diritto di chiedere la separazione (7). E non potrebbero agire sugli acquisti della comunione nemmeno limitatamente alla quota che su tali acquisti spetta alla moglie (8), dal momento che, fino a quando dura la società, i creditori del socio, senza violare i diritti acquistati dall'altro socio acchè il patrimonio sociale resti esclusivamente destinato a raggiungere il fine della società, non possono agire sulla quota spettante al

(1) Laurent, op. cit., XXIII, 162.
(2) Bianchi, op. cit., 416.
(3) Vedi retro, n. 26.
(4) Vedi retro, n. 59.
(5) Art. 1234 cod. civ.
(6) Laurent, op. cit., XXIII, 145, 160 e 162; Ricci, opera citata, VII, 89. Per il codice tedesco i beni della comunione rispondono delle obbligazioni della moglie che costituiscono carico dei suoi beni dotalizi (§ 1531), o risultanti da un atto giuridico fatto durante la comunione di acquisti nonchè delle spese delle liti che la moglie sostiene durante la comunione, allorchè l'atto è avvenuto o la causa sostenuta del consenso del marito, od allorquando, anche senza quel consenso, gli stessi hanno effetto a riguardo dei beni della comunione (§ 1532), o risultanti da un diritto o da un possesso su una cosa che alla moglie appartiene, allorquando questo diritto o questa cosa dipende da una professione lucrativa che la moglie esercita presentemente col consenso del marito (§ 1533), o che alla moglie incombono a causa dei suoi doveri legali di corresponsione alimentare (§ 1532).
(7) Laurent, op. cit., XXIII, 160 e 162.
(8) Vedi Ricci, loco cit.

socio loro debitore (1): se nella stessa comunione ordinaria i creditori di un comunista non possono agire che sulla quota che verrà a spettare al loro debitore nella divisione (2), a tanto maggior ragione questo principio deve valere nella società. Del resto, una esecuzione forzata sulla quota della moglie negli acquisti della comunione è incompatibile con l'art. 2077 cod. civ. Questo articolo autorizza l'esecuzione sulla quota di una cosa spettante ad un comunista, solo dopo avvenuta la divisione; ma la divisione degli utili della comunione non può avvenire che a comunione sciolta; la legge determina le cause per le quali la comunione si scioglie, e fra le cause dalla legge stabilite non è fatto cenno della esistenza di debiti. E non solo i creditori della moglie non possono agire sulla quota degli acquisti della comunione spettanti ad essa, ma anche una ipoteca che da loro fosse inscritta sulle cose acquistate capaci di tale inscrizione, non sarebbe che eventuale, nel caso in cui le cose allo scioglimento della comunione fossero ancora nel patrimonio in parola, e nella divisione fossero assegnate alla moglie (3).

Al principio che i creditori della moglie non hanno diritto di agire contro la comunione viene fatta una eccezione nel caso in cui la moglie eserciti il commercio; in questo caso obbligando la moglie il marito ristrettamente agli utili della comunione (4), i creditori hanno diritto di dirigere le loro azioni sugli acquisti della comunione, tanto sulla quota competente alla moglie, quanto su quella competente al marito. Se i creditori della moglie hanno diritto di dirigere le loro azioni sugli acquisti della comunione, a tanto maggior ragione avrassi diritto di agire sul godimento dei beni della moglie, spettanti alla comunione; ma non avranno diritto di agire sul godimento dei beni del marito, sebbene tale godimento spetti alla comunione, dal momento che non è l'intiera comunione che a termini dell'art. 14, capoverso primo, del codice di commercio, è tenuta pei debiti della moglie commerciante.

Come già si è avuto occasione di rilevarlo al n. 31, nel diritto italiano non si può ammettere il principio accolto dal codice francese (5), che i debiti dalla moglie incontrati col consenso del marito siano debiti della comunione (6); e però anche per questi debiti i creditori della moglie non possono agire che conformemente alle regole date per tutti gli altri debiti della moglie.

61. Quello che si è detto per la moglie va ripetuto anche per il marito, in quanto egli agisca in proprio nome e per il suo personale interesse. Nel marito vi sono due qualità: la qualità di proprietario della azienda a lui appartenente, e la qualità di amministratore della comunione. Queste due qualità non possono andare confuse; se egli agisce esclusivamente nel suo interesse e nel proprio nome non può pregiudicare la comunione; la comunione resta solo pregiudicata quando egli agisce o personalmente come amministratore della stessa, o cumulativamente nell'interesse e nel nome di essa e nell'interesse e nel nome proprio. Di qui risulta che dal diritto del marito di alienare i beni della comunione non può inferirsi, come fanno il Laurent (7) ed il Bianchi (8), che i creditori personali del marito possono esecutare i beni della comunione (9), salvo compenso alla moglie; lo potranno se il marito ha compiuto l'atto come amministratore della comunione, od anche solo nell'interesse della comunione; ma se il marito, senza dichiarare di agire in rappresentanza della comunione, ha posto in essere l'atto nell'interesse proprio, di esecuzione sui beni della comunione da parte dei creditori del marito non è il caso di discorrere. Ciò soffre eccezione nel caso in cui il marito sia commerciante, chè allora per riguardo alla comunione si verifica ciò che nel numero precedente si è detto verificarsi nel caso in cui commerciante sia la moglie (10).

Per ciò che concerne gli effetti che sui beni particolari del marito si producono in forza delle obbligazioni assunte per la comunione ci si occuperà in appresso.

62. I rapporti coi terzi possono essere relativi agli interessi della comunione.

Per i terzi la comunione esiste quale risulta dal contratto intervenuto fra marito e moglie e da quelle modificazioni al contratto stesso stipulate per atto pubblico prima del matrimonio, la cui esistenza risulta da annotazione fatta in calce od ai margini della minuta del contratto di matrimonio, annotazione che indichi l'atto che contiene la modificazione. È questo quanto l'art. 1384 dispone di fare per il contratto di matrimonio, e che però va applicato anche al contratto di comunione di beni.

I rapporti coi terzi non possono nascere che o in seguito al fatto di colui che amministra la comunione, od in seguito all'utile gestione da parte del suo amministratore, od in seguito alla locupletazione della comunione. I due ultimi casi non offrono difficoltà; chè la comunione stessa resti obbligata verso i terzi per la utile gestione e per la locupletazione, in forza dei principî generali relativi alla *negotiorum gestio* ed alla *in rem verso* non vi può essere dubbio; se qualche dubbio potesse sorgere, lo stesso è tolto dall'art. 1728 cod. civ., per il quale la società resta obbligata verso i terzi anche se chi ha contratto l'obbligazione non aveva la facoltà di obbligarla, se la cosa sia stata rivolta a vantaggio della società. Le difficoltà vi sono per il primo caso, ed è sullo stesso che è d'uopo intrattenersi.

È il solo amministratore che può trattare coi terzi per gli interessi della comunione; i terzi per azioni contro la comunione possono dirigersi contro il solo amministratore, tanto se si tratta di rapporti attivi che di passivi. Ond'è che l'esecuzione sui beni della comunione può essere promossa soltanto contro l'amministratore, contro l'amministratore soltanto può essere eseguito il sequestro della cosa mobile alla comunione appartenente (11); è all'amministratore della comunione che i terzi devono pagare ciò che devono all'uno od all'altro dei coniugi, e su cui alla comunione appartiene il godimento.

Il mandante è tenuto ad eseguire le obbligazioni contratte dal mandatario secondo le facoltà che gli ha dato. La comunione dunque resta obbligata verso i terzi per gli atti compiuti dal marito quale amministratore, nei limiti delle facoltà a lui competenti quale amministratore; per le ob-

(1) Confr. art. 85 cod. comm.
(2) Confr. art. 679 e 2077 cod. civ.
(3) Confr. art. 679 cod. civ.
(4) Vedi retro, n. 29.
(5) Art. 1409, n. 2, cod. francese.
(6) Contra Borsari, op. cit., § 3465.
(7) Op. cit., XXIII, 161.
(8) N. 425 e 426.
(9) Ricci, op. cit., VIII, 89.
(10) Art. 782 cod. comm. Vedi retro, n. 29.
(11) Laurent, op. cit., XXIII, 151.

bligazioni contratte dalla moglie quale amministratrice, nei casi in cui è di diritto surrogata al marito, e di quell'amministratore giudiziale che fosse stato nominato dal tribunale nel caso in cui ambedue i coniugi fossero nella impossibilità di amministrare. Le sentenze proferite contro l'amministratore fanno stato contro i coniugi anche se non intervenuti personalmente nel giudizio (1).

I poteri dell'amministratore della comunione, come si è veduto ai numeri 37 e 38, si estendono a tutta la gestione patrimoniale della comunione stessa, con due limitazioni però: l'amministratore non può fare gli atti a titolo oneroso con frode, non fare gli atti a titolo gratuito. Gli atti compresi in queste due limitazioni eccedono dunque i poteri dell'amministratore, agli atti stessi vanno applicate le norme relative agli atti compiuti con eccesso di mandato anche se l'atto a titolo gratuito sia simulato sotto la forma di atto a titolo oneroso. Il mandato al coniuge amministratore non è dato dall'altro coniuge, è dato dalla comunione; sicchè, salvo il diritto del coniuge non amministratore di opporsi pria che l'atto venga compiuto (2), se l'atto ha avuto giuridica esistenza, non compete alla moglie durante la comunione la facoltà di far dichiarare l'eccesso di mandato, e conseguentemente la facoltà di far dichiarare nullo l'atto (3); l'atto fraudolento e l'atto a titolo gratuito durante la comunione non possono essere dichiarati nulli, libera la moglie di chiedere la separazione di beni allegando gli atti compiuti, ed a comunione sciolta far valere i suoi diritti come sarà detto in appresso. Si è veduto (4) che ai coniugi di comune consenso è permesso di devenire ad atti a titolo gratuito di cose della comunione, anche durante la comunione stessa. Da questo principio ne viene che la moglie anche durante la comunione può ratificare l'atto a titolo gratuito compiuto dal marito (5), o l'atto fraudolento compiuto dall'amministratore, e vanno applicati in questi casi i principî relativi alla ratifica.

In forza del principio che nelle società civili non è la società che resta obbligata verso i terzi per le obbligazioni assunte dall'amministratore nei limiti delle facoltà che gli competono, ma restano obbligati i soci (6), nella comunione di beni, che, come si è veduto (7), è una società civile, in seguito alle obbligazioni assunte dall'amministratore, dovrebbero essere responsabili ambedue i coniugi. Ma per la comunione di beni questo principio soffre delle restrizioni. Se alla moglie, sciolta che sia la comunione, compete il diritto di rinunziare alla stessa o di accettarla col beneficio dell'inventario, e però compete il diritto di non rispondere dei debiti della comunione, o di rispondere degli stessi fino alla concorrenza della propria quota delle attività, questo diritto non può essere pregiudicato col costringerla a rispondere coi propri beni durante la comunione per le obbligazioni assunte dal marito quale amministratore. Questo principio non soffre restrizioni anche se la moglie fosse intervenuta nel proprio nome nelle obbligazioni che il marito assunse quale amministratore della comunione (8), perchè la moglie, che non può pregiudicare direttamente il suo diritto di non rispondere dei debiti della comunione o di rispondere solo fino alla concorrenza delle attività della comunione stessa, non può pregiudicarlo indirettamente coll'assumere durante la comunione l'obbligo di rispondere del proprio per i debiti della comunione stessa. Ond'è che, se per un debito della comunione il terzo agisce sui beni spettanti alla moglie, essa ha diritto di proporre la domanda di separazione (9): se però i beni sui quali la esecuzione è diretta sono mobili, essa non può provare che i mobili appartengono a lei che colla descrizione o con l'atto autentico di cui l'art. 1437 del codice fa parola, perchè questo è il solo mezzo consentito dall'art. 1442 del codice alla moglie per provare che le cose mobili appartengono ad essa, e non già alla comunione.

Il marito non ha facoltà di rinunziare alla comunione o di accettarla col benefizio dell'inventario; il marito dunque è tenuto illimitatamente per le obbligazioni della comunione, anche per la quota che nella società ordinaria starebbe a carico della moglie; egli obbligandosi per la comunione obbliga tutti i suoi beni, tanto quelli che fanno parte, quanto quelli che non fanno parte della comunione; ed i terzi che agiscono col marito hanno diritto di dirigere le loro azioni su tutti i beni della comunione e del marito, salvo a questi ripetere dalla comunione quanto fu da lui pagato coi propri beni particolari per debiti di questa (10). Questi principî sono applicabili sia il marito l'amministratore della comunione, o sia la comunione amministrata dalla moglie o da un terzo, perchè anche in questi casi la moglie non cessa di avere il diritto di rinunziare alla comunione o di accettarla col benefizio dell'inventario; havvi cioè la ragione per la quale non si può durante la comunione agire contro la moglie.

Fino a che il marito agisce come amministratore della comunione, od agisce nel nome proprio ma nell'interesse della comunione, questi principî non presentano difficoltà, come non offre difficoltà il caso in cui dall'atto apparisce che il marito agisce nel suo interesse particolare, o nulla risultando dall'atto il marito dichiara di agire esclusivamente nell'interesse proprio. Ma può accadere che il marito agisca senza dichiarare in quale qualità agisce e senza che dall'atto risulti nell'interesse di chi lo stesso è stato compiuto, se cioè sia stato compiuto nell'interesse particolare del marito o nell'interesse della comunione. In diritto francese difficoltà non ve ne sono: essendo tutti i debiti contratti dal marito durante la comunione debiti della comunione (11), i beni della comunione rispondono delle obbligazioni del marito, siano state contratte nel nome e nell'interesse della comunione, o nel nome e nell'interesse proprio. Ma nel diritto italiano nel quale non havvi una disposizione eguale a quella dell'art. 1409, n. 2, del codice francese, e

(1) Ricci, op. cit., VII, 87.

(2) Vedi retro, n. 37.

(3) Per il § 1449 del codice tedesco invece, se il marito dispone senza il consenso della moglie di un diritto facente parte dei beni comuni, la moglie, senza l'intervento del marito, può far valere questi diritti in giudizio cont o i terzi.

(4) Vedi retro, n. 38.

(5) Laurent, op. cit., XXIII, 21. Bianchi, op. cit., 422, ritengono che solo a scioglimento avvenuto della comunione possono essere dalla moglie ratificati gli atti a titolo gratuito posti in essere dal marito; ma questa è una conseguenza del principio accolto da questi scrittori, che durante la comunione gli atti a titolo gratuito, anche di comune consenso, non possono essere compiuti, principio che, come fu dimostrato al n. 38, non può essere ammesso in diritto italiano.

(6) Confr. art. 1726 e 1727 cod. civ.

(7) Vedi retro, n. 9.

(8) Contra Ricci, op. cit., VII, 93.

(9) Laurent, op. cit., XXIII, 145; Corte di Parigi, 23 febbraio 1835 (Dalloz, *Rép.*, voce *Contrat de mariage*, n. 2616).

(10) Laurent, op. cit., XXIII, 166.

(11) Art. 1409, n. 2, cod. francese.

pel quale il marito non è che amministratore della comunione, quel principio non può essere ammesso: in diritto italiano se il marito non ha agito come amministratore della comunione, o non ha agito nell'interesse della comunione, od a profitto della comunione non è andato ciò che in forza dell'atto è stato acquistato, le cose della comunione non rispondono, risponde solo il patrimonio particolare del coniuge (1). Se il terzo non prova l'esistenza di uno di quei fatti in presenza dei quali la comunione resta obbligata, egli non può dirigere le sue azioni che sui beni particolari del marito.

63. I creditori della comunione possono trovarsi in concorso coi creditori particolari del marito (2). In diritto francese vi è divergenza di opinioni sul punto se fra creditori della comunione e creditori particolari del marito vi sia un qualche diritto di preferenza (3). In Italia fu giudicato che nel regime della comunione dei beni le iscrizioni ipotecarie dei creditori della comunione precedono quelle che i creditori particolari dell'uno o dell'altro coniuge abbiano prese sui beni della comunione, quantunque anteriori di data (4). Rimandando a quando si parlerà dei rapporti coi terzi a comunione sciolta l'esame dei rapporti di più creditori fra loro dopo lo scioglimento della comunione, ed attenendosi esclusivamente a questo luogo ai rapporti fra creditori e comunione ancora sussistente, non vi può esser dubbio che di concorso dei creditori della comunione e dei creditori del marito non si può parlare, per quanto concerne i beni della comunione; i creditori particolari del marito non hanno alcun diritto sui beni della comunione, e però i creditori della comunione sono i soli aventi diritto sui beni stessi. Ma, siccome dei debiti della comunione il marito risponde anche coi suoi beni particolari, così su questi i creditori tutti hanno eguale diritto, e della pozîorità del diritto degli uni e degli altri dovrà essere giudicato secondo le norme ordinarie. Ma se i creditori della comunione si sono pagati sui beni del marito, i creditori particolari di questo che rimanessero incapienti possono dirigere le loro azioni sui beni della comunione fino alla concorrenza di ciò che per questa sia stato pagato sui beni del marito: il credito del marito verso la comunione, per quanto per questa sia stato pagato coi suoi beni personali, è un bene del marito, che può essere dai suoi creditori esecutato; in seguito alla esecuzione il credito del marito diviene credito del suo creditore, e però questo diviene creditore della comunione, ed ha diritto al trattamento dei creditori tutti della comunione.

64. Dei casi nei quali avviene lo scioglimento della comunione, solo per il caso di separazione dei beni la legge ha espresse disposizioni relativamente ai rapporti coi terzi.

Anzitutto per il capoverso dell'art. **1442**, che richiama l'art. **1421**, i creditori della moglie non possono senza il suo consenso chiedere la separazione dei beni; interessi di ordine morale possono consigliare la moglie a non chiedere la separazione dei beni anche se si verificassero fatti che le darebbero diritto di chiedere la separazione, e però il diritto dei creditori di esercitare le azioni del loro debitore in questo caso non deve poter essere esercitato. In secondo luogo la domanda di separazione di beni fra coniugi, uno dei quali sia commerciante, deve essere pubblicata mediante presentazione alla cancelleria del tribunale di commercio nella cui giurisdizione il coniuge ha il suo stabilimento commerciale, per essere a cura del cancelliere trascritta nel registro a ciò destinato, ed affissa nelle sale del tribunale, nelle sale del Comune e nei locali della borsa più vicina (5).

Per il capoverso primo dell'art. **19** del codice di commercio non può essere pronunziata sentenza sulla domanda di separazione se non dopo un mese dalla suddetta pubblicazione. Questo però non è un comando fatto al giudice, è un comando fatto alle parti acciò la sentenza possa essere efficace contro i terzi; sicchè, se il giudice è richiesto dalle parti di pronunziare la sentenza anche prima della decorrenza dei trenta giorni, o se dagli atti non risulta la qualità di commerciante di uno dei coniugi, il magistrato pronunzia la sua sentenza, salvo ai terzi il diritto di impugnare il procedimento come non avente per loro efficacia. Anche la sentenza, entro un mese dalla sua data deve essere pubblicata nei modi stessi coi quali deve essere pubblicata la domanda (6). In mancanza delle prescritte pubblicazioni i creditori per causa di commercio possono opporsi in qualunque tempo alla separazione pronunziata, per ciò che riguarda il loro interesse, ed impugnare la decisione avvenuta (7). In tal caso la comunione, per ciò che riguarda gli interessi degli opponenti, è come se sussistesse ancora; gli acquisti che fossero stati fatti dal coniuge non commerciante sono acquisti della comunione.

In tema di separazione della dote dai beni del marito, l'art. **1422** cod. civ. dispone che i creditori del marito possono reclamare contro la separazione della dote pronunziata dalla Autorità giudiziaria ed anche eseguita in frode ai loro diritti, e possono altresì intervenire nel giudizio per opporsi alla domanda di separazione. Fra gli articoli richiamati dall'art. **1442**, capov., del codice civile non vi è l'art. **1422**. La ragione di questo silenzio della legge sta nel fatto che, nel mentre nella separazione della dote dai beni del marito è possibile la frode alle ragioni dei creditori, dal momento che sui beni della comunione i creditori del marito non hanno alcun diritto, nella separazione dei beni la frode alle

(1) Ricci, op. cit., VII, 89. — Contra: Bianchi, op. cit., 426. Anche l'Appello di Catania (27 agosto 1879, *Alva Lo Greco* c. *Musumeci: Giur. Cat.*, 1879, 164) decise che i debiti contratti dal marito durante la comunione obbligano la moglie pei beni della comunione. Queste decisioni si risentono troppo delle influenze degli scrittori francesi e non tengono conto delle differenze che esistono fra il codice italiano ed il codice francese. Non basta che a qualcuno sia conferito un mandato perchè dalle obbligazioni che il mandatario contrae nel nome e nell'interesse proprio rispondano le cose del mandante; e si verrebbe ad ammettere che delle obbligazioni contratte dal mandante in proprio nome e nel proprio interesse debbano rispondere le cose del mandante, qualora si ammettesse che delle obbligazioni personali del marito dovessero rispondere i beni della comunione.

(2) Il concorso non può verificarsi fra creditori particolari della moglie e creditori della comunione, dal momento che i creditori particolari della moglie non possono agire sui beni della comunione, ed i creditori della comunione non possono agire sui beni particolari della moglie.

(3) Vedi Laurent, op. cit., XXIII, 193: Corte di Bordeaux, 23 gennaio 1826 e 6 luglio 1832 (Dalloz, *Rép*, voce *Contrat de mariage*, n 2511).

(4) App. Casale, 16 agosto 1882, *Maccagni e De Vecchi* c. *Roberti* (*Giur. Cas.*, 1883, 11).

(5) Art. 19, 1ª parte, e 9, capov, cod. comm.

(6) Art. 19, capov. 1°, cod. comm.

(7) Art 19, capov. 2°, cod. comm.

ragioni dei creditori del marito non è possibile che nella divisione della comunione, e per ciò che concerne la divisione della comunione per tutelare i creditori dalle frodi havvi la disposizione dell'art. 680 cod. civ., senza uopo che vi siano nella legge altre disposizioni speciali. Inapplicabile l'art. 1422 alla separazione dei beni, l'ultimo inciso dell'art. 19, capov. 2°, del codice di commercio (1) non può ricevere applicazione alla materia della quale si sta trattando.

Si è veduto che lo scioglimento della comunione è una conseguenza della separazione personale, la quale può anche essere consensuale. In questo caso se la separazione personale è consentita al solo scopo di render possibile lo scioglimento di una comunione che altrimenti non potrebbe essere sciolta, lo scioglimento della comunione non ha effetto anche in confronto dei terzi, i terzi hanno diritto di impugnare l'atto per frode dimostrando l'esistenza di questa; quando la legge viene elusa e l'elusione produce danno ai terzi, i terzi sono ammessi alla impugnativa dell'atto che a loro cagiona nocumento, qualunque sia la natura dello stesso.

65. Sciolta la comunione, cessa di fronte ai terzi qualunque potere del marito come amministratore, senza che sia necessaria, quando lo scioglimento avviene in seguito a sentenza, la trascrizione della sentenza stessa; devono essere trascritti i contratti di società, non già gli atti a mezzo dei quali la società si scioglie (2); ognuno dei coniugi diviene di pien diritto di fronte ai terzi libero dispositore dei suoi beni, e di quella quota della comunione che a lui spetta, tutti i diritti acquistati dai terzi sul godimento dei beni della moglie si risolvono. Ond'è che, se il marito avesse alienato il godimento dei beni della moglie, il diritto del terzo di godere dei beni stessi si risolverebbe coll'avvenuto scioglimento. Le locazioni fatte dei beni della moglie dal marito per un tempo eccedente i cinque anni, non sono durevoli che per il quinquennio in corso al tempo in cui la comunione è sciolta, computando il primo quinquennio dal giorno in cui ebbe principio la locazione, e gli altri successivi dalla scadenza del primo quinquennio (3). Le locazioni per un quinquennio e per minor tempo che il marito ha pattuito o rinnovato più di un anno prima della loro esecuzione se i beni sono rustici, e più di sei mesi prima se trattasi di case, non hanno alcun effetto, quando la loro esecuzione non abbia cominciato prima dello scioglimento della comunione (4).

I terzi acquistano il diritto di agire per i loro diritti liberamente contro il coniuge loro debitore anche sulla quota della comunione a lui spettante, i creditori della comunione non possono più agire contro il marito amministratore, ma devono agire contro ciascuno dei coniugi per la quota di debito a lui spettante.

Per i debiti della comunione i coniugi sono obbligati verso il creditore con cui il marito ha contrattato, ciascuno per una somma e parte eguale, ancorchè uno di essi abbia nella comunione una parte minore, se il contratto non ha specialmente ristretta l'obbligazione di questi in ragione della sua porzione (5). La divisione dei crediti e dei debiti avviene di pien diritto fra i coniugi, sicchè ognuno di loro paga e riscuote la sola porzione che rispettivamente a lui è addossata o spetta. I creditori della comunione e quelli particolari di ciascun coniuge si vengono a trovare nella stessa posizione giuridica senza alcun diritto speciale di poziorità degli uni in confronto degli altri (6), salvo l'applicazione delle norme generali. A ciò persuade la considerazione che, come nelle successioni si verifica il fenomeno della confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede, così tal fenomeno deve prodursi allo scioglimento della comunione per il patrimonio di questa e quello di ciascun coniuge; per impedire tale confusione, havvi quell'istituto speciale che è la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, ma tale istituto non è applicabile alla comunione dei beni, dal momento che esso nelle disposizioni relative alla comunione non vi è richiamato.

La moglie continua a godere del diritto di impugnare, per ciò che concerne il suo interesse, gli atti fraudolenti od a titolo gratuito posti in essere dal marito (7), ma al marito non spetta il diritto di impugnare gli atti stessi. Ond'è che la moglie non può impugnare l'atto fraudolento od a titolo gratuito per intiero, ma solo per la quota che le spetta nella comunione (8). Laurent (9) e Bianchi (10) ritengono che l'atto a titolo gratuito sarebbe intieramente valido se la cosa donata fosse assegnata nella divisione al marito. Necessariamente, se la moglie, invece di scegliere l'azione di nullità contro i terzi dell'atto a titolo gratuito, sceglie di prelevare dalla comunione altrettanto di ciò che dal marito è stato donato, il marito non potrà agire contro i terzi per ottenere la restituzione della cosa donata; ma questa soluzione non dipende dal fatto che la cosa viene assegnata al marito, ma dal fatto che il marito non può insorgere contro il fatto proprio; la divisione non può avvenire se non delle cose che vi sono nel patrimonio della comunione, ma, se le cose non vi sono più, vi potrà essere un debito del marito verso la comunione per il valore delle cose stesse, debito che potrà essere tacitato a mezzo di conguaglio, giammai con assegnazione al marito di cosa che non vi è più.

Si ritiene che nel caso di frode alla moglie compete il diritto di esperire l'azione pauliana (11). Ciò non è esatto. L'azione pauliana, a termini dell'art. 1235 cod. civ., compete ai creditori per il conseguimento di quanto è loro dovuto; ma la moglie non è creditrice, è comproprietaria della azienda che il marito ha il mandato di amministrare senza frode; non è dunque l'azione pauliana che compete alla moglie; è l'azione che compete a chi ha dato un mandato, contro gli atti che il mandatario ha compiuto con eccesso

(1) Art. 19, capov. 2°, ultimo inciso, codice di commercio: « Possono inoltre (i creditori nel caso di separazione) esercitare l'azione accordata dall'art. 1422 codice civile quando la separazione sia fatta in frode ai loro diritti ».

(2) Per il cod. tedesco, per il quale è disposto un apposito registro per i contratti matrimoniali (confr. § 1558 e capov.) lo scioglimento della comunione non ha effetto verso i terzi se non è stato inscritto in questo registro (§ 1545, capov.).

(3) Art. 1439, e 493, 1ª parte, cod. civ.

(4) Art. 1439 e 493, capov., cod. civ.

(5) Art. 1727 cod. civ.

(6) Per i codici spagnuolo e tedesco, i quali ammettono una liquidazione della comunione (confr. art. 1418 e capov. codice spagnuolo, e § 1546 codice tedesco), i creditori particolari dei coniugi acquistano diritto sui beni della comunione solo quando sono stati pagati i creditori di questa (capov. art. 1450, capov. 2°, codice spagnuolo, e § 1475 combinato col 1476 cod. tedesco).

(7) Laurent, op. cit., XXII, 20; Bianchi, op. cit., 423.

(8) Bianchi, op. cit., 423.

(9) Op. cit., XXIII, 20.

(10) Op. cit., n. 423.

(11) Troplong, op. cit., 874; Laurent, op. cit., XXIII, 40 Bianchi, p. cit., 419.

delle sue facoltà. Non è l'azione dell'art. 1235, ma quella dell'art. 1725 codice civile che in questo caso deve essere esperita.

Nei rapporti fra la moglie ed il terzo col quale il marito deviene all'atto fraudolento od a titolo gratuito, la prescrizione non decorre fino a che la comunione non è sciolta (1); se oggetto dell'atto è un immobile, od un diritto reale sopra un immobile, la prescrizione trentennale decorre a vantaggio del terzo possessore dell'immobile o del diritto stesso (2).

Se il marito come amministratore della comunione ha alienato beni di proprietà della moglie, che nella comunione siano caduti per il godimento in natura, la moglie ha diritto di rivendicarli dai terzi tanto per la proprietà quanto per il godimento. Se però si tratta di mobili, per dimostrare che le appartengono non può usare di altra prova che della descrizione e dell'atto autentico di cui all'art. 1437 cod. civ.

Il coniuge può avere nel suo testamento disposto per legato cose della comunione. Nel diritto francese l'art. 1423 del cod. civ., dispone che nel caso di legato fatto dal marito di cose della comunione, il legatario può pretendere la cosa legata in natura se questa nella divisione è assegnata agli eredi del marito; se è assegnata agli eredi della moglie, il legatario riceve l'equivalente in danaro. Nel diritto italiano, nel quale non esiste alcuna disposizione simile a quella dell'art. 1423 del codice francese, non può ammettersi siffatta soluzione; nel diritto italiano il caso va regolato dall'art. 839 del cod. civ., tanto se il disponente sia il marito, quanto se sia la moglie. Ond'è che il legatario avrà diritto sulla sola quota della cosa competente al testatore, salvo che risulti la volontà di questo a legare la cosa per intiero, ed allora è in facoltà dell'erede o di acquistare la quota della cosa legata che non competeva al disponente, per rimettere la cosa stessa al legatario, o di pagarne a questo il giusto prezzo. Che se la cosa legata, quando il legatario non ha diritto che alla quota del disponente, venisse nella divisione assegnata per intiero all'altro coniuge, il legatario avrebbe diritto di ottenere il valore della quota del disponente sulla cosa stessa.

66. La moglie può rinunziare alla comunione. Se rinunzia con pregiudizio dei suoi creditori particolari, questi possono farsi autorizzare giudizialmente ad accettare la comunione in nome e vece della loro debitrice, ed in questo caso la rinuncia è annullata, non in favore della moglie, ma solamente a vantaggio dei suoi creditori e per la concorrenza dei loro crediti (3). Se i creditori della moglie non impugnano la rinuncia, la rinuncia stessa è definitiva, e per effetto della stessa i terzi possono dirigere le loro azioni solo contro il marito. La moglie però può trovarsi in concorso coi creditori della comunione e coi creditori particolari del marito, per l'esercizio dei prelevamenti per il valore dei mobili che in seguito al godimento competente alla comunione sono entrati in comunione pel godimento del valore, e dei mobili che entrati pel godimento in natura furono alienati. Per quanto concerne il valore di questi ultimi, l'art. 1446 accorda alla moglie il diritto di regresso sulla comunione spettante al marito, ed anche sui beni particolari del marito. Ma con ciò non è stabilita una preferenza della moglie sui creditori della comunione; l'art. 1416 enumera le cose sulle quali il diritto della moglie può esercitarsi, ma non dispone che le cose stesse sieno legate al soddisfacimento dei diritti della moglie invece che al soddisfacimento dei diritti dei creditori, nel tempo stesso che al titolo dei privilegi non è stabilito alcun privilegio della moglie pei suoi crediti risultanti dalla comunione di beni. Ond'è che la moglie non può esercitare i suoi diritti che in concorso dei creditori della comunione e dei creditori del marito, secondo il diritto comune. Se questo si deve decidere per i crediti della moglie dipendenti dalla eseguita alienazione dei mobili che avrebbero dovuto esistere in natura, a tanto maggior ragione si deve dire pel valore dei mobili che sono entrati nella comunione per il godimento del valore: anche per questi la moglie esercita i suoi diritti in concorso dei creditori della comunione e del marito secondo le norme ordinarie. La prova della esistenza di questi crediti può essere data dalla moglie con tutti quei mezzi speciali che a lei sono concessi dalla legge, senza la restrizione di cui all'art. 1446: la moglie è costituita creditrice del marito, esercita i suoi diritti come qualunque altro creditore.

La moglie può essere debitrice della comunione: in questo caso i creditori della comunione e del marito, mutuando i diritti al marito competenti, possono agire contro la moglie coll'azione indiretta di cui all'art. 1234 cod. civ.

Se la moglie accetta la comunione col beneficio dell'inventario, essa esercita i suoi diritti di prelevamento in confronto dei terzi alla stessa guisa della moglie che rinuncia alla comunione. La moglie ha l'obbligo di amministrare le attività della comunione ad essa competenti, composte tanto della quota proporzionale quanto di quella qualunque antiparte che a suo favore fosse stata stipulata, e di render conto della sua amministrazione ai creditori; non può essere costretta al pagamento coi suoi beni particolari che dopo essere stata posta in mora a presentare il conto, e quando non abbia soddisfatto ancora a questa obbligazione: dopo la liquidazione del conto non può essere costretta al pagamento coi suoi beni che fino alla concorrenza delle somme di cui fosse debitrice (4). Non è obbligata che per le colpe gravi commesse nella amministrazione di cui è incaricata (5). I creditori possono far assegnare alla moglie un termine pel rendimento del conto (6). Se lo richiedono i creditori deve dare idonee cautele per il valore dei beni mobili compresi nell'inventario, per i frutti dei beni immobili e per il prezzo dei medesimi che fosse per sopravvanzare al pagamento dei creditori ipotecari; quando non le dia, l'Autorità giudiziaria provvederà per la sicurezza degli interessati (7). Per la quota dei debiti della comunione che a lei è addossata, se le sono notificate opposizioni da parte dei creditori o di altri interessati, non può pagare che secondo l'ordine ed il modo che sarà determinato dalla autorità giudiziaria; se non vi sono opposizioni decorso un mese dalla trascrizione ed iscrizione di cui nell'art. 955, ovvero del compimento dell'inventario, quando la detta pubblicazione sia stata anteriore, la moglie paga i creditori a misura che si presentano, salvi però i loro diritti di preferenza (8). I creditori non opponenti, i quali si presentano dopo esaurita la quota di attivo della comunione nel pagamento degli altri creditori, hanno soltanto

(1) Art. 2120, capov. ult., cod. civ.
(2) Art. 2121 cod. civ.
(3) Art. 949 cod. civ.
(4) Art. 969 cod. civ.
(5) Art. 970 cod. civ.
(6) Art. 971 cod. civ.
(7) Art. 975 cod. civ.
(8) Art. 976 cod. civ.

ragione contro il marito (1); ma fino a quando l'asse attivo della quota della comunione non è esaurito, i creditori non possono esercitare i loro diritti contro il marito; nel caso di accettazione col beneficio dell'inventario il marito non è che debitore sussidiario di ciò che dalla moglie sarebbe dovuto se la comunione fosse stata accettata puramente.

L'art. 977, capov., cod. civ., stabilisce che l'azione di regresso contro i legatari pel pagamento di quanto non si può ottenere dall'asse creditario, si prescrive in tre anni; ma questa disposizione non può essere applicata per analogia all'azione di regresso dei creditori non pagati contro il marito: tutti i casi di prescrizione che si compiono in un termine minore dell'ordinario sono casi eccezionali, e però le disposizioni date dalla legge per i casi stessi non ammettono applicazione estensiva. Finchè la quota della comunione non è epurata completamente dal passivo, ai creditori della moglie non compete alcun diritto sui beni della comunione stessa, se non coll'onere di adempiere quelle obbligazioni che la moglie coi beni stessi deve adempiere.

67. Sciolta la comunione di beni, come si è veduto al n. 49, si genera fra marito e moglie, o loro eredi, una comunione ordinaria. E però ognuno di loro può liberamente alienare, cedere o ipotecare la quota competentegli, od anche sostituire altri a sè nel godimento di essa. Ma l'effetto della alienazione e della ipoteca si limita a quella quota che spetterà al partecipante nella divisione (2). I creditori di ciascuno dei coniugi possono chiedere la divisione degli acquisti (3); anche solo per esecutare i beni al loro debitore spettanti (4), possono a nome del loro debitore eseguire i prelevamenti ai quali questi ha diritto, usando, se creditori della moglie, i mezzi speciali di prova a favore di questa dalla legge consentiti (5). I creditori e cessionari dei partecipanti possono opporsi alla divisione alla quale si proceda senza il loro intervento, e possono intervenire a proprie spese, ma non possono impugnare una divisione consumata, eccetto il caso di frode o di divisione eseguita nonostante una formale opposizione, e salvo sempre ad essi l'esperimento delle ragioni del debitore o cedente (6).

Non ostante la divisione avvenuta, se uno dei coniugi è commerciante, possono gli acquisti assegnati nella divisione all'altro coniuge essere appresi dai creditori. Se il marito è commerciante, la quota di acquisti spettante alla moglie può essere appresa dai creditori del marito in forza delle disposizioni scritte nell'art. 782 codice di commercio, senza distinguere i creditori anteriori allo scioglimento della comunione da quelli il cui diritto è sorto posteriormente. Se è la moglie che è commerciante, la quota di acquisti assegnata al marito può esser appresa dai creditori della moglie in base all'art. 14, capov. 1°, del codice di commercio. Ma in questo caso sono i soli creditori anteriori allo scioglimento della comunione che possono esercitare un tale diritto: il motivo dell'art. 14 citato si è che, come il marito risente gli utili del commercio esercitato dalla moglie, così deve sottostare anche alla perdita; ma, sciolta la comunione, il marito non risente più gli utili, non deve dunque alle perdite sottostare, e però i creditori posteriori allo scioglimento della comunione non possono esercitare contro il marito alcun diritto sulla quota di acquisti da esso realizzata. Se il coniuge, la quota degli acquisti del quale può essere appresa dai creditori dell'altro coniuge, ha alienato la quota stessa, deve rispondere ai creditori del valore.

68. Sciolta la comunione, si è veduto al n. 56 che vi sono casi nei quali la stessa può essere ristabilita con atto pubblico. Quest'atto pubblico è un contratto di società perchè collo stesso si ristabilisce quella società che più non esiste in seguito all'avvenuto scioglimento; ond'è che se i coniugi hanno beni immobili, l'atto stesso per avere efficacia verso i terzi deve essere trascritto alla stessa guisa del contratto di matrimonio. Quest'atto ha influenza sui rapporti patrimoniali fra coniugi, dunque se uno dei coniugi è commerciante, quest'atto deve essere pubblicato alla stessa guisa del contratto matrimoniale.

Per l'art. 1433, 1ª parte, del codice civile, nel caso di ristabilimento, la comunione riprende il suo effetto, come se lo scioglimento non avesse avuto luogo, senza pregiudizio delle ragioni acquistate dai terzi durante la separazione. Ond'è che, se durante la comunione o dopo lo scioglimento della stessa uno dei coniugi ha contratto dei debiti, il debitore dopo il ristabilimento della comunione può agire, mutuando i diritti del coniuge, contro la comunione, onde far vendere la piena proprietà di tanta parte dei beni del coniuge debitore, quanta è sufficiente a pagarlo del suo avere: all'avvenuto scioglimento della comunione il creditore ha acquistato il diritto ad agire sopra tutti i beni del coniuge, e però il suo diritto non può essere pregiudicato dal ristabilimento. Ne viene anche che il ristabilimento della comunione non porta alcuna influenza sugli atti a titolo gratuito od a titolo oneroso che uno dei coniugi avesse compiuti in confronto dei terzi relativamente ai propri beni, comprese in questi anche quelle cose che fossero state assegnate al coniuge nella divisione.

Se il ristabilimento della comunione non porta alcun pregiudizio alle ragioni acquistate dai terzi durante la separazione, per parità di ragione non può portare effetti sui diritti acquistati dal coniuge contro i terzi; ond'è che, se prima dello scioglimento della comunione fosse stato dalla comunione alienato il godimento dei beni dell'uno o dell'altro coniuge, od il marito pei beni della moglie avesse convenuto locazioni di lunghissima durata, col ristabilimento della comunione non rivivrebbero i diritti del terzo: coll'avvenuto scioglimento della comunione i diritti dei terzi sono estinti e non potrebbero risorgere per la convenzione di ristabilimento alla quale essi sono estranei; salvo ad essi il provare che scopo dello scioglimento quello si fu di rendere frustranei i loro diritti.

Capo VI. — Diritto transitorio e diritto internazionale.

69. Diritto transitorio. – 70. Diritto internazionale.

69. La legge non dispone che per l'avvenire; essa non ha effetto retroattivo (7) in pregiudizio dei diritti acquisiti. In materia di regime matrimoniale i diritti dei coniugi vengono acquisiti non già al momento in cui si forma il contratto matrimoniale, ma al momento in cui il matrimonio viene celebrato. Di qui ne viene che la comunione di beni

(1) Confr. art. 977 cod civ.
(2) Art. 679 cod. civ.
(3) Art. 681 e 1234 cod. civ.
(4) Art. 2077 cod. civ.
(5) Art. 1234 cod. civ.
(6) Art. 600 cod. civ.
(7) Art. 2 tit. prel. cod. civ.

è regolata dalle leggi vigenti al momento in cui il matrimonio è stato celebrato (1). E però è dalla legge vigente al tempo in cui il matrimonio è stato celebrato che si deve decidere se è ammessa l'una o l'altra specie di comunione di beni, se la comunione dei beni costituisca un regime legale od un regime puramente convenzionale, in quali forme debba esser consentito il contratto e di quali mezzi di prova si possa usare per mettere in essere la sua esistenza ed il suo tenore, quali stipulazioni possono esser fatte fra sposi onde regolare i loro interessi, quali siano i diritti delle parti nei rapporti fra loro e coi terzi, per quali cause la comunione si sciolga e quali sieno i diritti e doveri che nascono in seguito allo scioglimento.

70. La diversità delle leggi vigenti nei vari Stati relativamente al regime matrimoniale dei beni rende possibili dei conflitti fra le leggi stesse nel caso di sposi che celebrano all'estero il loro matrimonio, o di stranieri che lo celebrano nel regno, o di beni esistenti in paese diverso da quello di nazionalità degli sposi. Vi sono poi altri particolari in materia di comunione dei beni che vi è bisogno di studiare quando vengono compiuti in territorio diverso da quello del paese in cui vige la legge che regola il regime patrimoniale.

Relativamente alla legge che deve regolare il regime patrimoniale fra sposi, la legge del luogo ove il matrimonio fu celebrato, la legge del luogo ove sono situati i beni, la legge che regola i rapporti di famiglia possono trovarsi in conflitto. È da escludersi a tutta prima la legge del luogo ove sono situati i beni: il regime patrimoniale fra coniugi deve essere unico; ed unico non sarebbe se dovesse valere la legge del luogo ove sono situati i beni: vi sarebbero tanti regimi diversi quanti sono i territorî degli Stati nei quali i beni sono situati. Il Laurent (2) ritiene che il regime patrimoniale deve essere regolato dalla legge del luogo nel quale il matrimonio è stato celebrato. Se il contratto matrimoniale fosse un contratto come tutti gli altri a termini dell'art. 9 cap. tit. prel. cod. civ. vi potrebbero essere casi nei quali l'opinione del Laurent dovrebbe essere accolta se gli sposi appartenessero a nazionalità diversa, od anche appartenendo alla stessa nazionalità vi fosse la prova che essi vollero sottoporsi alla legge del luogo di celebrazione del matrimonio. Ma il contratto di matrimonio non è un contratto come tutti gli altri, il regime patrimoniale dei beni fra coniugi fa parte integrante di tutto il sistema della famiglia, e però deve essere regolato dalla legge che regola i rapporti di famiglia, legge che è quella della nazione alla quale il marito appartiene (3).

E però dalla legge nazionale del marito deve essere determinato quale fra le varie specie di comunioni di beni è ammessa (4), se il regime della comunione forma un regime legale od un regime convenzionale, quali sono i diritti dei coniugi nei rapporti dei coniugi fra loro e coi terzi, per quali cause la comunione si scioglie e quali sono i diritti e doveri dei coniugi nel caso di scioglimento.

Questo però non toglie che per qualche particolarità non debbano valere leggi diverse da quella personale al marito. Per la I p. dell'art. 9 tit. prel. cod. civ le forme estrinseche degli atti fra vivi sono determinate dalla legge del luogo in cui sono fatti. Di qui ne viene che se la legge nazionale dello sposo per il contratto di comunione dei beni esige l'atto pubblico, e questa forma non è voluta dalla legge del luogo ove il contratto matrimoniale viene formato, la comunione dei beni esisterà giuridicamente anche se l'atto pubblico non fu eretto (5). Per l'efficacia di un atto in confronto dei terzi la legge può esigere determinate forme di pubblicità; così la legge italiana per l'efficacia dell'atto relativamente ai beni immobili vuole la trascrizione: evidentemente in questa parte deve ricevere applicazione la legge del luogo ove sono situati i beni. Per la salvaguardia dei diritti dei terzi una legge può esigere determinate forme di pubblicità; così la legge italiana esige la pubblicazione del contratto matrimoniale, la pubblicazione della domanda di separazione dei beni, quando uno dei coniugi è commerciante.

Evidentemente queste forme saranno regolate dalla legge del luogo nel quale il commercio viene esercitato. Per la salvaguardia dei diritti dei terzi la legge può avere concesso ai terzi stessi speciali diritti sui beni della comunione; così la legge italiana riconosce ai terzi creditori di un coniuge commerciante il diritto di agire sui beni della comunione anche per la parte spettante all'altro coniuge. Ciò dovrà essere regolato dalla legge del luogo nel quale è surto il rapporto giuridico fra il coniuge ed i terzi. Se la legge che regola la comunione dà facoltà di rinunciare alla comunione o di accettarla col beneficio dell'inventario, e per ciò esige speciali dichiarazioni, la forma di tali dichiarazioni deve essere regolata dalla legge del luogo ove avvenne lo scioglimento.

A questo proposito l'art. 54 della legge consolare dispone: « le dichiarazioni di cui agli articoli 944, 945, 1444 del codice potranno, quando l'erede si trovi all'estero, riceversi negli uffici consolari, e copia dell'atto verrà trasmessa per mezzo del Ministro degli esteri a quello di grazia e giustizia per essere unita ai registri della cancelleria della pretura del luogo in cui è seguito lo scioglimento della comunione ». E però, se lo scioglimento della comunione è avvenuto in Italia, si tratti di comunione retta dalla legge italiana o dalla legge straniera, l'avente diritto alla comunione che si trovi all'estero, potrà sempre fare la dichiarazione avanti il console italiano. Ma, se lo scioglimento della comunione non avvenne in Italia, il console non ha facoltà di ricevere la dichiarazione, ammenochè non si tratti di comunione retta dalla legge italiana, il cui scioglimento sia avvenuto nel distretto di giurisdizione del console avanti il quale s'intende fare la dichiarazione.

GIUSEPPE PIOLA.

COMUNIONE DEI MURI. — Vedi Condominio.

(1) Confr. Cass. Napoli, 30 gennaio 1868, *Cafarri* c. *Danesi* (*Giur. It.*, 1868, 1, 87); App. Torino, 11 marzo 1872, *Gai la* c. *Lagna Fietta*: *Legge*, 1872, 1, 624); Cass. Napoli, 10 giugno 1871, *Nurasco* c. *Nurasco* (*Legge*, 1871, 1, 548).

(2) *Droit civil intern.*, v, § 185.

(3) Fiore, *Dir. intern. priv.*, n. 636 e seg. Confr. art. 1106, 1107 cod. portoghese.

(4) Vedi Ricci, op. cit., VII, 83. Fu giudicato che il disposto dell'art. 1433 cod. civ. è applicabile anche quando il matrimonio dell'italiano sia stato contratto all'estero in paese che ammette altre comunioni: (Cassaz. Torino, 26 aprile 1878, *Jon Teunel* c. *Brayer*: *Giurispr.*, Torino, 1878, 441).

(5) Confr. art 1106 cod portoghese. La questione fu da noi sviluppata alla voce **Forma degli atti**; per non ripetere le cose già dette, ci si rimette a quella voce.

COMUNISMO.

SOMMARIO.

1. Il comunismo, nella sua più semplice espressione, consiste nell'abolizione della proprietà privata e nell'associazione di operaî lavoratori, organizzati in corporazioni industriali e agricole. La produzione è condotta in comune; il lavoro è disposto in modo da conciliare la maggiore economia di forze produttrici col maggiore prodotto. Dei capi eletti dalla comunità distribuiscono il lavoro secondo le forze e le attitudini di ciascuno.

I prodotti così ottenuti si raccolgono nei depositi delle corporazioni e sono consumati secondo alcune regole, che desumiamo dai più autorevoli scrittori in materia.

Tutti mangiano ad una medesima tavola, più o meno ricca secondo i mezzi di cui dispone la comunità, ma ciascuno consuma secondo i propri bisogni. Ogni famiglia occupa un alloggio separato nel fabbricato comune; sono pure di uso comune le sale di riunione, le biblioteche e i giardini.

Gli eletti della società distribuiscono gli abiti e i mobili di cui dispone la comunità e ne forniscono a ciascuna famiglia secondo i bisogni. Le scuole, gli spettacoli, i viaggi, i lavori scientifici e letterarî sono intrapresi sull'indicazione e sull'ordine dei gruppi.

Le comunità designano dei rappresentanti cantonali che distribuiscono le terre e gli istrumenti del lavoro alle corporazioni d'un medesimo cantone e determinano quali sono i prodotti che devono essere ceduti ad una corporazione che li richiede o scambiati con prodotti di altre corporazioni. La riunione di più cantoni costituisce un dipartimento, l'associazione dei dipartimenti forma lo Stato: lo sviluppo di questo sistema conduce all'associazione di tutta l'umanità (1).

« Il comunismo — concluderemo col Cossa, sempre così preciso nelle sue distinzioni — è un sistema di governo economico, il quale, associando all'idea dell'eguaglianza di diritto, riconosciuta dall'odierno regime politico, l'erroneo concetto d'un'eguaglianza naturale delle facoltà umane, perturbata soltanto dalla diversa educazione, vorrebbe obbligare tutti a lavorare secondo la propria capacità, e garantirebbe a ciascuno una quota della produzione comune, eguale ovvero proporzionata ai bisogni legittimi, riconosciuti dall'Autorità sociale. In questo senso i sistemi comunisti, mirando alla eguaglianza, sono in perfetta opposizione coi sistemi socialisti, che tendono ad una distribuzione dei beni proporzionale alle prestazioni, e perciò necessariamente diseguale » (2).

Abbiamo detto che è condizione necessaria per l'esistenza del comunismo l'abolizione della proprietà privata, ma soggiungiamo subito che, contrariamente all'opinione di alcuni scrittori, il comunismo non vuole nè l'abolizione del matrimonio nè quella della famiglia.

2. Due sono i principî fondamentali che costituiscono la base del comunismo:

a) *solidarietà universale;*

b) *ciascuno secondo le proprie forze, a ciascuno secondo i propri bisogni.*

La formola della solidarietà universale dimostra che l'organizzazione comunista toglie ogni asperità che potrebbe sorgere nella distribuzione del lavoro e delle ricchezze. In qualunque altro regime economico e politico, anche nei sistemi rappresentativi più liberali moderni, la classe dominante è sempre costituita o dai grandi capitalisti e grandi industriali o dai professionisti liberali che ne rappresentano gli interessi; e questa classe dominante estende il proprio potere su tutte le manifestazioni dell'attività privata. Tutti i rapporti economici basati, nella società attuale, sulla libertà delle relazioni contrattuali e sull'iniziativa privata, saranno determinati, nella società comunista, dal potere pubblico: è desso che definisce i bisogni della popolazione, la quantità della produzione, che assegna il lavoro a ciascuno e la parte di consumo che a ciascuno deve spettare. I comunisti non si domandano da che cosa e in qual modo saranno garantite l'imparzialità e la giustizia dei governanti, la sottomissione e la probità dei governati; non si chiedono quale sarà la garanzia di questi ultimi contro la violenza e l'arbitrio del potere, in qual modo saranno assicurati l'ordine, la giustizia nella società.

Sono tutte questioni che non hanno più motivo d'essere sollevate nel regime comunista, in quanto gli uomini, sotto questo regime, si amano mutualmente come fratelli, e, conseguentemente, non vi sarà più nè ingiustizia, nè favoritismo, nè invidia, nè dispotismo, nè fede violata. Con la cessazione della proprietà privata sparisce la fonte unica di tutti i vizî e di tutti i delitti; le prigioni e la polizia divengono inutili, e, tutt'al più, sarà necessario condannare qualche volta ad una inazione obbligatoria i ribelli alle leggi del lavoro.

Tutto questo, con molto calore di convinzione, sostengono i più fedeli seguaci della dottrina comunista (3); ma è facile scorgere la fragilità dei loro argomenti, tutti poggiati sull'erroneo concetto di un'eguaglianza naturale, che contrasta con la realtà dei fatti, e sullo spirito sentimentale della fratellanza che suppone una società economicamente e moralmente spinta agli estremi confini dell'evoluzione sociale.

Premesse queste nozioni intorno alla più rigida concezione comunista, si può, ora, comprendere il significato delle due formole sulle quali è costruita, e vederne l'intima consistenza.

Non v'ha dubbio alcuno che la tesi della *solidarietà universale* è molto attraente, ma non è facile precisarne la portata e l'attuazione. Come dev'essere intesa? Quale una interdipendenza mutua? E in tal caso è contraria allo scopo ultimo che si propone la civiltà moderna, e che consiste nell'aspirazione legittima di liberare l'uomo da quegli ingranaggi che lo asserviscono ad una folla di obblighi so-

(1) Cfr. Ott, *L'économie politique coordonnée au point de vue du progrès*, Paris 1851.

(2) L. Cossa, *Introduzione allo studio dell'economia politica*, Milano 1892, pag. 536.

(3) Cfr., per un fedele riassunto dei principî dottrinarî del comunismo, Bunge, *Esquisses de littérature politico-économique*, Genève 1898, pag. 62 e segg.

ciali. Se, al contrario, s'intende per solidarietà la mutualità degli interessi privati in modo da togliere ogni ragione di antagonismo fra di essi, è fuor di dubbio che, in tal caso, la solidarietà presuppone la libertà, la quale sarebbe, invece, contrastata dall'applicazione comunista.

La seconda formola comunista dice: *ciascuno secondo le proprie forze, a ciascuno secondo i suoi bisogni*. Correttamente intesa, essa significa che non si deve esigere dall'uomo un lavoro superiore a quello ch'esso può dare e che si deve lasciarlo partecipare nella misura de'suoi bisogni al godimento della proprietà comune. E questo principio, in tesi astratta, sarebbe giusto; ma, se si pone mente che l'apprezzamento delle forze viene compiuto da un'Amministrazione particolare eletta nel seno della società, e che non sempre il lavoro eseguito corrisponde alle forze degli uomini, allora si comprende subito come non esista alcuna proporzionalità fra il lavoro e la sua rimunerazione. Ancorchè fosse possibile ripartire proporzionalmente alle forze degli operai il lavoro fisico, come potrebbe farsi un'eguale ripartizione del lavoro scientifico o artistico?

Questa obiezione è completata da quanto avverte il Gide, che, cioè, la ricchezza sociale è e sarà sempre in quantità insufficiente ai nostri bisogni e ai nostri desiderî, in quanto questi aumentano e s'intensificano a misura che si trova modo di soddisfarli. E possiamo anche aggiungere, con l'autorità dello Schmöller, che è assolutamente erroneo fare dei nostri bisogni una regola di giustizia distributiva, giacchè i nostri bisogni hanno necessariamente un carattere egoista (1).

I comunisti, secondo fu già da altri osservato, che ci hanno servito di guida fin qui, paragonano volentieri la ripartizione degli oggetti di consumo nella loro società ai trattenimenti offerti in una festa da ballo, dove ciascuno degli invitati prende al buffet ciò che meglio gli aggrada. Ma si dimentica che se, fra gli invitati, v'ha qualcuno più sfacciato che prende dimora stabile al buffet e non l'abbandona per tutta la notte, ve n'hanno altri, timidi e modesti, che non vi partecipano affatto; e se, per questi ultimi, è sopportabile il sacrificio di non approfittare dei conforti d'un buffet per una notte, non lo sarebbe più al ripetersi regolare dei pasti.

3. È opinione molto diffusa tra gli economisti che il comunismo sopprima la libertà (2). Eccone, molto succintamente, ma con tutta precisione, riassunti gli argomenti addotti a sostegno di questa tesi.

Nel sistema comunista non può esistere la libertà politica, poichè siamo in balìa del dispotismo oppressore della maggioranza; non più libertà di stampa, giacchè la stampa è un monopolio dello Stato; per la stessa ragione non si può parlare di libertà d'insegnamento, infeudato allo Stato. E potrà forse sussistere e trionfare la libertà d'opinione, quando lo Stato sottomette tutti gli individui a'suoi regolamenti? Non v'ha più lotta, non vi sono partiti, mancano i coefficienti organici del progresso sociale. Non v'ha che il dominio assoluto della maggioranza de'suoi rappresentanti, i quali si trovano nelle condizioni più favorevoli per trasformarsi in tiranni.

Se, per questi motivi, la libertà politica viene ad esulare nel regime comunista, giusta le osservazioni critiche di tanti economisti, non diversamente si può dire a riguardo della libertà civile, e di tutti gli aspetti ch'essa assume: indipendenza della vita privata, inviolabilità personale e domiciliare, diritto di disporre a proprio talento delle ore di lavoro e di riposo. La società comunista — secondo la frase incisiva d'uno scrittore russo (3) — è un'armata industriale di funzionari eternamente in servizio, un'armata che raccoglie uomini, donne, fanciulli, che tiene costantemente le sue guarnigioni in certe piazze indicate e che è soggetta ad una disciplina e ad una dipendenza, le quali escludono ogni libera manifestazione vitale.

Rispondendo a queste critiche, i comunisti avvertono che lo spirito di fratellanza, che regna nella loro società, e il principio di eguaglianza economica, che ne regola le manifestazioni attive, sono i cardini dell'armonia, della giustizia, della pace, e, conseguentemente, del progresso civile. Tracciando un quadro idillico della società, i comunisti sostengono che, abolita la proprietà privata, ognuno cercherà la propria felicità nella felicità degli altri. È l'altruismo che si sostituisce all'egoismo e che rende pieni di cordialità i rapporti fra gli uomini. Obiettano gli altri economisti: forsechè la dissolutezza, la scioperataggine, l'orgoglio, l'ambizione, l'invidia, e tutti gli altri difetti caratteristici dell'uomo, provengono esclusivamente dalla proprietà? Si può rispondere, anche senza essere comunisti, che, eliminate le cause economiche, che sono sempre le più gravi, del conflitto fra i varî gruppi umani e fra gli stessi individui, posto l'uomo nella condizione tranquilla di poter lavorare secondo le proprie attitudini e di poter godere dei frutti del proprio lavoro come mezzo di consumo e come mezzo di scambio fino alla concorrenza dei propri bisogni, molte forme patologiche che turbano il ritmo regolare della nostra esistenza vengono necessariamente a scomparire: distrutta la causa, viene a cessare l'effetto. Ma è facile anche comprendere, e la stessa dottrina socialista, che ha, come vedremo, tante linee di contatto con quella comunista, lo ammette, che un'organizzazione economica perfetta, basata sovra un'equa distribuzione della ricchezza e regolata dal principio etico dell'egoismo di specie, non si potrà attuare con efficacia di risultati se non in una società futura molto più evoluta dell'attuale. E quindi sono in grande errore quegli economisti che intendono giudicare dei sistemi proposti per una società evoluta futura alla stregua delle condizioni attuali.

4. È importante rintracciare negli ammaestramenti della storia quali sono le dottrine comuniste più autorevoli sostenute dagli scrittori e quali ne sono state le applicazioni pratiche più notevoli.

Cominciamo dagli scrittori.

Non v'ha teoria economica di cui non si possa ritrovare qualche elemento precursore in Platone o in Aristotile, questi due grandi genî dell'antichità classica, che riassumevano in sè stessi tutto il sapere del loro tempo e divinarono concetti e dottrine che ebbero, solo molti secoli dopo, una dimostrazione positiva o una conferma sperimentale.

Così, nei riguardi della dottrina comunista, è facile ricavare da Platone molti passi che servono precisamente al nostro scopo, e fanno di lui il più illustre precursore del comunismo. Egli parte dall'idea fondamentale che vi debba

(1) Cfr., anche per la citazione dello Schmöller, Gide, *Principes d'économie politique*, Paris 1898, pag. 420.

(2) « Le communisme tue le travail, car en éloignant le but, il détruit l'ardeur et l'activité; il fait plus, il supprime la liberté »: Thiers, *De la propriété*, Paris 1868, pag. 147.

(3) Bunge, op. cit., 66.

essere sempre un perfetto equilibrio fra la popolazione contenuta in un territorio e la produzione di questo. Stabilito che la terra deve fornire tutto ciò che è necessario alla vita (*Leg.*, I, 4), scrive: « I mercanti trovansi istituiti in una città, non per nuocere ma per giovare ai cittadini. Infatti non conviene forse riguardare come benefattore comune colui, la cui professione è di *distribuire, in modo uniforme e proporzionato ai bisogni di ciascheduno*, i beni d'ogni specie che trovansi inegualmente divisi? » (*Leg.*, I, 11). Tuttavia, questo mestiere di mercante non doveva essere esercitato dai cittadini, i quali avevano la cura suprema di conservare il buon ordine dello Stato, bensì dai forestieri; e voleva che ciò fosse rigorosamente fissato per legge e che gli edili vigilassero all'esecuzione di essa. « Risulta ad evidenza — continua egli, a giustificazione della sua proposta — che è illegittima e vietata qualunque via oscura e sordida di far fortuna, non essendovi cosa che più si opponga alla nobiltà del sentire, di quel che facciano le professioni meccaniche e servili; ond'è che bisogna scacciare il desiderio di cumulare ricchezze con simili mezzi » (*Leg.*, I, 5).

Nel libro V delle sue *Leggi*, da cui abbiamo tolto appunto queste citazioni, egli formola uno statuto che proibisce ad ogni cittadino di possedere oro e argento; soltanto permette una moneta corrente nell'interno del paese, per facilitare i cambî, ma di nessun valore per l'estero; e ciò sempre per il principio che la virtù è incompatibile con la ricchezza e che l'uomo onesto non può essere nè troppo ricco nè troppo povero.

E come sono regolate per legge queste manifestazioni dell'attività economica, anche tutti gli altri aspetti della vita sociale devono avere nella città di Platone la loro sanzione legislativa. Così il legislatore stabilisce delle regole per il matrimonio, per la nascita e l'educazione dei fanciulli d'ambo i sessi, sorveglia l'uomo dall'infanzia alla vecchiaia, lo istruisce, e determina ciò che è onesto e ciò che è riprovevole in ogni fatto della vita (1).

5. Ma, per venire a manifestazioni dottrinarie più concrete e recenti, noi ci troviamo alla vigilia della Rivoluzione francese con Giuseppe Baboeuf, che si può considerare il capo del comunismo moderno. Il Baboeuf cominciò col ripudiare il suo nome di battesimo e prese quello di Gracco, ritenendo che il tribuno romano, che consacrò la sua vita battagliera a far votare le leggi agrarie, fosse un comunista; e, sotto questo auspicio, organizzò la cospirazione degli Eguali, *des Égaux*, con un programma che cominciava con queste parole: « La natura ha dato a ciascun uomo un diritto eguale al godimento di tutti i beni ». Egli voleva fondare una repubblica democratica in cui tutte le disuguaglianze, sia di diritto, sia di fatto, fossero abolite, dove ogni cittadino avesse abbastanza e nessuno di troppo. Proponeva, naturalmente, la proprietà collettiva da distribuirsi, quindi, ai cittadini secondo un principio di scrupolosa eguaglianza.

Le sue idee incontrarono subito un largo favore nella popolazione; ma questa, suggestionata, come spesso avviene, dalla veste esteriore più che dall'intima sostanza della cosa, credette che il Baboeuf, in omaggio al suo battesimo di Gracco, intendesse semplicemente presentare una nuova legge agraria, sul tipo dell'antica, ma con tutti i suggerimenti della pratica moderna e dell'esperienza secolare. Accortosi dell'errore, il Baboeuf rispose che la legge agraria era una follia e disse che ben più alto ed efficace era il suo programma, consistente nella *comunità dei beni*; e soggiunse, per concretare anche meglio il suo concetto, che l'eguaglianza non poteva sussistere che coll'abolizione della proprietà privata. « Lo Stato doveva essere il solo proprietario e il solo imprenditore, e doveva dispensare a tutti gli individui il lavoro secondo la loro rispettiva abilità e una decorosa e sufficiente sussistenza in relazione ai loro bisogni. Un individuo che monopolizzasse qualche cosa al di là di quanto gli era sufficiente, commetteva un furto sociale. L'appropriazione doveva essere strettamente limitata dai bisogni personali » (2).

Trasportato dal fascino delle sue idee, in cui si scorge senza dubbio il germe del comunismo scientifico, il Baboeuf giunse agli estremi confini dell'anarchismo, sciupando in formole assurde tante idealità e tanto entusiasmo. La Rivoluzione trionfante lo strinse fra le sue spire e lo considerò un elemento pericoloso, tanto che il Direttorio lo condannò a morte nel 1797. Al momento del suo arresto fu ritrovato presso di lui un Manifesto che diceva: « che le arti periscano, ma lasciateci avere una vera eguaglianza »; e già prima, nel suo giornale, aveva scritto: « Tutti i mali stanno nei primi tentativi. Lasciate che tutto sia confuso insieme; lasciate che tutto ritorni nel caos, e da questo lasciate che scaturisca un mondo nuovo e rigenerato » (3). Strana miscela delle idee fondamentalmente sane del comunismo con le aberrazioni rivoluzionarie dell'anarchia.

Schiavo di queste medesime incoerenze, ma più temperato (come lo riconosce anche il Cossa) è Guglielmo Godwin, il celebre avversario del Malthus. All'età di 37 anni, fra l'approvazione e l'entusiasmo dei più brillanti ingegni del suo tempo, il Godwin pubblicò, nel 1793, le sue ricerche sulla giustizia politica (4), nelle quali lanciò colpi fieri e audaci contro le forme governative e propose un sistema di eguaglianza sociale in cui i ricchi venivano considerati come semplici amministratori del bene altrui.

Bisogna confessare, ad onor del vero, che, malgrado la vivacità del linguaggio, le sue proposte, ondeggianti fra il comunismo e l'anarchia, non avevano nulla di rivoluzionario, nel senso volgare di questa parola: egli voleva distruggere gli elementi governativi, abbattere le basi sulle quali era poggiata la società, senza sommosse, senza guerre;

(1) Il Ferrara (*Memorie di statistica*, Roma 1890, pag. 174 e segg.) ha riassunto con molta larghezza e criticato con grande acume le teorie economiche di Platone, di Aristotile e di Senofonte, mostrandone il lato originale e rilevandone le molte stranezze e le bizzarre sconcordanze.

(2) V., per un fedele riassunto delle teorie di Baboeuf, l'opera assai pregevole di Rae, *Il socialismo contemporaneo*, 2ª ediz. italiana del Bertolini, Firenze 1895, pag. 23-25.

(3) *Ibid.*, 24. — Il Baboeuf scrisse il primo giornale socialista intitolato: *Le tribune du peuple* (1794-96). Il più convinto e abile espositore delle sue idee è, sull'autorevole giudizio del Cossa, il Buonarroti, *Histoire de la conjuration pour l'égalité*. Bruxelles 1828, 2 volumi, ristampata a Parigi nel 1869. Cfr. ancora: Janet, *Les origines du socialisme contemporain*, Paris 1883. Advielle, *Histoire de G. Baboeuf et du babouvisme*, Paris 1884. 2 volumi.

(4) *Inquiry concerning political justice and its influence on moral and happiness*, London 1793, 2 volumi; nel 1798 apparve la terza edizione, e fu ristampata più volte in seguito tradotta in quasi tutte le lingue d'Europa.

voleva procedere ad una riforma pacifica, gradatamente, senza scosse.

L'anima sua, battagliera e fantastica, si rivelò ancora quattro anni dopo nell'*Inquirer*, giornale da lui fondato (1797), in cui sviluppò i suoi concetti favoriti di comunismo; e fu appunto un articolo di questo giornale che provocò il *Saggio* di Malthus sulla popolazione (1).

A questo punto si nota un fenomeno strano: la gloria di Godwin va sensibilmente diminuendo, fino a che egli si riduce a comporre dei libretti educativi, sotto il pseudonimo di Badwin, libretti che sua moglie vendeva in una botteguccia di Londra. Nel tempo stesso cresceva la fama di Malthus, alle cui nuove dottrine, in aperta contradizione con quelle di Godwin, si rivolgeva l'attenzione degli studiosi e dei governanti. Il fenomeno è strano, perchè la classe popolare, la grande famiglia dei diseredati, avrebbe dovuto mantener fede e devozione a colui che, nell'ingenua purezza della sua coscienza, s'era proposto di venirle in aiuto. Ma egli pure avrebbe dovuto ricordare le parole di Voltaire: « Turgot farà tanto bene che finirà per sollevare tutto il mondo contro di sè »; e se Godwin non faceva del bene, ne aveva almeno l'intenzione e l'apparenza!

6. Compagno di fede e di cospirazione del Baboeuf e suo storiografo insigne è Filippo Buonarroti, discendente del grande Michelangelo, quel Filippo Buonarroti che Atto Vannucci ci presenta come il modello del cospiratore italiano, e la cui attività politica e scientifica è stata di recente esaminata e raccolta diligentemente da uno studioso siciliano (2).

Rifugiatosi a Parigi, proprio alla vigilia della Rivoluzione francese, il Buonarroti prese parte attivissima alla cospirazione organizzata da Baboeuf e collaborò con lui alla redazione del *Manifesto degli Eguali*, ed egli stesso spiegò le ragioni per cui il Manifesto non fu dato allora alle stampe. Non fu approvata, anzitutto, la frase: « Periscano, s'egli è necessario, tutte le arti, purchè ci rimanga l'eguaglianza reale »; e si capisce come il nipote di Michelangelo si ribellasse all'idea della distruzione delle arti. L'altra frase non approvata fu: « Disparite infine vergognose distinzioni di governanti e di governi », e ciò per evitare che i comunisti venissero confusi con gli anarchici. In luogo del Manifesto, il Buonarroti fe' stampare un opuscolo, che riassumeva in poche proposizioni la dottrina dell'umana uguaglianza, sostenendo che la Rivoluzione doveva togliere l'ineguaglianza e innalzare l'edificio della comune felicità.

Nel 1795, istituitasi col Direttorio quella che il Buonarroti chiama la nuova tirannide costituzionale, gli « Eguali » pubblicarono e diramarono al popolo francese l'*Atto insurrezionale*, che contiene tutti i principî della dottrina comunista sulla distribuzione dei beni e sulla fratellanza universale. Ma il Buonarroti, ad evitare critiche e censure, osserva, riguardo ad uno di questi cardini del programma: « Distribuire i beni non significa sbocconcellare la proprietà territoriale; imperocchè i veri beni non sono le terre, ma i frutti che queste producono; e però, distribuendone i frutti, la promessa eguaglianza sarebbe stata eseguita completamente » (2).

Arrestato con gli altri cospiratori, sappiamo già che il Baboeuf fu ghigliottinato il 27 maggio 1797, e il Buonarroti, con altri, fu condannato alla deportazione: fu condotto nel forte di Cherburgo dove stette tre anni, quindi nell'isola di Oléron; la sua pena fu, quindi, commutata nella relegazione in una piccola città delle Alpi marittime, da dove trovò modo di mettersi in corrispondenza coi nuovi patrioti e rivoluzionarî di Francia e d'Italia, ricostituendo con loro e coordinando le società segrete. Confinato, nel 1806, a Grenoble, fu costretto, nel 1812, per le persecuzioni feroci della polizia, a rifugiarsi a Ginevra, dove divenne, dopo il 1815, fra gli esuli italiani e francesi, uno dei capi della Carboneria. Espulso dalla Svizzera, si ridusse a Bruxelles, dove pubblicò la *Storia della cospirazione dell'uguaglianza* (1828), dove trova modo di esporre molto minutamente i suoi concetti comunisti; egli non separò mai la questione sociale dalla politica; anzi voleva integrare la libertà con l'uguaglianza delle fortune, trascendendo in tal modo dal comunismo astratto per assurgere alle idealità pratiche del collettivismo scientifico.

7. « Come tipi di comunismo, più chiaramente delineato nei particolari teoretici, e seguiti da tentativi di applicazione parziale (specialmente agli Stati Uniti), si possono citare i sistemi di Owen, di Cabet, di Weitling » (3).

Roberto Owen (1771-1858) era commesso di negozio a 10 anni, a 13 aveva una partecipazione negli affari d'un mercante di Londra; fu, in seguito, azionista e amministratore di alcune filande di cotone, e prese, infine, la direzione della filanda di New-Lanark, dove fu applicata la nota e benefica invenzione di Arkwright. Gli abitanti di New-Lanark erano un miscuglio d'individui arrolati nei tre regni e agitati e sommossi dalla povertà, dall'ignoranza, dall'infingardaggine, dai dissensi religiosi. L'Owen, in quattro anni di attività economica e di propaganda intellettuale, trasformò quella popolazione miserabile e turbolenta in una famiglia esemplare e felice.

Quest'accorto e sapiente industriale, vero *self-made man*, riuscì ad estirpare i vizî senza ricorrere alla forza e alle punizioni. Sottopose gli operaî ad una sorveglianza prudente, incutendo loro un senso di orrore per ogni cattiva azione; costruì per essi abitazioni igieniche con giardino, alloggiandoli senza volerne ricavare un profitto; aperse botteghe per procurare loro le derrate di consumo a prezzo di costo; organizzò una pensione a buon mercato per i celibi; prese sotto la sua direzione il commercio delle bibite, che vendeva col 30 per cento di ribasso; estirpò l'ubbriachezza, esercitando un'accurata sorveglianza sui bevitori; fondò scuole pei fanciulli. Lungi dal ricorrere ai processi ordinarî, per ottenere profitti arrischiati, Owen preveniva per tempo gli acquirenti dei prezzi probabili de' suoi prodotti industriali, e acquistò tale fiducia che, secondato dal progresso gagliardo degli affari, divenne ben presto milionario.

Questo brillante successo, ammirabile per gli effetti morali come per i risultati economici, fu attribuito non già alle attitudini personali dell'Owen, ma all'efficacia del suo sistema, ch'egli espose in un'opera pubblicata nel 1812: *New views of society, or essay upon formation of human character*, e nel suo *Book of the new world*, pubblicato nel 1820. Tutta la vita di Owen fu consacrata alla propaganda dei principî del suo sistema e alla loro applicazione razionale (4).

(1) Cfr. Virgilii, *Il problema della popolazione e il socialismo*, nel *Giorn. degli economisti*, luglio 1892.

(2) Romano-Catania, *Filippo Buonarroti, notizie storiche sul comunismo*, Palermo 1898.

(3) Romano-Catania, op. cit., pag. 60.

(4) Bunge op. cit, 81-86; Sargant, *Robert Owen and its social philosophy*, London 1860; Booth, *Rob. Owen, the founder of socialism in England*, London 1869.

Eccone un riassunto fedele.

L'uomo, per sua natura, non è nè buono nè malvagio; è dotato d'impulsi sensuali, di ragione, di tendenze morali, che prendono una direzione buona o cattiva secondo l'ambiente nel quale vive. L'uomo è irresponsabile e non merita ricompensa per le sue azioni buone, nè punizione per i suoi misfatti, in quanto egli è ciò che deve essere. Un saggio ordinamento sociale deve occuparsi, anzitutto, dell'educazione, la quale, servendo di base alla felicità e alla moralità, svilupperà le proprietà fisiche e morali dell'uomo, dissiperà i pregiudizi, stimolerà il sentimento della fratellanza e la tendenza al proprio perfezionamento. Occorre, in seguito, creare delle istituzioni sociali conformi alla natura umana, il cui principio fondamentale è il lavoro in comune, che accorda eguali diritti a tutti. Le diverse specie di lavoro determinano la posizione dell'uomo in società. Ciascuno ricevendo, per il suo lavoro, una retribuzione sufficiente, ciascuno essendo animato dalla benevolenza verso gli altri e, in caso di malattia, venendo curato a spese della società, ne risulta che la proprietà privata diventa inutile. Il matrimonio, inteso come legame indissolubile, sparisce nel sistema comunista, che fa della società una sola e grande famiglia: i figli ricevono un'educazione pubblica a spese della società e in vista degli scopi ch'essa si propone. Il Governo deve attuare tutte le riforme che possono preparare un avvenire di prosperità, fondando dei Comuni da 500 a 2000 membri e favorendo lo sviluppo di quelle condizioni d'ambiente che conducono all'armonia fra la produzione e il consumo, l'agricoltura e l'industria, il lavoro manuale e il lavoro meccanico. La base materiale di questa organizzazione sociale è la ricchezza, la moralità risulterà come una conseguenza necessaria.

I successi gloriosi di Owen sfavillarono dal 1812 al 1817, ma, quando egli volle tentare un'espansione maggiore in Inghilterra e in America dell'applicazione del suo sistema, andò incontro a dei rovesci fatali, che gli costarono enormi somme e gli fecero perdere la fiducia della classe operaia, la quale veniva presa nel movimento cartista, che abbagliava gli umili e spaventava le classi dirigenti col miraggio politico del suffragio universale. La stessa istituzione-madre di New-Lanark andò sfasciandosi, non appena Roberto Owen fu costretto ad affidarla ad altri amministratori. Miss Martineau, che la visitò nel 1835, riferì che i frantumi della colonia owenista rassomigliavano a una comunità di fratelli moravi e che il nuovo capo non era riuscito a contenerli se non isolandoli da ogni contatto straniero, come il dittatore Francia aveva fatto al Paraguay (1).

Fra i seguaci dell'Owen il Cossa fa particolare menzione dell'irlandese Guglielmo Thompson (morto nel 1833), il quale espone con molta chiarezza la teoria del maggior valore, attribuita d'ordinario a Rodbertus ed a Marx; e riscontra idee analoghe negli scritti di John Gray (1831), dell'Edmonds (1828), di J. F. Bray (1839) e Carlo Bray (2).

È a torto — avverte il Gide (3) — che si classifica il Fourier tra i comunisti. In realtà, il Fourier non era comunista se non in quanto risguarda il consumo e la produzione, ma per nulla affatto concorda coi comunisti nei rispetti della divisione dei beni. La vita comune nel falanstero non era per lui che un mezzo di organizzare la produzione e il consumo nelle condizioni economicamente più vantaggiose, ma non aveva già lo scopo di stabilire l'eguaglianza fra gli uomini; anzi, il Fourier dichiara in modo reciso che devono sussistere tutte le ineguaglianze, quelle che risultano dal lavoro e dall'ingegno come quelle che sono il prodotto della costituzione economica capitalista (4).

8. Un altro comunista teorico-pratico, che ha esercitato una notevole influenza nel movimento sociale moderno, è Stefano Cabet (1788-1856). Profugo in Inghilterra, ebbe occasione di leggere l'*Utopia* di Tommaso Moro, uno dei più antichi e dei più pregevoli romanzi socialisti, e ne ricevette così profonda impressione, che decise di imitarne l'esempio.

Com'è noto a molti studiosi, l'*Utopia* si compone di due parti, come i dialoghi di Platone: l'una è la critica della società contemporanea, o, per lo meno, d'un certo numero delle sue istituzioni, delle sue leggi, de' suoi regolamenti d'amministrazione e di governo; l'altra è la pittura d'una società immaginaria, che, come l'esprime il nome Utopia, non ha mai esistito, e, forse, non esisterà mai: è il sogno opposto alla triste realtà (5).

Così il Cabet scrisse dapprima un romanzo sociale comunista, *Voyage en Icarie*, 1840, e pochi anni dopo fondò in America alcune colonie governate secondo i principi esposti nel suo libro. Come procedettero i suoi esperimenti?

Alla vigilia della rivoluzione che rovesciò in Francia la monarchia orleanista, il 3 febbraio 1848, sessantanove individui partirono per l'America, diretti al Texas; il 3 giugno un secondo drappello di diciannove persone partì dall'Havre, mentre 1500 persone annunziavano a Cabet che si disponevano a raggiungere la coraggiosa avanguardia. Dove si rivolgeva quella gente? La loro mèta doveva essere un'area di 404,671 ettari di terreno presso il fiume Rosso (Red River); ma gli entusiasti pionieri, che vi giunsero per primi, s'accorsero che la loro terra distava dal fiume di dugentocinquanta miglia e che dovevano percorrere una via aspra, lunga, faticosa per giungervi; e vi arrivarono, infatti, decimati dalle fatiche e dalla malaria. Disperando di riuscire a qualche cosa di concreto e di utile, abbandonarono l'infausta terra, e dopo lunghe peregrinazioni, stremati di forze, giunsero a New-Orleans, unendosi ad altri emigranti

Cabet accorse presto in loro soccorso e, con la sua parola affascinante e persuasiva, li rianimò non poco; e nel marzo 1849, con dugentocinquanta discepoli andò a fondare la colonia *Icaria*, nell'Illinois, nel luogo stesso da dove erano partiti tre anni prima i Mormoni.

« Nell'anno seguente Icaria era in compiuto assetto: bene avviati i lavori campestri, aperti opifici, impiantati un mulino, una segheria, un magazzino di vestiari; organizzata una società corale, un'orchestra; fondate scuole per fanciulli e per adulti; iniziata la propaganda con un giornale che si stampava in tre lingue, aperto un teatro. Cabet, che nel primo periodo dell'impianto aveva esercitato poteri dit-

(1) Blanqui, *Hist. de l'écon. polit.*, Bruxelles 1839, pag. 199.

(2) L. Cossa, op. cit., 540.

(3) Ch. Gide, *Principes d'écon. polit.*, 6ª ediz, Paris 1898, pag. 419.

(4) Il concetto fondamentale del Fourier e le relazioni esistenti tra le sue dottrine e le varie scuole economiche sono posti in lucida evidenza nell'Introduzione che il Gide ha fatto alle *Oeuvres choisies* del Fourier, pubblicate nella *Petite bibliothèque économique* del Guillaumin.

(5) V. un acutissimo studio biografico critico di Tommaso Moro e dell'opera sua in Franck *Réformateurs et publicistes de l'Europe*, Paris 1864, pag. 337 e segg.

tatoriali, diede agli icariani una costituzione, e pose a reggere la colonia un comitato di governo eletto dalla cittadinanza. Icaria prosperò, e la popolazione, per nuovi arrivi dalla Francia, crebbe in un quinquennio a seicento anime e il patrimonio comune valutavasi 344.500 lire » (1).

Senonchè il Cabet, non soddisfatto della costituzione che aveva dato al suo popolo, propose la sostituzione di un presidente con poteri discrezionali al comitato elettivo; la maggioranza dei cittadini si oppose energicamente alla proposta; Cabet e alcuni suoi fidi la sostennero con pari energia; ne nacquero contese, dissidî, risse, fino a che lo stesso Cabet, con 180 de' suoi, fu espulso dalla colonia. L'ostracismo lo addolorò immensamente; ritiratosi a Saint-Louis, nel Missouri, morì d'un colpo di apoplessia l'8 novembre 1856, in età di 69 anni.

L'espulsione di Cabet non portò fortuna all'*Icaria:* « Alle prese con le difficoltà materiali create dalle guerre, con la produzione paralizzata dal ristagno degli affari, decimata dalle defezioni, con le finanze oberate, comprese a quale danno s'esporrebbe ostinandosi a lottare con queste forze superiori. I creditori insistevano, la colonia si rassegnò a vendere per soddisfarli. Uno di essi, Shephard, prese una forte ipoteca sulle terre dell'Jowa, ove si recarono i superstiti della comunità di Nauvoo » (2), che era appunto la colonia originaria.

Questi tenaci lavoratori, che nel 1861 erano ridotti a 35, seppero vincere le più dure difficoltà e trionfare degli ostacoli, tanto che al 1° gennaio 1867 i conti della comunità icariana diedero un attivo di 300 mila franchi contro un passivo di appena 20 mila; e la colonia riprese il suo movimento prosperoso. Narra ancora il Cognetti, sulla scorta dei più diligenti documenti storici, che quando la visitò Nordhoff (nella primavera del 1874) contava 65 membri, possedeva una segheria e un mulino in azione, 520 capi di bestiame grosso, 500 pecore, 250 maiali e 30 cavalli; aveva messo a coltura circa 130 ettari di buon terreno, eretto decenti casette in mattoni, oltre a un edifizio principale, con la cucina, sala da pranzo, biblioteca, sala delle riunioni, ecc. Era mantenuto il regime democratico: il popolo sovrano in assemblea, un presidente elettivo assistito da un segretario, un direttore dell'agricoltura, un direttore dell'industria, e un direttore per il vestito e le case; tutti elettivi e revocabili.

Nel marzo 1876 insorsero nuovi conflitti: un gruppo di soci protestò in seno all'assemblea contro i provvedimenti retrogradi della maggioranza, dichiarando di voler serbar fede ai precetti di Cabet e di farne prevalere gli insegnamenti dentro e fuori della comunità icariana. Il dissidio fu per un momento combinato, ma qualche mese più tardi la minoranza progressista accusò la maggioranza conservatrice di esser venuta meno al programma e le intentò causa innanzi alla Corte dello Stato, « che il 17 agosto 1878 pronunziò l'annullamento dello statuto organico del 1860 e nominò una Commissione liquidatrice con poteri discrezionali. Il risultato fu la separazione della comunità in due gruppi autonomi e senza qualsiasi vincolo di solidarietà » (3). Il gruppo battuto abbandonò Icaria in seguito ad un compenso di 7500 franchi, e i vincitori, nell'ottobre 1880, rinnovarono la costituzione d'Icaria con l'estensione del voto alle donne, l'abolizione della presidenza e la ripresa dell'apostolato; ma le condizioni economiche si mantennero gravi e le sorti della comunità erano fin d'allora decise.

Poco dissimili dalle idee propagate e attuate da Stefano Cabet sono quelle del sarto Guglielmo Weitling, « convinto e facondo agitatore rivoluzionario, che trova il comunismo nel *Nuovo Testamento* » (4). Egli vorrebbe sostituire all'attuale ordinamento economico un'associazione di famiglie abbracciante tutto l'uman genere, governate da capi elettivi, i quali dovrebbero distribuire, in parti uguali, le cose necessarie e utili, riservando gli oggetti di lusso a coloro che prestano un numero d'ore di lavoro superiore all'ordinario.

9. Sono questi gli apostoli più rinomati della dottrina comunista, e questi i tentativi di applicazione più notevoli che di tale dottrina sono stati fatti.

Ma la storia dei fatti economici chiaramente dimostra che in tutte le società primitive, in Asia, in Europa, in Africa, fra gli indiani, gli slavi e i germani, come tuttora in Russia e a Giava, il suolo, proprietà collettiva delle tribù, era periodicamente diviso fra tutte le famiglie, in modo che tutte potessero vivere del loro lavoro, secondo i comandamenti della terra: l'istituzione della proprietà privata e del diritto ereditario è un fenomeno sociale posteriore, relativamente recente. L'opera capitale, veramente classica, del De Laveley, ha rifatto splendidamente e coi più autorevoli documenti la storia della proprietà e ha posto chiaramente in evidenza questi fatti, che si riassumono in poche parole.

L'uomo primitivo, finchè vive di caccia e di pesca e della raccolta di frutti selvatici, non pensa ad appropriarsi la terra e non considera come suoi che gli oggetti carpiti colle proprie mani; durante il regime pastorale, il concetto della proprietà fondiaria comincia a manifestarsi, ma si ricongiunge solamente a quello spazio che gli armenti di ciascuna tribù percorrono abitualmente, e sorgono questioni frequenti sui limiti degli spazî percorsi. L'idea che un individuo isolato potesse reclamare una parte del suolo come esclusivamente sua non viene in mente a nessuno, perchè a ciò si oppongono le condizioni stesse della vita pastorale. In processo di tempo una parte della terra è momentaneamente posta a coltura, e si stabilisce il regime agricolo; ma il territorio occupato dal clan o dalla tribù mantiene la proprietà indivisa: la terra arabile, il pascolo, la foresta sono lavorate in comune. Più tardi, la terra coltivata è divisa in lotti, ripartiti fra le famiglie, *gentibus cognationibusque hominum,* per mezzo dell'estrazione a sorte; cosicchè all'individuo è solo concesso l'uso temporaneo. Il fondo continua a rimanere proprietà collettiva del clan, che, di tempo in tempo, procede a nuove ripartizioni. E il sistema oggidì in vigore nel Comune russo, era, al tempo di Tacito, quello della tribù germanica.

Per un nuovo progresso dell'individualismo, le porzioni di territorio assegnate alle famiglie rimangono ad esse, che costituiscono un gruppo e lavorano insieme per il vantaggio dell'associazione; come avvenne in Italia e in Francia durante il medioevo e presso gli slavi meridionali attualmente.

(1) Cognetti de Martiis, *Il socialismo negli Stati Uniti d'America,* vol. IX. p. 3ª della *Bibl. dell'econom.,* Torino 1891, p. 94.
(2) Péron, *Précis sur Icarie,* nella *Revue socialiste,* agosto 1880, pag. 174.

(3) Cognetti de Martiis, op. e loco cit., pag. 96.
(4) L. Cossa, op. cit., 541. Confr. pure Adler, *Geschichte der ersten sozialpolitischen Arbeiterbewegung in Deutschland,* Breslau 1885.

Infine, appare la proprietà individuale ed ereditaria; ma essa è ancora avvinghiata fra gli ingranaggi dei diritti sovrani, dei fidecommessi, delle rotazioni obbligatorie, delle enfiteusi, ecc. È soltanto dopo un'ultima evoluzione, qualche volta lentissima, che la proprietà privata si costituisce definitivamente e acquista il carattere di diritto assoluto riconosciuto dal codice (1).

Così si disegna, per grandi linee, la storia della proprietà; da cui si è visto che anche oggidì esiste un ricordo di proprietà comune in Russia. Il Le Play, diligente e accurato osservatore dei fatti sociali, così descrive questo regime di proprietà comune, che è una conseguenza diretta della vita pastorale e dell'organizzazione della famiglia:

« Presso i nomadi, i dipendenti diretti d'un medesimo padre restano ordinariamente riuniti in gruppi, e vivono sotto l'autorità assoluta del capo di famiglia, nel regime della comunità. Si può dire che fra di loro tutto è in comune, eccetto i vestiti e le armi. E quando l'aumento della famiglia non permette più a tutti i membri di rimanere uniti, il capo provoca una separazione amichevole, e determina la parte di proprietà che dev'essere attribuita al gruppo che si separa. D'altro canto, la comunità si mantiene anche dopo la morte del capo di famiglia, e, in tal caso, i collaterali, anche coloro che sono uniti da legami di parentela assai tenui e lontani, rimangono sotto la direzione di colui che può esercitare la maggiore autorità patriarcale. Il principio della comunità si adatta egualmente all'organizzazione dei popoli sedentari; così presso i semi-nomadi, soggetti al dominio russo, la terra arabile, benchè lavorata da ciascheduna famiglia separatamente, è, in complesso, proprietà collettiva; presso i Bachkiri, il carattere della proprietà individuale non è marcato che per la casa e le sue immediate dipendenze » (2).

Il complesso degli abitanti d'un villaggio che posseggono in comune il territorio che vi è annesso si chiama *mir* (3). In origine, non si faceva alcuna divisione del suolo; la terra era coltivata in comune, e il raccolto ripartito fra tutti, in proporzione del numero dei lavoratori di ciascuna famiglia. In epoche più recenti, la divisione delle terre si faceva tutti gli anni o ad ogni triennio; in alcune località ha luogo ogni sei anni, in altre ogni dodici o quindici; generalmente si segue il periodo di nove anni.

Senza addentrarci in minuti particolari sulla costituzione del *mir*, possiamo rilevarne, sulle traccie autorevoli del De Laveley, le conseguenze economiche. « Il pauperismo, questo flagello delle società occidentali, è sconosciuto nel *mir*, e non vi può neanche sorgere, giacchè ciascheduno ha di che vivere e ogni famiglia ha cura de' suoi infermi e de' suoi vecchi. Nell'occidente una figliolanza numerosa è un danno che si evita o si tenta di evitare con mezzi preventivi. In Russia, la nascita d'un nuovo figlio è accolta con gioia, perchè reca alla famiglia nuove forze per l'avvenire ed è un titolo per reclamare un supplemento di terre da coltivare. La popolazione può crescere, ma i territorî da colonizzare in Europa sono immensi, e quando saranno tutti occupati, le vaste estensioni dell'Asia si apriranno all'espansione indefinita della grande razza slava. Fino a che essa conserverà la venerabile istituzione del *mir*, sfuggirà alla lotta di classe, alla guerra sociale; il popolo russo resterà unito e, per conseguenza, forte, e continuerà ad ingrossarsi sulla base della sua « istituzione primordiale », che sola può garantire l'ordine, perchè sola permette l'organizzazione della giustizia fra gli uomini » (4).

10. Anche nell'isola di Giava si trovano delle istituzioni comunali del tutto simili al *mir* russo: come in Russia, è la comunità di villaggio che fornisce le giornate di lavoro e paga le imposte: il godimento delle terre è comune a tutti gli abitanti, la proprietà ne appartiene allo Stato. Anche per l'organizzazione economica di Giava, il De Laveley dà interessanti e precisi particolari, e noi ci limitiamo semplicemente a dare notizia dell'esistenza di queste proprietà comunali, rinviando gli studiosi all'opera fondamentale dell'economista belga; il quale, dopo una descrizione accuratissima dei varî sistemi di proprietà collettiva esistenti a Giava, e rilevatine gli effetti, esclama: « Se i *crofters* della Scozia, i piccoli proprietari dell'Irlanda e i contadini italiani fossero felici come i giavanesi, oh come benedirebbero il cielo! » (p. 75). E questa esclamazione vale tutte le discussioni teoretiche, tutte le polemiche dottrinarie che si fanno dagli economisti sulle forme della proprietà e sulla loro efficacia.

Un altro esempio di proprietà comunale ci è offerto dalla *Marca* germanica; si chiamava *Mark* il territorio comune occupato dal clan, e comprendeva le terre coltivate, i pascoli, le foreste, le acque. All'origine le Marche erano molto estese, e abbracciavano vallate intere, come in Isvizzera e nel Tirolo, e altrove vaste contrade dove si formarono più tardi degli Stati, come l'Austria, la Baviera, la Carinzia, la Carniola, il Brandeburgo. Ciascuna famiglia, come affermano anche Cesare e Tacito, avea diritto al godimento temporaneo d'una parte in ciascheduna delle divisioni della *marca*, ma nessuno vi poteva esercitare un diritto ereditario.

Un illustre filologo, il Grimm, dichiara che nell'antica lingua tedesca non ha trovato una parola che renda l'idea della proprietà privata applicata al suolo. La parola *Eigenthum* (da *eigen, proprium*, ciò che appartiene ad un individuo) è recente.

Così, nella Svizzera primitiva le proprietà comunali si chiamavano *Allmenden*, ciò che sembra significare: dominio comune a tutti. Questo dominio comune si compone di tre parti distinte: la foresta, la prateria, la terra coltivata, *Wald, Weide und Feld*. Esso fornisce a coloro che ne hanno l'uso tutto ciò che può soddisfare i bisogni della vita.

Per aver diritto ad una parte di godimento del dominio comunale non basta essere abitante del Comune, nè esercitarvi i diritti politici; bisogna discendere da una famiglia che aveva questo diritto da tempo immemorabile o, per lo meno, dal principio del secolo.

I particolari sul modo di godimento dell'*Allmend* variano all'infinito da un Comune all'altro; ma si possono classificare in tre tipi, che sono esattamente rappresentati dai tre cantoni di Uri, del Vallese e di Glaris. Uri, come sembra indicare la radice *Ur* della parola, è il paese primitivo per eccellenza; forma ancora oggidì una *Marca* senza divisione

(1) Cfr De Laveley, *De la propriété et de ses formes primitives*, Paris 1891, cap. I.

(2) Le Play, *Les ouvriers européens*, Paris 1855, pagg. 18, 19, 49 e 50.

(3) Questa parola, che sembra appartenere a tutti i dialetti slavi, risponde al concetto di *communitas*, ma, nel suo significato primitivo, indica qualche cosa di sacro, di venerabile, e si adopera egualmente per esprimere l'*universo*.

(4) De Laveley, op. cit., pag. 27.

in Comuni. Il principio che regola la divisione dei prodotti è quello dei tempi più remoti: a ciascuno secondo il proprio bisogno. Il cantone di Glaris s'è di molto allontanato dagli antichi sistemi di divisione. Il prodotto della parte più estesa dei beni comunali, in luogo di essere ripartito direttamente fra gli abitanti, serve a coprire le spese d'interesse comunale.

Si formano, quindi, delle associazioni di dieci, venti, trenta coltivatori, vere corporazioni private che si dividono il prodotto delle terre coltivate in proporzione del numero delle parti che ciascuno di essi possiede. Nel Vallese si ritrovano ancora, in tutta la loro commovente semplicità, le relazioni fraterne dell'epoca patriarcale. Il lavoro è fatto in comune, il raccolto pure; e tutti partecipano fraternamente ai banchetti comuni, come avveniva nei pasti di Sparta e di Creta o nelle agapi dei primi cristiani.

Il De Laveley non esita ad affermare che la Svizzera deve la più lunga e gloriosa vita democratica all'istituzione degli *Allmenden*, e ne enumera tutti i vantaggi politici ed economici (1). L'*Allmend*, a bene considerarlo, è l'ultimo resto della *Marca* germanica, e si capisce che se ne debbano trovare parecchi ricordi diffusi fra i popoli tedeschi. Nel suo significato storico più preciso l'*Allmend* è non solo la vera proprietà collettiva germanica, ma ancora il godimento della terra da parte della comunità. E dell'applicazione di questo sistema economico troviamo pure degli esempi nella Scandinavia e in Finlandia.

« Quando le razze scandinave presero possesso della Svezia, considerarono il suolo come proprietà comune. La proprietà privata del suolo essendo sconosciuta presso di loro come da altri popoli giunti allo stesso grado di civiltà, le terre arabili appartenevano collettivamente alle famiglie, come lo provano varie prescrizioni delle antiche leggi » (2).

Soltanto nella metà del secolo XVIII cominciò la riforma, che, proseguita energicamente per lungo tempo, modificò completamente queste istituzioni primitive e condusse alla « grande divisione » dei beni.

11. Stabilito così il concetto fondamentale e le orientazioni varie del comunismo nella dottrina e nella pratica, rimane a fissare le analogie e le differenze fra esso e il socialismo (V. Socialismo).

Non v'ha dubbio alcuno che il comunismo e il socialismo partono da principi identici, da postulati comuni. Credono, cioè, che la miseria, l'immoralità, il proletariato, si debbano attribuire alla costituzione economica e alle sue filiazioni politiche e giuridiche della società capitalista fondata sulla proprietà privata, e ritengono che si possa giungere ad una soluzione della « questione sociale » mediante una trasformazione radicale dell'organismo economico e un conseguente riordinamento politico e giuridico.

Ma, sia negli obiettivi finali come nei mezzi pratici per l'attuazione di essi, si notano delle discordanze fra socialismo e comunismo.

Il comunismo, come abbiamo detto e ripetuto, fa risalire tutti i mali da cui è colpita la società all'istituto della proprietà privata, e non vede possibile l'avvento della felicità e del benessere se non in quanto sia assicurata l'assoluta eguaglianza fra gli uomini, e quindi propone una ripartizione delle attività economiche e dei prodotti secondo questo principio dell'eguaglianza.

Il socialismo accusa l'ingiusta ripartizione dei beni, la non equa distribuzione della ricchezza di tutte le patologie sociali, e fa dipendere quest'ingiustizia dalla proprietà privata della terra e dalla forma individualistica della produzione, per cui gli imprenditori, i proprietari, i capitalisti esercitano un'opera di sfruttamento dell'operaio; e propone l'abolizione della proprietà privata della terra, in quanto questa permette ai proprietari il godimento della rendita fondiaria e di una parte della ricchezza nazionale senza che essi vi mettano alcun lavoro, l'abolizione dell'eredità, in quanto questa permette la trasmissione dei beni e il godimento di essi da parte di chi non ha eseguito nessun lavoro per procurarseli, l'abolizione della rendita del capitale, in quanto l'interesse o il profitto del capitale sono beni che dovrebbero spettare ai lavoratori, cioè ai produttori diretti del capitale. Quindi il programma di riforme economiche del socialismo, derivante da questa parte critica, si concreta nell'istituzione della proprietà collettiva, cioè di una organizzazione della produzione da parte della società in imprese collettive con la proprietà in comune dei mezzi di produzione, degli strumenti del lavoro (terra e capitali) e con la ripartizione del prodotto in ragione del lavoro compiuto (3).

Le intime relazioni fra socialismo e comunismo appaiono anche più chiare e precise da questo ricordo storico: il socialismo scientifico segna il suo primo e sicuro ingresso nella storia con la data memorabile della pubblicazione del *Manifesto dei Comunisti* (febbraio 1848), e a quella data i socialisti misurano il corso della *nuova èra* (4). E questo Manifesto — per bocca di uno de' suoi più autorevoli interpreti — « ci dà nella sua classica semplicità l'espressione genuina di questa situazione: il proletariato moderno è, si pone, cresce, e si svolge nella storia contemporanea come il soggetto concreto, come la forza positiva, dalla cui azione, inevitabilmente rivoluzionaria, il comunismo dovrà necessariamente risultare. E perciò questo scritto, cioè per tale enunciazione di presagio teoreticamente fondato ed espresso in detti brevi, rapidi, concisi e memorabili, costituisce una accolta, anzi un vivaio inesauribile di germogli di pensieri, che il lettore può indefinitivamente fecondare e moltiplicare; serbando esso la forza originale ed originaria della cosa nata appena appena, e non ancora diretta e distratta dal campo di sua propria produzione » (5).

Il socialismo moderno comincia, dunque, col Manifesto dei Comunisti, ma sostituisce ai concetti metafisici e utopistici degli uni, alla propaganda rivoluzionaria e cospiratrice degli altri, agli affrettati tentativi sperimentali degli apostoli egalitari, la critica poderosa della dottrina e dei sistemi oggi dominanti, la teoria evoluzionista, che governa tutti i fenomeni del cosmo, la conquista graduale dei poteri pubblici.

La fratellanza universale era uno dei cardini del comu-

(1) Op. cit., p. 161 e seg.
(2) *Ibid.*, 217.
(3) Cfr., per queste analogie e differenze, E. Scheel, *Socialismo e Comunismo*, nella *Biblioteca dell'economista*, serie 3ª, vol. XII, parte seconda, Torino 1887, pagg. 715-727.
(4) Antonio Labriola, *In memoria del Manifesto dei Comunisti*, Roma 1895, pag. 9.
(5) Labriola, op. cit., pag. 19.

nismo primitivo, l'associazione internazionale dei lavoratori è il fulcro del socialismo moderno (v. **Internazionale**). Ma, come ha avvertito anche il Merlino in un recente saggio polemico, il socialismo non è un sistema determinato, il collettivismo, il comunismo, il mutualismo od altro analogo: è l'essenza comune di questi sistemi; e lo stesso autore tenta una conciliazione fra il collettivismo (la formola in cui si concreta il socialismo scientifico) e il comunismo, ragionando così:

« 1° La società deve assicurare a tutti gli uomini l'uso (a date condizioni) del mezzo di lavoro, cosicchè i suoi membri tutti sieno in eguali condizioni, non più poveri gli uni e gli altri ricchi, e sopratutto nessuno sia costretto a vendere le sue braccia ad un altro per mancanza di mezzo di lavoro;

« 2° La società deve sovvenire agli incapaci e procurare possibilmente di renderli capaci: la società dev'essere una specie di mutua assicurazione;

« 3° Vi sono cose di uso comune indivisibile, servigi che la collettività rende indistintamente a tutti gli individui, e servigi che l'individuo rende disinteressatamente alla società.

« Fatta così giustizia al principio di solidarietà, del resto bisogna far anche giustizia al principio di reciprocanza, di responsabilità, di proporzionalità della ricompensa al lavoro. La formola collettivistica e la formola comunistica non si escludono, ma si completano a vicenda » (1).

Stabilita questa conciliazione fra comunismo e socialismo, riesce anche facile fissare le linee prossime e disegnare quelle remote dell'evoluzione sociale. Anche senza accettare tutte le conclusioni del socialismo scientifico, non v'ha alcuno studioso sereno che non si senta di sottoscrivere a queste parole di un geniale e modesto sociologo inglese, che, dopo parecchi anni di meditazione solitaria ha pubblicato un libro notevole, che è venuto ad occupare uno dei primi posti nella letteratura scientifica contemporanea: « Il periodo che noi traversiamo è un periodo di transizione; noi siamo sul punto di assistere alla chiusura di un'età notevole della nostra civiltà, e di entrare in un'altra. L'emancipazione politica delle masse è un fatto compiuto; la loro emancipazione sociale sarà l'oggetto del periodo in cui si sta per entrare. Il popolo gode finalmente de' suoi diritti politici, egli conquisterà forse i diritti d'eguaglianza sociale. Quando si è compresa la natura del periodo di transizione, diventa chiaro che le questioni intorno alle quali combatteranno fra poco le forze della società sono precisamente quelle che il movimento socialista mette in evidenza, vale a dire le questioni che hanno riguardo ai diritti del capitale e alla distribuzione della ricchezza » (2).

Se anche non si può concordare con Paolo Lafargue, che vede il comunismo internazionale svilupparsi e agitarsi nel seno della società moderna, e che, affascinato dal suo ideale, sente che l'istante, atteso invano e con tanta brama per lunghissimi secoli, è vicino: « poco tempo trascorrerà prima che l'umanità ritorni al comunismo, per ritrovarvi la felicità perduta » (3); se pure non possiamo dare valore e carattere scientifico a queste manifestazioni ideologiche, si può nondimeno prevedere, da un complesso di indici del movimento economico e sociale contemporaneo, che la società si avvia a grandi passi verso un collettivismo, che avrà tutta la purezza esteriore del comunismo primitivo e la potente organizzazione interna voluta dalle nuove condizioni biologiche e sociali.

Filippo Virgilii.

COMUNITÀ RELIGIOSE. — Vedi **Case monastiche**.

(1) Merlino, *L'utopia collettivista e la crisi del socialismo scientifico*; Milano 1898, pag. 84.
(2) Kidd, *L'evoluzione sociale*; trad. italiana; Firenze 1898, pag. 205.
(3) Lafargue, *La propriété; origine et évolution*; Paris 1895, pag. 525-27

FINE DEL VOLUME SETTIMO, PARTE TERZA.

INDICE ALFABETICO

DEL VOLUME VII - PARTE III

INDICE DEGLI ARTICOLI

DEI CODICI ITALIANI, DECRETI E REGOLAMENTI

ILLUSTRATI NEL PRESENTE VOLUME

Disposizioni preliminari del Codice civile.

Codice civile.

Codice di commercio.

Codice di procedura civile.

Codice penale.

Codice di procedura penale.

Codice penale militare per l'esercito.

(1) Mod. dal Regio Decreto 1° dicembre 1889, n. 6509.

(1) Mod. col Regio Decreto 8 giugno 1868, n. 4424.

(1) Ora artic. 45 del R. D. 5 luglio 1896, n. 314.

Legge 11 luglio 1894, n. 287

sulle operazioni elettorali amministrative e politiche e sanzioni penali nonchè la eleggibilità e tempo in cui restano in carica i consiglieri comunali e provinciali.

Legge 19 luglio 1894, n. 315

sulla istigazione a delinquere e sull'apologia dei reati commessi per mezzo della stampa.

Legge 21 giugno 1896, n. 218

che conferisce ai Prefetti la competenza per autorizzare la Provincia, i Comuni e le istituzioni pubbliche di beneficenza ad accettare lasciti e donazioni e ad acquistare beni stabili.

Legge 24 dicembre 1896, n. 547

sulle licenze per rilascio di beni immobili.

Regio Decreto 20 maggio 1897, n. 217.

Testo unico delle Leggi sulla tassa di registro.

Regio Decreto 4 maggio 1898, n. 164.

Testo unico della Legge comunale e provinciale.

Legge 4 giugno 1899, n. 191,

che provvede all'aumento delle congrue parrocchiali, all'anticipata consegna ai Comuni delle rendite delle soppresse Chiese ricettizie e Comunìe curate. e al pagamento di un acconto ai Comuni per il quarto di rendita loro spettante sul patrimonio delle soppresse corporazioni religiose.

ERRATA-CORRIGE

Pag.	Col.	Linea	ERRATA	CORRIGE
8	1	7	art. 381.	art. 351.
11	2	40	colpisce	colpisca
13	»	29	ne' di	ma di
»	»	46	a termini	i termini
»	»	49	Quindi così	Quindi errò
»	»	62	esclusiva dal	esclusiva del
15	»	35	agisco	agisse
18	»	43	quale	quanto
21	»	13	committente	commissionario
24	»	42	1760	1750
50	1	51	missionata	missionaria
55	»	45	polizza a	polizza di
57	2	29	di commercio	civile
58	1	44	diretti	indiretti
64	»	47	il terzo	il committente
66	»	29	L. 36.....quod	L. 35.....quam
»	2	44	a rendosi	a rendersi
81	1	10	Col Gran Ducato di Baden.	Col Portogallo
»	»	11	Con la Svizzera	Col Gran Ducato di Baden
»	»	»	Con la Russia	Con la Svizzera
83	»	12	Repubblica di S. Marino.	Russia
»	»	»	Col Portogallo	Con la Repubblica di San Marino
85	2	38	Alla	Nella
88	1	27	lites	litis
100	2	17	ut opes	ut opus?
102	»	24	costituisca	costituisce
107	»	1	26	27
»	»	52	27	26
113	»	5	comodante	comodatario
114	1	38	comodante	comodatario
117	2	43	1873	1813
118	1	1	tenuto al	tenuto pel

Pag.	Col.	Linea	ERRATA	CORRIGE
133	1	42	10 gennaio	16 gennaio
137	»	24	mam	mam-
168	2	49	sia pure che	sia pure che in
187	»	28	stato oppo-	stato appo-
190	1	27	inquantochè i	inquantochè il
190	2	30	1808	1805
221	1	14	fosse essa	fosse esse
226	»	53	iml'pe-	l'impe-
232	2	51	leggo 30 giugno	legge 23 giugno
234	»	55	piritto	diritto
241	»	17	sua zione	sua azione
247	»	18	sia distinto	sia distante
»	»	48	art. 65	art. 68
249	1	12	istanza a difesa	istanza o difesa
253	»	5	sono tanto	sono
254	2	51	les trou-	le trou-
»	»	52	bles	ble
255	»	40	non crediamo	noi crediamo
256	1	5	sola non basta	sola basta
259	2	10	lo stesco	lo stesso
»	»	40	si neghi	si nega
260	1	61	insistore	resistere
262	»	56	si possono	si possa
»	2	52	lire 1000	lire 1500
265	1	10	creditoria	ereditaria
»	»	13	proposta una	proposta come
»	»	54	ròpporti	rapporti
267	2	5	aventi esso	esso
270	1	45	agosto 1880	agosto 1868
»	2	24	alle competenze	alla competenza
272	»	50	e quelli	a quelli
274	1	5	contestazioni	constatazioni
276	»	60	entro l'anno	[illegible] l'anno
278	2	41	attribuite	attributiva
696	1	21	art. 16	art. 116
739	2	59	n. 192	n. 182